

A – Actividad del Tribunal de Primera Instancia en 2008

por el Presidente, Sr. Marc Jaeger

Tras las numerosas modificaciones conocidas en 2007 por razón tanto de la renovación parcial de los Miembros del Tribunal de Primera Instancia como de las adhesiones, la composición de dicho Tribunal permaneció más estable en 2008. No obstante, ese año presencié la partida del Sr. John D. Cooke, Juez del Tribunal de Primera Instancia desde hacía casi trece años, y su sustitución por el Sr. Kevin O'Higgins.

En cambio, el Tribunal de Primera Instancia conoció notables cambios en sus métodos y resultados.

Frente al crecimiento constante del contencioso y, correlativamente, del retraso judicial el Tribunal de Primera Instancia procedió a renovar sus modalidades de trabajo, su organización y su funcionamiento. Las distintas fases de la gestión de los autos y el proceso de preparación y elaboración de las resoluciones fueron objeto, así, de un profundo análisis, a fin de mejorar la eficacia del Tribunal de Primera Instancia, procurando no menoscabar la calidad de las resoluciones dictadas. Asimismo, se desarrollaron diversas herramientas estadísticas o de gestión. Por otra parte, se modificó el Reglamento de Procedimiento para que el Tribunal de Primera Instancia pueda resolver los recursos sobre propiedad intelectual sin fase oral, a menos que una de las partes presente una solicitud en la que indique los motivos por los que desea presentar observaciones orales.

Todas las medidas adoptadas y, en general, la búsqueda permanente de la eficacia permitieron recoger plenamente los frutos del considerable trabajo prestado por los Miembros y el personal del Tribunal de Primera Instancia. De este modo, durante el año transcurrido pudieron resolverse 605 asuntos, lo que representa un incremento del 52 % respecto del año anterior, y se duplicó el número de vistas celebradas en 2008 (341 frente a 172 en 2007). La duración media en esta instancia disminuyó notablemente (24,5 meses frente a 27,7 meses en 2007), si bien quedan aún progresos por realizar.

El Tribunal de Primera Instancia deberá continuar esforzándose en esta dirección durante 2009 y espera obtener más provecho del pleno desarrollo de las reformas introducidas. Si el año transcurrido fue excepcional en términos de asuntos resueltos, también lo fue en términos de asuntos interpuestos (432 en 2006, 522 en 2007 y 629 en 2008). El stock de asuntos pendientes aumentó ligeramente (1.178 frente a 1.154 en 2007). Esto lleva en ciernes un riesgo de prolongación de la duración de los procedimientos. Habida cuenta de la evolución sistémica del contencioso, será preciso profundizar en la reflexión sobre las vías y medios, especialmente estructurales, que permitan que el Tribunal de Primera Instancia continúe asegurando, en interés del justiciable, la calidad en la tramitación de los asuntos reduciendo al mismo tiempo la duración del procedimiento.

El contencioso interpuesto ante el Tribunal de Primera Instancia muestra, también este año, una variedad, continuamente creciente, tanto en las cuestiones jurídicas planteadas como en las materias tratadas (competencia, ayudas de Estado, medio ambiente, política regional, política comercial, política exterior y de seguridad común, Derecho institucional, propiedad intelectual, mercados públicos, etc.). Asimismo, se

confirmó ampliamente la tendencia, ya constatada el año anterior, al aumento del número de procedimientos sobre medidas provisionales, con 58 demandas de medidas provisionales interpuestas en 2008 y 57 procedimientos sobre esta materia terminados. En las páginas que siguen se exponen brevemente las principales aportaciones de la jurisprudencia. Se abordarán sucesivamente el contencioso de la legalidad (I), el relativo a las indemnizaciones (II), los recursos de casación (III) y los procedimientos sobre medidas provisionales (IV).

I. Contencioso de la legalidad

Admisibilidad de los recursos interpuestos con arreglo al artículo 230 CE

1. Autor del acto

El artículo 230 CE establece que los órganos jurisdiccionales comunitarios controlarán la legalidad de los actos adoptados conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo, de los actos del Consejo, de la Comisión y del Banco Central Europeo (BCE), y de los actos del Parlamento Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros. Por lo tanto, las agencias comunitarias no figuran formalmente entre los autores cuyos actos pueden ser objeto de un recurso de anulación ante el juez comunitario.

El Tribunal de Primera Instancia abordó el importante tema de la legitimación pasiva de dichos organismos en el asunto *Sogelma/AER* (sentencia de 8 de octubre de 2008, T-411/06, aún no publicada en la Recopilación), que tenía por objeto un recurso de anulación de decisiones de la Agencia Europea de Reconstrucción (en lo sucesivo, «AER») en materia de contratos públicos, adoptadas con arreglo a un programa de acción comunitaria. El Tribunal de Primera Instancia estima que el hecho de que la AER figure entre las instituciones enumeradas en el artículo 230 CE y que el Reglamento por el que se crea dicha Agencia no establezca que el juez comunitario es competente para conocer de recursos de anulación interpuestos contra decisiones que no sean las relativas a solicitudes de acceso a los documentos no se oponen a que, en virtud del artículo 230 CE, controle la legalidad de los actos de la referida Agencia.

Basándose en la sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de abril de 1986, *Les Verts/Parlamento*,¹ que consagró la legitimación pasiva del Parlamento, el Tribunal de Primera Instancia establece el principio general según el cual es preciso que cualquier acto adoptado por un organismo comunitario destinado a producir efectos jurídicos frente a terceros pueda ser objeto de control judicial. Así, la mera circunstancia de que la Comisión delegue en la AER competencias para tomar decisiones no hace que las decisiones adoptadas al efecto pierdan su carácter de acto impugnabile, so pena de crear un vacío jurídico. Por último, el Tribunal de Primera Instancia señala que la AER tiene personalidad jurídica y competencia para aplicar ella misma los programas de asistencia comunitaria y que la Comisión no participó en el proceso de toma de decisiones. Por lo tanto, como autora de la decisión impugnada, la AER puede ser demandada personalmente ante el Tribunal de Primera Instancia para que defienda la referida decisión.

¹ Asunto 294/83, Rec. p. 1339.

2. Actos que pueden ser objeto de recurso

Constituyen actos 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.²

En el asunto *Italia/Comisión* (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 20 de noviembre de 2008, T-185/05, aún no publicada en la Recopilación), la República Italiana solicitaba la anulación de la decisión de la Comisión por la que se establecían el alemán, el inglés y el francés como lenguas para la publicación externa en el *Diario Oficial de la Unión Europea* de los anuncios de vacante de los puestos de nivel superior, hasta el 1 de enero de 2007.

El Tribunal de Primera Instancia recuerda que no constituye un acto impugnabile una medida adoptada por una institución en la que se refleje únicamente la intención de ésta de seguir cierta línea de conducta en un ámbito determinado. No obstante, toda vez que la institución no puede eludir las normas internas de selección de personal que ella misma haya adoptado, y que constituyen una parte del marco legal que la institución debe rigurosamente respetar en el ejercicio de su facultad de apreciación, debe considerarse que tales normas producen efectos jurídicos obligatorios. Por lo tanto, un demandante privilegiado, como un Estado miembro, puede impugnar de inmediato tales normas, por medio de un recurso de anulación, sin tener que esperar a que se apliquen en un caso concreto. El Tribunal de Primera Instancia señala que la decisión relativa a las lenguas de publicación tiene una redacción clara e inequívoca y que fija ya de manera definitiva y con alcance obligatorio un aspecto de los procedimientos de selección, y declara la admisibilidad del recurso.

En la sentencia de 5 de junio de 2008, *Internationaler Hilfsfonds/Comisión* (T-141/05, no publicada en la Recopilación, recurrida en casación), el Tribunal de Primera Instancia declara, en el marco de un recurso de anulación interpuesto contra un escrito por el que se informa a la demandante de que la Comisión no tiene intención de poner a su disposición otros documentos distintos a los ya remitidos con ocasión de una decisión anterior, que, conforme a la jurisprudencia,³ las conclusiones del Defensor del Pueblo Europeo relativas a la reclamación de la demandante formulada contra la referida decisión no constituyen nuevos elementos que puedan distinguir el acto impugnado de dicha decisión. La circunstancia de que el Defensor del Pueblo concluyera que la institución en cuestión incurrió en un acto de mala administración no permite cuestionar la anterior conclusión. Tal razonamiento equivaldría a admitir que un demandante que no interpuso en los plazos establecidos un recurso de anulación contra la decisión inicial pueda conseguir eludir dichos plazos mediante el mero recurso al Defensor del Pueblo y siempre que éste declare un caso de mala administración.

3. Legitimación activa

a) Afectación individual

² Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 1981, *IBM/Comisión* (60/81, Rec. p. 2639), apartado 9.

³ Auto del Tribunal de Primera Instancia de 15 de octubre de 2003, *Internationaler Hilfsfonds/Comisión* (T-372/02, Rec. p. II-4389), apartado 40.

Conforme a reiterada jurisprudencia, las personas físicas y jurídicas que no sean los destinatarios de una decisión sólo pueden alegar que se ven afectados individualmente si ésta les atañe en razón de determinadas cualidades que les son propias o de una situación de hecho que los caracteriza frente a cualquier otra persona y por ello los individualiza de manera análoga a la del destinatario.⁴

Sobre este particular, el Tribunal de Primera Instancia aporta unas precisiones, en la sentencia de 1 de julio de 2008, *Região autónoma dos Açores/Consejo* (T-37/04, no publicada en la Recopilación, recurrida en casación), sobre el *locus standi* de las entidades infraestatales. La demandante alegaba estar individualmente afectada por el Reglamento (CE) nº 1954/2003,⁵ debido, por un lado, a que, como entidad ultraperiférica de la Unión, disfruta de protección específica, en particular, medioambiental y económica, con arreglo al artículo 299 CE, apartado 2, que es infringido por el Reglamento impugnado y, por otro lado, a que dicho Reglamento afecta a sus competencias legislativa y ejecutiva en materia de pesca.

En primer lugar, el Tribunal de Primera Instancia señala que el interés general que una región pueda tener en conseguir un resultado favorable para su prosperidad no basta, de por sí, para considerar que se encuentra afectada en el sentido del artículo 230 CE, párrafo cuarto. De la jurisprudencia se desprende que el sistema establecido en los Tratados reserva a los Estados miembros y no a las autoridades regionales el derecho a defender el interés general en sus territorios. En segundo lugar, el Tribunal de Primera Instancia considera que, aun suponiendo que el artículo 299 CE, apartado 2, pueda interpretarse no sólo en el sentido de que permite que el Consejo adopte medidas de excepción específicas para las regiones ultraperiféricas, sino también de que le prohíbe adoptar medidas que agraven las desventajas que sufren tales regiones, la protección que establece dicho artículo no basta para conferirle la legitimación activa, de conformidad con la sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de noviembre de 2001, *Nederlandse Antillen/Consejo* (C-452/98, Rec. p. I-8973). Además, el Tribunal de Primera Instancia señala que, en cualquier caso, la demandante no alegó nada que permitiera considerar que las disposiciones impugnadas comportaban efectos perjudiciales para las poblaciones de peces y para el medioambiente marino en las Azores y, en consecuencia, para la supervivencia del sector de la pesca en la región.

Por otra parte, como respuesta a la alegación de la demandante basada en la preservación de sus competencias, el Tribunal de Primera Instancia destaca que, si bien es cierto que el juez comunitario admitió el derecho de las autoridades regionales a impugnar los actos comunitarios que les impiden adoptar actos que podrían legítimamente adoptar a falta de intervención comunitaria o que les obligan a retirar dichos actos y a emprender determinadas acciones,⁶ en el presente caso, las disposiciones impugnadas del Reglamento controvertido no tienen por objeto los actos legislativos o reglamentarios adoptados por la demandante y su legalidad no se ve en absoluto cuestionada ni afectada.

⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1963, *Plaumann/Comisión* (25/62, Rec. pp. 197 y ss., especialmente p. 223)

⁵ Reglamento (CE) nº 1954/2003 del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, sobre la gestión del esfuerzo pesquero en lo que respecta a determinadas zonas y recursos pesqueros comunitarios, por el que se modifica el Reglamento (CEE) nº 2847/93 y se derogan los Reglamentos (CE) nº 685/95 y (CE) nº 2027/95 (DO L 289, p. 1).

⁶ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 5 de octubre de 2005, *Land Oberösterreich y Austria/Comisión* (T-366/03 y T-235/04, Rec. p. II-4005), apartado 28.

Por último, al examinar una alegación basada en que el Convenio de Aarhus establece que las Partes del Convenio velarán por que los miembros del público puedan entablar procedimientos para impugnar los actos de autoridades públicas contrarios al Derecho nacional del medio ambiente, el Tribunal de Primera Instancia señala que el legislador comunitario adoptó, a fin de facilitar el acceso al juez comunitario en materia de medio ambiente, el Reglamento (CE) nº 1367/2006.⁷ Este Reglamento establece en su título IV un procedimiento al término del cual determinadas organizaciones no gubernamentales pueden interponer un recurso de anulación ante el juez comunitario, de conformidad con el artículo 230 CE. Sin embargo, como en el presente caso no concurren manifiestamente los requisitos de dicho título IV, no corresponde al Tribunal de Primera Instancia sustituir al legislador y aceptar, basándose en el Convenio de Aarhus, la admisibilidad de un recurso que no reúne los requisitos establecidos en el artículo 230 CE.

En el asunto *Denka International/Comisión* (auto del Tribunal de Primera Instancia de 27 de junio de 2008, T-30/07, no publicado en la Recopilación), el Tribunal de Primera Instancia recuerda que el hecho de que una persona intervenga en el procedimiento que culmina en la adopción de un acto comunitario sólo permite individualizarla en relación con dicho acto cuando la normativa comunitaria aplicable le concede ciertas garantías procesales. Toda vez que ni el proceso de elaboración de los actos normativos de alcance general ni su naturaleza exigen la participación de las personas afectadas, ya que se supone que sus intereses están representados por los órganos políticos a los que corresponde adoptar dichos actos, sería contrario al espíritu y a la letra del artículo 230 CE permitir a cualquier particular, por haber participado en la preparación de un acto de naturaleza legislativa, interponer un recurso contra dicho acto. Pues bien, ni la directiva impugnada ni aquella sobre la que se basa establecen garantías procesales en beneficio de las empresas productoras o distribuidoras de sustancias activas. Por otra parte, para finalizar, la demandante alegaba que era titular de una marca registrada en relación con la sustancia activa de que se trataba cuyo uso resultaba afectado por la directiva impugnada, lo que la individualizaría respecto de cualquier otra persona, con arreglo a la sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de mayo de 1994, *Codorniu/Consejo*.⁸ Sin embargo, el Tribunal de Primera Instancia señala que dicha protección jurídica ligada a una marca no puede caracterizar a la demandante frente a todos los demás fabricantes y distribuidores, que pueden igualmente invocar la existencia de una marca en su favor. La directiva no tiene por objeto reservar un derecho intelectual concreto a determinados operadores, de modo que la eventual afectación de los derechos de propiedad intelectual sólo resulta de la circunstancia, que no le es propia, de que produce sustancias activas.

El asunto *Apple Computer International/Comisión* (auto del Tribunal de Primera Instancia de 19 de febrero de 2008, T-82/06, aún no publicado en la Recopilación) dio lugar a precisiones relativas a la admisibilidad de los recursos interpuestos contra los reglamentos de clasificación arancelaria. Según la jurisprudencia, tales actos tienen un alcance general, a pesar de la concreta apariencia de las descripciones que contienen. Se refieren a todos los productos correspondientes al tipo descrito y producen sus

⁷ Reglamento (CE) nº 1367/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de septiembre de 2006, relativo a la aplicación, a las instituciones y a los organismos comunitarios, de las disposiciones del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente (DO L 264, p. 13).

⁸ Asunto C-309/89, Rec. p. I-1853, apartados 21 y 22.

efectos para todas las autoridades aduaneras de la Comunidad y con respecto a todos los importadores.⁹

El Tribunal de Primera Instancia considera que las circunstancias de que la clasificación en la Nomenclatura Combinada se llevara a cabo por una solicitud de información arancelaria vinculante emanada de la parte demandante, que ningún otro producto similar fuera objeto de una demostración ante el Comité de la Nomenclatura y que, basándose en la demostración de funcionamiento del producto en cuestión, se difundiera entre los Estados miembros un proyecto de reglamento de clasificación arancelaria que se refería a los monitores controvertidos no permiten individualizar a la demandante de modo que el recurso sea admisible. En efecto, la participación de un operador económico en el proceso que culmina en la adopción de un acto comunitario sólo permite individualizar a ese operador en relación con dicho acto cuando la normativa comunitaria aplicable le concede ciertas garantías de procedimiento.

Si bien se tomaron en consideración circunstancias similares en la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de septiembre de 2003, *Sony Computer Entertainment Europe/Comisión*¹⁰ (en lo sucesivo, «sentencia Sony»), para declarar la admisibilidad de un recurso, no pudieron ser su factor determinante. Sólo teniendo en cuenta las circunstancias excepcionales del caso de autos se consideró en dicho asunto que la parte demandante resultaba individualmente afectada. Asimismo, el Tribunal de Primera Instancia señala que, si bien de dicha sentencia se desprende igualmente que el hecho de que la demandante sea la única importadora autorizada del producto en cuestión constituye un elemento pertinente, no es suficiente *per se* para demostrar que resulta individualmente afectada. Por último, toda vez que la descripción bastante general, en el reglamento impugnado, de las mercancías afectadas así como la ausencia de cualquier factor visual o textual que hiciera clara referencia a un operador económico concreto excluían, en el presente caso, cualquier afectación individual, el Tribunal de Primera Instancia concluye que no procede considerar que en el presente caso se reúnan las circunstancias excepcionales, en el sentido de la sentencia Sony, que otorguen legitimación activa a la demandante.¹¹

b) Afectación directa

Según reiterada jurisprudencia, para que una persona resulte directamente afectada en el sentido del artículo 230 CE, párrafo cuarto, el acto comunitario adoptado debe surtir efectos directos en la situación jurídica del interesado y su aplicación debe tener un carácter meramente automático y derivarse únicamente de la normativa comunitaria sin aplicación de otras normas intermedias.¹²

El Tribunal de Primera Instancia declara, en el auto de 14 de mayo de 2008, *Icuna.com/Parlamento* (T-383/06 y T-71/07, aún no publicado en la Recopilación), que

⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1985, *Casteels/Comisión* (40/84, Rec. p. 667), apartado 11.

¹⁰ Asunto T-243/01, Rec. p. II-4189.

¹¹ A este respecto, es preciso mencionar también el auto de 3 de diciembre de 2008, *RSA Security Ireland/Comisión* (T-227/06, aún no publicado en la Recopilación), apartado 87, en el que el Tribunal de Primera Instancia declara que la demandante no demostró la existencia de circunstancias excepcionales en el sentido de la sentencia Sony, y señala que la existencia de una fotografía del producto en el que era claramente visible el logotipo de la consola de juegos de Sony había tenido una importancia no desdeñable en la apreciación de la admisibilidad del recurso.

¹² Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de mayo de 1998, *Dreyfus/Comisión* (C-386/96 P, Rec. p. I-2309), apartado 43.

una decisión del Parlamento por la que se anula un procedimiento de licitación para la adjudicación de un contrato público produce directamente efectos en la situación jurídica de una empresa licitadora puesto que, al tratarse de la anulación de todo el procedimiento de licitación, la decisión en cuestión entraña la anulación de una decisión anterior por la que se desestima su oferta, pero también la de una decisión que anula la decisión por la que se adjudicó el contrato a dicha empresa y la de una decisión por la que se le adjudicó el contrato.

Normas de competencia aplicables a las empresas

1. Generalidades

a) Fuerza de cosa juzgada

En la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 1 de julio de 2008, *Compagnie maritime belge/Comisión* (T-276/04, aún no publicada en la Recopilación), cuando el juez comunitario, debido a un vicio de forma, ha anulado parcialmente una decisión de la Comisión por la que se declara una infracción de las normas de competencia y se impone una multa, la Comisión puede adoptar, válidamente, una nueva decisión con objeto de corregir los vicios de forma constatados por el juez e imponer una nueva multa basándose en las disposiciones no anuladas de la primera decisión. Además, tras haberse agotado las vías de recurso o expirar los plazos previstos para dichos recursos, las disposiciones no anuladas de la primera decisión de la Comisión adquieren fuerza de cosa juzgada de modo que, en el marco de un recurso de anulación contra la nueva decisión, la empresa sancionada no puede poner de nuevo en tela de juicio la realidad de la infracción, al haber sido declarada ésta definitivamente en la primera decisión.

b) Plazo razonable

En esa misma sentencia, el Tribunal de Primera Instancia recuerda que el Reglamento (CEE) nº 2988/74¹³ regula de manera completa y detallada los plazos dentro de los cuales la Comisión está facultada, sin que se incumpla el principio fundamental de seguridad jurídica, para imponer multas, y declara que debe excluirse cualquier consideración vinculada a la obligación por parte de la Comisión de ejercer su facultad de imponer multas en un plazo razonable. No cabe cuestionar esta conclusión invocando una supuesta vulneración del derecho de defensa, porque, mientras no se haya producido la prescripción prevista en dicho Reglamento, ninguna empresa que esté siendo investigada con arreglo al Reglamento nº 17¹⁴ sabe con certeza cuál será el resultado del procedimiento, ni si se le impondrán sanciones o multas. Así pues, la prolongación de esta incertidumbre resulta inherente a los procedimientos de aplicación del Reglamento nº 17 y no constituye, en sí, una vulneración de su derecho de defensa. En cuanto a la aplicación de las normas de competencia, un plazo cuya duración exceda de lo razonable sólo puede constituir un motivo de anulación de una decisión en la que se declare la existencia de infracciones si se demuestra que la violación de este principio ha vulnerado los derechos de defensa de las empresas de que se trate.

¹³ Reglamento (CEE) nº 2988/74 del Consejo, de 26 de noviembre de 1974, relativo a la prescripción en materia de actuaciones y de ejecución en los ámbitos del Derecho de transportes y de la competencia de la Comunidad Económica Europea (DO L 319, p. 1; EE 08/02, p. 41).

¹⁴ Reglamento nº 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos [81 CE] y [82 CE] (DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22).

2. Aportaciones en el ámbito del artículo 81 CE

a) Aplicación del artículo 81 CE, apartado 1

En la sentencia de 8 de julio de 2008, *AC-Treuhand/Comisión* (T-99/04, aún no publicada en la Recopilación), el Tribunal de Primera Instancia declara que el hecho de que una empresa no opere en el mercado pertinente en el que se materializa la restricción de la competencia no excluye su responsabilidad por participar en la puesta en práctica de un cártel. En el presente caso, la demandante, una empresa asesora, había prestado diversos servicios a tres productores de peróxidos orgánicos y había desempeñado un papel esencial en el marco del cártel entre dichos productores, organizando reuniones y ocultando pruebas de la infracción.

b) Derecho de defensa y derecho a un proceso justo

En esa misma sentencia, el Tribunal de Primera Instancia declara que, cuando se adopta la primera medida de instrucción frente a una empresa, como es una solicitud de información, la Comisión está obligada a informarla de las presunciones de infracción objeto de la investigación en curso, y del hecho de que esa institución podría llegar a formular imputaciones frente a dicha empresa. Sin embargo, en el presente caso, el Tribunal de Primera Instancia estima que la omisión de la Comisión al respecto no puede implicar la anulación de la decisión impugnada, puesto que dicha irregularidad no perjudicó la eficacia de la defensa de la demandante.

c) Multas

En la sentencia de 18 de junio de 2008, *Hoechst/Comisión* (T-410/03, aún no publicada en la Recopilación), el Tribunal de Primera Instancia aplica su competencia jurisdiccional plena en dos aspectos. En primer lugar, considera que la Comisión ha violado los principios de buena administración y de igualdad de trato. En efecto, aunque la Comisión había expuesto claramente su intención de no informar a las empresas que cooperaban con ella, y en particular a Hoechst, de que otras empresas habían entablado contactos para obtener dispensas de la multa, garantizó, al mismo tiempo, a otra empresa que «se le advertiría lealmente» en el caso de que otra empresa intentase adelantarla en materia de cooperación. En el presente caso, dada la importancia que tiene el respeto de los principios de buena administración y de igualdad de trato por parte de la Comisión, el Tribunal de Primera Instancia reduce en un 10 % el importe de la multa impuesta a Hoechst.

En segundo lugar, el Tribunal de Primera Instancia considera que la Comisión incurrió en error al imputar a Hoechst como circunstancia agravante su papel de líder del cártel, sin haber calificado de forma suficientemente clara y precisa, en el pliego de cargos, los hechos que se le imputaban. Por otra parte, algunos elementos de hecho considerados por la Comisión no permiten concluir, de forma suficientemente precisa, que se tiene en cuenta la imputación de líder del cártel contra Hoechst. El Tribunal de Primera Instancia concluye que Hoechst no pudo defenderse adecuadamente.

En la sentencia de 8 de julio de 2008, *BPB/Comisión* (T-53/03, aún no publicada en la Recopilación), el Tribunal de Primera Instancia considera que la reducción de la multa concedida por la Comisión por la cooperación de BPB no es suficiente en la medida en que ésta fue el primer participante en la práctica contraria a la competencia que comunicó, a raíz de una petición de información, pero yendo más allá de lo que solicitaba la Comisión, información adicional que confirmaba la existencia de la

práctica colusoria. En consecuencia, dicha información pudo reforzar sustancialmente la alegación de la Comisión respecto de la existencia de un plan global y, así, permitió aumentar sustancialmente el importe de las multas en función de la gravedad de la infracción. Por lo tanto, el Tribunal de Primera Instancia concede a BPB una reducción adicional del 10 % sobre el importe de la multa.

En las sentencias de 8 de octubre de 2008, *Schunk y Schunk Kohlenstoff-Technik/Comisión* (T-69/04, aún no publicada en la Recopilación) y *Carbone Lorraine/Comisión* (T-73/04, aún no publicada en la Recopilación, recurrida en casación), el Tribunal de Primera Instancia recuerda que, en lo que atañe a una práctica colusoria sobre precios, es legítimo que la Comisión deduzca, del hecho de que los miembros del cártel hayan adoptado medidas para aplicar los precios convenidos, que la infracción produjo efectos. Para declarar que existen repercusiones sobre el mercado, es suficiente que los precios convenidos hayan servido de base para fijar los precios de transacciones individuales, limitando así el margen de negociación de los clientes. En cambio, el Tribunal de Primera Instancia declaró que no se puede exigir a la Comisión, cuando se demuestra que la práctica colusoria se aplicó, que demuestre sistemáticamente que los acuerdos permitieron efectivamente a las empresas afectadas alcanzar un nivel de precios de transacción superior al que habría existido sin la práctica colusoria. Dicha demostración requeriría recursos considerables puesto que supondría hacer cálculos hipotéticos, basados en modelos económicos cuya exactitud sólo difícilmente puede verificar el juez y cuya infalibilidad no está probada en absoluto. En efecto, para valorar la gravedad de la infracción, es decisivo saber que los miembros del cártel hicieron todo lo que estaba en sus manos para dar un efecto concreto a sus intenciones. Lo que ocurrió posteriormente, con respecto a los precios de mercado efectivamente practicados, podía verse influido por otros factores, fuera del control de los miembros del cártel. Éstos no pueden apuntarse en beneficio propio factores externos que entorpecieron sus esfuerzos, invocándolos como elementos que justifiquen una reducción de la multa.

Además, el Tribunal de Primera Instancia estima que, aun cuando, en la demanda, Schunk negó por primera vez ante él los hechos que se le imputan en el pliego de cargos, en los que se basaba la declaración de una infracción del artículo 81 CE, no procede suprimir la reducción mínima del 10 % concedida a Schunk sobre la base de la Comunicación sobre la cooperación¹⁵ como solicitaba la Comisión. El Tribunal de Primera Instancia señala que las impugnaciones de que se trata deben desestimarse con arreglo a la jurisprudencia según la cual deben considerarse probados los hechos que una empresa ha reconocido expresamente en el marco del procedimiento administrativo, sin que la empresa pueda ya desarrollar motivos para impugnarlos en el procedimiento contencioso.

d) Concepto de grupo y determinación del límite máximo del 10 % del importe de la multa

En la sentencia de 8 de julio de 2008, *Knauf Gips/Comisión* (T-52/03, no publicada en la Recopilación), el Tribunal de Primera Instancia señala que, para calcular el límite máximo del 10 % del importe de la multa, mencionado en el artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17, la Comisión puede tener en cuenta el volumen de negocios de todas las entidades que constituyen una unidad económica a efectos de las disposiciones del Derecho de la competencia. En particular, el Tribunal de Primera Instancia decide que, aun cuando sea cierto que el hecho de que el capital social de

¹⁵ Comunicación de la Comisión relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en asuntos relacionados con acuerdos entre empresas (DO 1996, C 207, p. 4).

sociedades mercantiles distintas pertenezca a una misma persona o a una misma familia no es suficiente, por sí solo, para acreditar que existe entre esas sociedades una unidad económica que tenga como consecuencia que las actuaciones de una puedan imputarse a la otra y que pueda obligarse a una a pagar una multa por la otra, es posible concluir que existe una unidad económica teniendo en cuenta un conjunto de pruebas. Además, el Tribunal de Primera Instancia recuerda, en particular, que debe entenderse que el concepto de empresa designa una unidad económica desde el punto de vista del objeto del acuerdo de que se trate, aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas.

e) Imputabilidad del comportamiento infractor

Durante el año 2008, el Tribunal de Primera Instancia aplicó concretamente su jurisprudencia sobre la imputabilidad del comportamiento infractor en la sentencia *Knauf Gips/Comisión*, antes citada. Recuerda, sobre este particular, que es posible imputar a una sociedad todas las actuaciones de un grupo, si dicha sociedad se identifica como la persona jurídica que, al frente del grupo, es responsable de su coordinación.

3. Aportaciones en el ámbito del artículo 82 CE

En la sentencia de 10 de abril de 2008, *Deutsche Telekom/Comisión* (T-271/03, aún no publicada en la Recopilación, recurrida en casación), el Tribunal de Primera Instancia se pronuncia sobre la legalidad de la Decisión de la Comisión por la que se sanciona un abuso por Deutsche Telekom de su posición dominante consistente en la facturación de precios para el acceso de los competidores a la red («servicios mayoristas») superiores a los precios minoristas facturados a los abonados de Deutsche Telekom. Esta fijación de precios en forma de «compresión de márgenes» obligaba a los competidores a facturar a sus abonados unos precios superiores a los que Deutsche Telekom facturaba a sus propios abonados. En consecuencia, la Comisión había impuesto una multa de 12,6 millones de euros a Deutsche Telekom.

El Tribunal de Primera Instancia señala que la Comisión pudo declarar legítimamente que Deutsche Telekom, respetando los precios máximos impuestos por la Autoridad Reguladora de Telecomunicaciones y Correos alemana (en lo sucesivo, «RegTP»), disponía, desde principios de 1998 hasta finales de 2001 y a partir de 2002 hasta la fecha de adopción de la Decisión, de un margen de maniobra suficiente para eliminar o reducir la compresión de márgenes. Además, el Tribunal de Primera Instancia subraya que el hecho de que las tarifas de Deutsche Telekom tengan que ser aprobadas por la RegTP no elimina su responsabilidad en virtud del Derecho de la competencia. Como empresa que ocupa una posición dominante, Deutsche Telekom estaba obligada a presentar solicitudes de modificación de sus tarifas cuando perjudicaran el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común.

Por lo que respecta al método utilizado por la Comisión para señalar la compresión de márgenes, el Tribunal de Primera Instancia destaca que el carácter abusivo del comportamiento de Deutsche Telekom estaba ligado a la diferencia entre sus precios mayoristas y minoristas. Por lo tanto, la Comisión no estaba obligada a demostrar que los precios minoristas eran abusivos en sí mismos.

La Comisión actuó también acertadamente al basar su análisis sobre el carácter abusivo de las prácticas tarifarias únicamente en las tarifas y costes de Deutsche Telekom, prescindiendo de la posición específica de los competidores en el mercado.

A este respecto, el Tribunal de Primera Instancia señala que, si la legalidad de las prácticas tarifarias de una empresa dominante dependiera de la situación específica de las empresas competidoras, y en particular, de la estructura de sus costes – generalmente desconocidos para la empresa dominante– esta última ni siquiera podría apreciar la legalidad de sus propios comportamientos.

Por último, el Tribunal de Primera Instancia recuerda que las prerrogativas de las autoridades nacionales en virtud del Derecho comunitario de telecomunicaciones no afectan en absoluto a la competencia de la Comisión para declarar las infracciones del Derecho de la competencia. Por lo tanto, no cabe reprochar que la decisión de la Comisión implique una doble regulación de las tarifas practicadas por Deutsche Telekom al sancionarla por no haber utilizado su margen de maniobra para eliminar la compresión de márgenes.

Ayudas de Estado

1. Admisibilidad

La jurisprudencia de este año aporta especialmente precisiones en cuanto a los conceptos, en primer lugar, de persona individualmente afectada por una decisión de la Comisión relativa a un régimen de ayudas; en segundo lugar, de acto que produce efectos jurídicos obligatorios y, en tercer lugar, de interés para ejercitar la acción.

En su sentencia de 28 de noviembre de 2008, *Hotel Cipriani y otros/Comisión* (T-254/00, T-270/00 y T-277/00, aún no publicada en la Recopilación), el Tribunal de Primera Instancia declara la admisibilidad de los recursos, interpuestos por algunos beneficiarios de reducciones y/o exenciones de cargas sociales concedidas a las empresas implantadas en el territorio insular de Venecia y de Chioggia, contra una decisión de la Comisión que consideró dichas medidas como un régimen de ayudas incompatible con el mercado común y exigió que la República Italiana recuperase las ayudas abonadas de quienes las recibieron. En efecto, aunque una decisión relativa a un régimen de ayudas tenga alcance general, el hecho de pertenecer al círculo cerrado de los beneficiarios efectivos de dicho régimen de ayudas, perfectamente identificables y especialmente afectados por la obligación de restituir las ayudas al Estado, basta para caracterizar a cada uno de ellos frente a cualquier otro sujeto. Si, como sostenía la Comisión, la legitimación para recurrir del beneficiario efectivo de un régimen de ayudas dependiera de que se hubiera examinado su situación individual en la decisión de la Comisión por la que se declara la incompatibilidad del régimen en cuestión, dicha legitimación dependería de si la citada institución optó o no por proceder a dicho examen individual, a partir de la información obtenida por ella en el procedimiento administrativo. Tal solución crearía incertidumbre jurídica, ya que el hecho de que la Comisión tenga conocimiento de situaciones individuales concretas se explica frecuentemente por meras coincidencias.

En lo referente al concepto de acto que produce efectos jurídicos obligatorios, el Tribunal de Primera Instancia, en la sentencia de 10 de abril de 2008, *Países Bajos/Comisión* (T-233/04, aún no publicada en la Recopilación, recurrida en casación), relativa a una decisión de la Comisión que calificó de ayuda de Estado compatible con el mercado común el régimen comercial de las emisiones de óxidos de nitrógeno notificado por el Reino de los Países Bajos, declara que este Estado miembro, que había solicitado a la Comisión que declarase que dicho régimen no constituía una ayuda, podía impugnar la decisión en cuestión. Como demandante privilegiado, no debe justificar un interés para ejercitar la acción, sino únicamente que

la decisión impugnada produce efectos jurídicos. Así ocurre en el presente caso, puesto que la calificación de dicho régimen de ayudas de Estado, por un lado, tuvo como efecto permitir que la Comisión examinara la compatibilidad de la medida de que se trata con el mercado común y supuso, además, la aplicación del procedimiento previsto para los regímenes de ayudas existentes y, por otro lado, puede tener incidencia sobre la concesión de una nueva ayuda en virtud de las normas relativas a la acumulación de ayudas de distinta procedencia previstas, en particular, en las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales en favor del medio ambiente.¹⁶

Por lo que respecta al interés para ejercitar la acción, el Tribunal de Primera Instancia puntualiza, en la sentencia de 9 de julio de 2008, *Alitalia/Comisión* (T-301/01, aún no publicada en la Recopilación), que Alitalia, empresa que disfrutó de una dotación de capital calificada por la Comisión de ayuda de Estado compatible con el mercado común a condición de que se respetasen determinadas condiciones, conserva un interés personal en la anulación de ésta, y ello incluso después de que obtuvo, a raíz de otra decisión de la Comisión, el abono de toda esa ayuda. En efecto, puesto que la decisión impugnada sirve de base jurídica a la que autoriza el abono del último tramo de la ayuda, la segunda decisión habría quedado privada de base jurídica si el Tribunal de Primera Instancia hubiera anulado la decisión impugnada en la medida en que calificaba de ayuda de Estado la medida controvertida. Por otra parte, en esta misma sentencia, el Tribunal de Primera Instancia declara que, aunque la decisión impugnada se adoptara a condición de que se respetasen determinadas condiciones, a lo que se habían comprometido las autoridades italianas, se admite que Alitalia invoque un motivo dirigido contra dichas condiciones, puesto que éstas son imputables a la Comisión, que tiene competencia exclusiva para declarar la eventual incompatibilidad de una ayuda con el mercado común.

En lo referente al interés para ejercitar la acción del beneficiario de una ayuda declarada parcialmente compatible con el mercado común por la Comisión, el Tribunal de Primera Instancia declara, en la sentencia de 22 de octubre de 2008, *TV 2/Danmark y otros/Comisión* (T-309/04, T-317/04, T-329/04 y T-336/04, aún no publicada en la Recopilación), que las condiciones en las que la Comisión apreció la compatibilidad de las ayudas de que se trata impiden examinar la admisibilidad del recurso procediendo a separar la decisión impugnada en dos partes, una de ellas la que califica las medidas controvertidas como ayudas de Estado parcialmente incompatibles con el mercado común y otra la que las califica como ayudas de Estado parcialmente compatibles. La Comisión verificó si el conjunto de las medidas de financiación estatal de que se trataba superaba los costes netos de la prestación de un servicio de interés económico general.

Por otra parte, el Tribunal de Primera Instancia señala que el interés en ejercitar la acción puede deducirse de la existencia de un verdadero «riesgo» de que la situación jurídica de los demandantes se vea afectada por acciones judiciales, o también de que el riesgo de acciones judiciales sea existente y real en el momento de la interposición del recurso ante el Tribunal de Primera Instancia. Pues bien, TV 2 era objeto de una acción judicial a escala nacional interpuesta por un competidor y dirigida a la reparación del perjuicio que éste había sufrido por el hecho de que la ayuda de Estado percibida por TV 2 había permitido a ésta seguir, para la venta de sus espacios publicitarios, una estrategia de precios bajos. El Tribunal de Primera Instancia señala que TV 2 acudió ante él antes de que el competidor iniciase dicha acción y considera que el carácter existente y real del riesgo de que tuviese lugar una acción judicial en el

¹⁶ DO 2001, C 37, p. 3.

momento de la interposición del recurso de TV 2 queda demostrado por su materialización en forma de la acción judicial pendiente ante el juez nacional.

2. Normas sustantivas

a) Atribución de una ventaja económica

En el asunto *SIC/Comisión* (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 26 de junio de 2008, T-442/03, aún no publicada en la Recopilación), que tiene por objeto un recurso contra una decisión de la Comisión por la que se declara, concretamente, que algunas medidas adoptadas por la República Portuguesa en relación con la Radiotelevisão Portuguesa (en lo sucesivo, «RTP»), sociedad que se encarga del servicio público de televisión portugués, no constituyen ayudas de Estado y las demás son compatibles con el mercado común, la demandante alegaba, en particular, que, en una emisión de obligaciones, la RTP había disfrutado de una garantía implícita del Estado, que explicaba que esta sociedad pudiera colocar dicha emisión en el mercado pese a su deteriorada situación financiera. Tras señalar, por un lado, que la RTP era una sociedad anónima, respecto de cuyas deudas la República Portuguesa, accionista al 100 %, no estaba sujeta a una obligación ilimitada de reembolso, y, por otro lado, que el folleto de la emisión de obligaciones de que se trata no estipulaba garantía alguna por parte del Estado, el Tribunal de Primera Instancia declara que el hecho de que el mercado hubiera aceptado suscribir la emisión de obligaciones de 1994, debido a que consideraba que el Estado garantizaba *de facto* el reembolso, no permite declarar la existencia de una ayuda de Estado. Únicamente pruebas objetivas que llevaran a la conclusión de que el Estado estaba jurídicamente obligado a rembolsar esta emisión en caso de impago de RTP permitirían considerar que existió una garantía del Estado.

En la sentencia *Hotel Cipriani y otros/Comisión*, antes citada, las empresas beneficiarias de exenciones de cargas sociales sostenían que dichas exenciones no les conferían ninguna ventaja económica por el hecho de que compensaban los costes adicionales generados por las desventajas estructurales en la zona lacustre en la que estaban implantadas. El Tribunal de Primera Instancia señala que las empresas no demostraron la existencia de una relación directa entre los costes adicionales realmente soportados y el importe de la ayuda recibida. El mero hecho de que las empresas implantadas en la laguna se vean expuestas a costes adicionales más elevados que si se implantaran en tierra firme no permite deducir que el régimen no les confiere ventaja alguna ni crea una discriminación en perjuicio de sus competidores en Italia o en otros Estados miembros.

b) Carácter selectivo de una ayuda

En la sentencia *Países Bajos/Comisión*, antes citada, el Tribunal de Primera Instancia establece que el régimen comercial de las emisiones de óxidos de nitrógeno (NO_x) adoptado por el Reino de los Países Bajos no constituye una ayuda de Estado. Por un lado, todas las instalaciones industriales de los Países Bajos cuya capacidad térmica total instalada sobrepase un umbral determinado, sin consideración alguna de tipo geográfico o sectorial, están sujetas al techo de emisión de NO_x fijado por la medida de que se trata y pueden beneficiarse de la ventaja que ofrece la posibilidad de negociar los derechos de emisión prevista en esta medida. Dirigido a las empresas más contaminantes, el régimen de que se trata utiliza un criterio objetivo y conforme con la consecución de objetivo de protección del medio ambiente. Por otro lado, las empresas a las que se aplica dicho régimen son las únicas a las que se les impone, so pena de multa, una norma de emisión o un tipo normal de rendimiento estricto. Por

consiguiente, la situación factual y jurídica de las empresas sujetas a dicho techo de emisión de NO_x no puede considerarse comparable a la de las empresas a las que no se aplica dicho techo. En cualquier caso, aun suponiendo que la medida de que se trata establezca una diferenciación entre empresas y sea, por tanto, selectiva *a priori*, dicha diferenciación resulta de la naturaleza o del sistema del régimen en el que se inscribe y, por tanto, no reúne el requisito de selectividad. En efecto, consideraciones de orden ecológico justifican la distinción entre empresas que emiten grandes cantidades de NO_x y las demás empresas.

En cambio, en la sentencia *SIC/Comisión*, antes citada, el Tribunal de Primera Instancia declara que la Comisión no demostró suficientemente con arreglo a Derecho que algunas ventajas de que disfrutó la RTP (exención de los gastos de notario, de los gastos de registro y de los costes de publicación relativos a la transformación de dicha empresa en sociedad anónima por vía legislativa) no cumplen el requisito de la selectividad debido a que se justifican por la naturaleza y la estructura general del sistema en el que se inscriben. Por un lado, la Comisión no verificó si el recurso a una norma jurídica que conllevaba la exención de los gastos de notario, no se había elegido con el fin de que las empresas públicas eludieran gravámenes, sino que simplemente se inscribía en la lógica del sistema jurídico portugués. Por otro lado, la Comisión debía haber demostrado si formaba parte de la lógica del sistema portugués que la transformación de RTP en sociedad anónima no se produjera de la forma prevista normalmente para las sociedades privadas, es decir, mediante escritura pública (con todas las consecuencias que la aplicación del régimen general lleva consigo, en cuanto a formalidades de registro y publicidad), sino por una ley.

El asunto *Government of Gibraltar y Reino Unido/Comisión* (sentencia de 18 de diciembre de 2008, T-211/04 y T-215/04, aún no publicada en la Recopilación) permitió que el Tribunal de Primera Instancia proporcionara nuevas precisiones relativas al requisito de la selectividad.

En agosto de 2002, el Reino Unido notificó a la Comisión la reforma del impuesto de sociedades prevista por el Gobierno de Gibraltar, que suponía la creación de tres impuestos: una tasa de registro, un impuesto sobre el número de empleados y un impuesto por superficie ocupada (business property occupation tax; en lo sucesivo, «BPOT»), y establecía que el límite máximo de estos dos últimos impuestos sería igual al 15 % de los beneficios. La Comisión consideró que esta reforma era selectiva desde el punto de vista regional en la medida en que establecía que se gravase a las sociedades de Gibraltar con un tipo inferior al del Reino Unido. Además, consideró que tres aspectos de la reforma fiscal eran selectivos desde el punto de vista material: en primer lugar, el requisito de obtener beneficios antes de estar sometidas al impuesto sobre el número de empleados y al BPOT, ya que este requisito favorecía a las empresas que no obtenían beneficios; en segundo lugar, el límite máximo del 15 % de los beneficios aplicado a efectos del impuesto sobre el número de empleados y del BPOT, ya que dicho límite máximo favorecía a las empresas que para el ejercicio fiscal en cuestión tenían beneficios bajos en relación con su número de empleados y las instalaciones que ocupaban; en tercer lugar, el impuesto sobre el número de empleados y el BPOT, ya que ambos impuestos favorecían, debido a su naturaleza, a las empresas que no tenían presencia real en Gibraltar.

Aplicando los requisitos enunciados por la jurisprudencia relativa a las ayudas concedidas por las entidades infraestatales,¹⁷ el Tribunal de Primera Instancia declara

¹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de septiembre de 2006, *Portugal/Comisión* (C-88/03, Rec. p. I-7115), apartado 67.

que el marco de referencia para apreciar la selectividad regional de la reforma fiscal de que se trata se circunscribe exclusivamente al territorio de Gibraltar y que, en consecuencia, no puede llevarse a cabo ninguna comparación con el régimen aplicable en el Reino Unido.

Por lo que se refiere a la selectividad material, el Tribunal de Primera Instancia manifiesta que la calificación de una medida fiscal selectiva supone un análisis en tres fases. En un primer momento, la Comisión debe identificar y examinar el régimen «normal» del sistema fiscal aplicable en la zona geográfica que constituye el marco de referencia pertinente. Precisamente a la luz de este régimen fiscal «normal» la Comisión está obligada, en un segundo momento, a determinar el eventual carácter selectivo de la ventaja otorgada por la medida fiscal de que se trate. Si la Comisión demuestra la existencia de excepciones al régimen fiscal «normal» que tengan como consecuencia una diferenciación entre empresas, el Estado miembro afectado puede aportar pruebas de que dicha diferenciación está justificada por la naturaleza y la estructura de su sistema fiscal. En tal supuesto, en un tercer momento, la Comisión debe verificar si así ocurre. Sobre este particular, el Tribunal de Primera Instancia añade que, en caso de que la Comisión no lleve a cabo ni la primera ni la segunda fase antes citadas, no puede iniciar la tercera, so pena de sobrepasar los límites de su control. En efecto, por una parte, esta forma de actuar podría dar lugar a que la Comisión sustituyese al Estado miembro en cuanto atañe a la determinación de su sistema fiscal y de su régimen «normal» y, por otra parte, podría hacer que al Estado miembro le resultase imposible justificar las diferenciaciones de que se trata basándose en la naturaleza y en la estructura del sistema fiscal notificado.

El Tribunal de Primera Instancia señala que la Comisión ni identificó previamente el régimen «normal» del sistema fiscal notificado, ni cuestionó la calificación realizada al respecto por las autoridades de Gibraltar y señala que era imposible que dicha institución demostrara que determinados elementos del sistema fiscal notificado revestían un carácter excepcional y, en consecuencia, *a priori*, un carácter selectivo, con respecto a su régimen «normal». Asimismo, el Tribunal de Primera Instancia estima que a la Comisión también le resultaba imposible apreciar correctamente si eventuales diferenciaciones entre empresas podían estar justificadas por la naturaleza o por la estructura del sistema fiscal notificado.

c) Criterio del inversor privado en una economía de mercado

En la sentencia de 17 de diciembre de 2008, *Ryanair/Comisión* (T-196/04, aún no publicada en la Recopilación), el Tribunal de Primera Instancia anuló la decisión por la que la Comisión examinó por separado dos acuerdos celebrados por la compañía aérea Ryanair con la Región Valona, propietaria del aeropuerto de Charleroi, y Brussels South Charleroi Airport (en lo sucesivo, «BSCA»), empresa pública controlada por la Región Valona que gestiona y explota dicho aeropuerto, respectivamente. A tenor de la decisión impugnada, ambos acuerdos suponían ayudas de Estado incompatibles con el mercado común. La Comisión señaló, en particular, que la Región Valona había celebrado el primer acuerdo con Ryanair como poder público, y que, en consecuencia, su papel en dicho acuerdo no podía examinarse con arreglo al principio del inversor privado en una economía de mercado. El Tribunal de Primera Instancia señala, en primer lugar, que al ser BSCA una entidad económicamente dependiente de la Región Valona, la Comisión debía haberlas considerado una sola y misma entidad. En segundo lugar, señala que, cuando celebró su acuerdo con Ryanair, la Región Valona ejerció una actividad de naturaleza económica. El mero hecho de que tal actividad se desarrolle en dominio público no significaba que estuviera comprendida en el ámbito del ejercicio de las prerrogativas

del poder público. Por otra parte, la mera circunstancia de que la Región Valona disponga de una potestad reglamentaria en materia de fijación de los cánones aeroportuarios no excluye la obligación de aplicar el principio del inversor privado en una economía de mercado.

d) Aplicación *ratione temporis* de las excepciones a la prohibición de las ayudas de Estado

En el asunto *SIDE/Comisión* (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de abril de 2008, T-348/04, aún no publicada en la Recopilación), la Comisión había aplicado la excepción relativa a las medidas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, establecida en el artículo 87 CE, apartado 3, letra d), disposición que entró en vigor el 1 de noviembre de 1993, a una ayuda concedida por Francia antes de esta fecha. Tras recordar que las normas comunitarias de Derecho sustantivo no contemplan, en principio, las situaciones existentes con anterioridad a su entrada en vigor, y puntualizar que esta conclusión debe acogerse independientemente de los efectos positivos o negativos que dichas normas puedan tener para los interesados, el Tribunal de Primera Instancia declara, por un lado, que toda ayuda de Estado nueva es necesariamente incompatible con el mercado común si puede falsear la competencia durante el período a lo largo del cual se haya concedido y si no está amparada por ninguna excepción y, por otro lado, que una vez producidos sus efectos, el carácter compatible o incompatible de la ayuda en cuestión se hace definitivo. Por consiguiente, dado que el análisis de la compatibilidad de una ayuda con el mercado común no exige únicamente apreciar si, en el momento de la adopción de la decisión correspondiente, el interés comunitario requería que la ayuda fuera o no restituida, la Comisión debe también comprobar si la ayuda en cuestión, durante el período a lo largo del cual se ha concedido, podía falsear la competencia. Basándose en tales consideraciones, el Tribunal de Primera Instancia concluye que la Comisión incurrió en error de Derecho al aplicar la excepción anteriormente mencionada al período anterior al 1 de noviembre de 1993.

e) Servicios de interés económico general

El asunto *BUPA y otros/Comisión* (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de febrero de 2008, T-289/03, aún no publicada en la Recopilación) permitió al Tribunal de Primera Instancia desarrollar su jurisprudencia relativa al tema de si las compensaciones que una empresa recibe como contrapartida de un servicio de interés económico general (en lo sucesivo, «SIEG») que asegura constituyen o no una ayuda de Estado. El litigio versaba sobre la organización del sistema de seguros de enfermedad privados (en lo sucesivo, «SEP») en Irlanda, que se había liberalizado entre 1994 y 1996, y en cuyo contexto el Voluntary Health Insurance Board (Consejo de seguros de salud privados) había licitado con otros operadores, entre ellos, la demandante. En el marco de dicha liberalización, se había previsto el establecimiento de un sistema de igualación de riesgos (en lo sucesivo, «RES») gestionado por la Health Insurance Authority (en lo sucesivo, la «HIA»). En esencia, el RES constituye un mecanismo que prevé, por un lado, el pago de un canon a la HIA por parte de las aseguradoras SEP que tienen un perfil de riesgo menor que el perfil de riesgo medio del mercado y, por otro lado, el pago correspondiente por parte de la HIA a las aseguradoras SEP que tienen un perfil de riesgo más elevado que el perfil de riesgo medio. El mecanismo precisa los distintos umbrales para poder poner en marcha los pagos RES. La Comisión, ante la que BUPA presentó una denuncia y a la Irlanda notificó el RES, había decidido que los pagos derivados del RES constituían una indemnización destinada a compensar por las obligaciones SIEG, es decir, por las obligaciones dirigidas a garantizar a toda persona que viva en Irlanda un nivel mínimo

de servicios SEP al mismo precio, con independencia de su estado de salud, edad o sexo.¹⁸

El Tribunal de Primera Instancia declara que aunque no se había publicado todavía la sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de julio de 2003, *Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg*¹⁹ (en lo sucesivo, «sentencia Altmark») cuando la Comisión llevó acabo su análisis, era preciso examinar la legalidad de la decisión impugnada a la luz de los cuatro requisitos que el Tribunal de Justicia enunció en ella (en lo sucesivo, «requisitos Altmark»). Por un lado, el Tribunal de Justicia no limitó en el tiempo el alcance de los pronunciamientos realizados en la sentencia Altmark, y, por otro lado, la interpretación que hace el Tribunal de Justicia de una norma de Derecho comunitario se limita a aclarar y precisar su significado y alcance, tal como habría debido ser entendida y aplicada, incluso por las instituciones comunitarias, desde el momento de su entrada en vigor. El Tribunal de Primera Instancia puntualiza que, en el presente caso, los requisitos Altmark, que, por otra parte, tienen un alcance que coincide en gran medida con el de los criterios del artículo 86 CE, apartado 2, deben aplicarse con arreglo al espíritu y a la finalidad que guiaron su enunciado, pero de una forma adaptada a las características específicas del presente asunto.

En el marco del primer requisito Altmark, según el cual la empresa beneficiaria de la compensación debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público claramente definidas, el Tribunal de Justicia señala que el Derecho comunitario no ofrece ni una definición legal clara y precisa del concepto de misión de SIEG, ni un concepto jurídico consolidado que fije, de manera definitiva, los requisitos que deben cumplirse para que un Estado pueda válidamente invocar la existencia y la protección de una misión de SIEG. Por lo tanto, los Estados miembros disponen de un amplio margen de apreciación a la hora de definir lo que consideran como SIEG y tal definición sólo puede ser cuestionada por la Comisión en caso de error manifiesto. Este amplio margen de apreciación no implica, sin embargo, que un Estado miembro esté dispensado de la obligación de velar por que la misión de SIEG que invoca satisfaga determinados criterios mínimos (en particular, la existencia de un acto del poder público que encomiende a los operadores afectados la misión, así como el carácter universal y obligatorio de ésta) comunes a toda misión de SIEG en el sentido del Tratado CE, y de demostrar que dichos criterios se satisfacen en el caso en cuestión. El hecho de que un Estado miembro no proporcione pruebas de que estos criterios se cumplen puede constituir un error manifiesto de apreciación que la Comisión está obligada a sancionar. Además, el Estado miembro debe indicar las razones por las cuales estima que el servicio en cuestión merece, como consecuencia de su carácter específico, ser calificado como SIEG. En efecto, sin dicha motivación, no sería posible un control, siquiera marginal, por parte de las instituciones comunitarias. El Tribunal de Primera Instancia puntualiza, por otra parte, que la atribución de una misión de SIEG no presupone forzosamente que al operador encargado de ella se le conceda un derecho exclusivo o especial para llevarla a cabo, y que dicha atribución también puede consistir en una obligación impuesta a una multiplicidad o incluso a la totalidad de los operadores activos en un mismo mercado. En cambio, los requisitos indispensables para caracterizar la existencia de una misión de SIEG son sus caracteres obligatorio y universal: si el primero implica que se obligue al prestatario a contratar, con las mismas condiciones, sin poder rechazar a la otra parte contratante, el segundo no implica que el servicio de que se trate deba forzosamente ser prestado a toda la población de un Estado miembro, siempre que se

¹⁸ Decisión C(2003) 1322 final, de 13 de mayo de 2003 (ayuda de Estado N 46/2003-Irlanda).

¹⁹ Asunto C-280/00, Rec. p. I-7747.

ofrezca con tarifas uniformes y no discriminatorias y en condiciones de calidad similares para todos los clientes. Al aplicar dichos criterios al caso de autos, el Tribunal de Primera Instancia declara que el RES cumple el primer requisito Altmark.

Por lo que respecta al segundo requisito Altmark, que establece que los parámetros para el cálculo de la compensación por la realización de la misión de SIEG deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente, el Tribunal de Primera Instancia señala que también se cumple en el presente caso. La eventual potestad de las autoridades irlandesas en el cálculo de los pagos RES no es, en sí, incompatible con la existencia de parámetros objetivos y transparentes. Por otra parte, la mera complejidad de las fórmulas económicas y matemáticas que regulan los cálculos que deben efectuarse no afecta al carácter preciso y claramente determinado de los parámetros pertinentes.

En el marco del examen del tercer requisito Altmark, según el cual la compensación debe ser necesaria y proporcionada con respecto a los costes ocasionados por la ejecución de la misión de SIEG, el Tribunal de Primera Instancia observa que los pagos RES no tienen por objeto compensar los costes eventuales o adicionales ligados a una prestación precisa de determinados servicios SEP, sino únicamente igualar las cargas suplementarias que se considera que son el resultado de un diferencial negativo de perfil de riesgo de una aseguradora SEP con respecto al perfil de riesgo medio del mercado. Sin embargo, esto no implica el incumplimiento del requisito de que se trata. Toda vez que el sistema de compensación contemplado en el presente caso difiere radicalmente, en particular, del examinado en la sentencia Altmark, no puede ajustarse estrictamente al tercer requisito Altmark, que exige que se puedan determinar los costes ocasionados por la ejecución de una obligación SIEG. No obstante, la cuantificación de los costes adicionales por medio de una comparación entre el perfil de riesgo real de una aseguradora SEP y un perfil de riesgo medio del mercado, a la luz de los importes reembolsados por el conjunto de las aseguradoras SEP sujetas al RES, respeta la finalidad y el espíritu del referido requisito, ya que el cálculo de la compensación se basa en elementos objetivos concretos, claramente identificables y controlables.

Por lo que respecta al cuarto requisito Altmark, que exige que los costes soportados en relación con la ejecución de la misión de SIEG correspondan a los de una empresa eficiente, el Tribunal de Primera Instancia declara que la Comisión podía válidamente considerar que, en el presente asunto, no era necesaria una comparación entre los beneficiarios potenciales de los pagos RES y un operador eficiente. Procede tener en cuenta que dicho requisito no es aplicable, estrictamente, al sistema RES, debido a las dos especificidades siguientes: la neutralidad del sistema de compensación constituido por el RES con respecto a los ingresos y a los beneficios de las aseguradoras SEP y la especificidad de los costes adicionales vinculados a un perfil de riesgo negativo de dichas aseguradoras.²⁰

Otras sentencias permitieron que el Tribunal de Primera Instancia completara en 2008 el método de análisis aplicable a las compensaciones relativas al cumplimiento de un SIEG.

²⁰ En la sentencia *Hotel Cipriani y otros/Comisión*, antes citada, el Tribunal de Primera Instancia confirma que, por lo que se refiere a las decisiones adoptadas por la Comisión con anterioridad a la sentencia Altmark, procede examinar si el planteamiento global seguido es compatible en lo esencial con los requisitos Altmark.

En la sentencia de 1 de julio de 2008, *Deutsche Post/Comisión* (T-266/02, aún no publicada en la Recopilación, recurrida en casación), el Tribunal de Primera Instancia señala, en primer lugar, que, cuando se conceden fondos estatales a fin de compensar los costes adicionales derivados del cumplimiento de un SIEG cumpliendo los requisitos Altmark, la Comisión no puede, si no quiere privar de toda eficacia al artículo 86 CE, apartado 2, calificar como ayuda de Estado los fondos públicos concedidos si su cuantía total es inferior a los costes adicionales generados por el cumplimiento de dicha misión de SIEG. Por lo tanto, si la Comisión no verifica si el importe de las compensaciones sobrepasa los costes adicionales relativos a un SIEG, no demuestra de forma suficiente en Derecho que dicha compensación confiere una ventaja en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1 y puede constituir, por tanto, una ayuda de Estado. Por otra parte, si la Comisión no llevó a cabo ningún examen ni apreciación a este respecto, no corresponde al juez comunitario efectuar, en lugar de dicha institución, un examen que ésta no ha llevado a cabo en ningún momento, especulando sobre las conclusiones a las que habría llegado a su término.

En la sentencia *SIC/Comisión*, antes citada, el Tribunal de Primera Instancia declara que la República Portuguesa no estaba obligada a organizar una licitación para adjudicar el SIEG de televisión a RTP. En efecto, la especificidad de la radiodifusión pública, en particular, su relación con las necesidades democráticas, sociales y culturales de cada sociedad, explica y justifica que un Estado miembro no esté obligado a convocar una licitación para adjudicar el SIEG de radiodifusión, al menos cuando, tal como sucede en el caso de autos, decide prestar él mismo este servicio público mediante una sociedad pública.

El Tribunal de Primera Instancia señala que los Estados miembros son competentes para definir el SIEG de radiodifusión de modo que abarque la difusión de una creciente diversificación de programas, autorizando al operador encargado de este SIEG a ejercer actividades comerciales, como la venta de espacios publicitarios. Si no fuera así, la propia definición del SIEG de radiodifusión dependería de su forma de financiación, mientras que un SIEG, por principio, se define atendiendo al interés general que pretende satisfacer y no en consideración a los medios que garantizarán su prestación.

Por lo que respecta al control del cumplimiento por la RTP de su mandato de servicio público, el Tribunal de Primera Instancia puntualizó que sólo el Estado miembro podía apreciar el respeto por el radiodifusor de servicio público de las normas de calidad definidas en su mandato. La Comisión debe limitarse a comprobar la existencia, a escala nacional, de un mecanismo de control independiente, lo que ocurría en el caso de autos. En lo referente a la proporcionalidad de la financiación de los costes de servicio público, el Tribunal de Primera Instancia concluye que, al no haber solicitado a la República Portuguesa que le transmitiera determinados informes de auditoría de la RTP, la Comisión incumplió su obligación de examen. Efectivamente, la Comisión no puede abstenerse de solicitar la transmisión de elementos de información que pueden confirmar o desmentir otros elementos de información pertinentes para el examen de la medida controvertida, pero cuya fiabilidad no puede considerarse suficientemente acreditada.

El Tribunal de Primera Instancia puntualiza, además, en la sentencia *TV 2/Danmark y otros/Comisión*, antes citada, que el SIEG de radiodifusión no debe limitarse necesariamente a la difusión de emisiones no rentables. El Tribunal de Primera Instancia considera que la alegación de que la empresa TV 2 encargada del SIEG (TV 2) se vería inevitablemente obligada a subvencionar su actividad comercial a través de la financiación estatal del servicio público remite todo lo más a un riesgo, que

corresponde a los Estados miembros prevenir y a la Comisión, en su caso, sancionar. Por otra parte, en cuanto a la libertad que las autoridades danesas dejan a TV 2 en lo que atañe a la definición concreta de su programación, el Tribunal de Primera Instancia señala que en absoluto es anormal que un radiodifusor de servicio público goce, sin perjuicio del respeto de las exigencias cualitativas, de independencia editorial con respecto al poder político a la hora de realizar la elección concreta de los programas.

f) Ayudas dirigidas a reparar los perjuicios causados por acontecimientos de carácter excepcional

Según el artículo 87 CE, apartado 2, letra b), deben declararse compatibles con el mercado común las ayudas otorgadas para reparar los perjuicios causados por acontecimientos de carácter excepcional.

A raíz de los atentados del 11 de septiembre de 2001, la Comisión adoptó, el 10 de octubre de 2001, una Comunicación ²¹ en la que estimó que dicha disposición podía autorizar la indemnización, en particular, de los costes generados por el cierre del espacio aéreo americano del 11 al 14 de septiembre de 2001. En la sentencia de 25 de junio de 2008, *Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Comisión* (T-268/06, aún no publicada en la Recopilación), el Tribunal de Primera Instancia anula parcialmente la decisión de la Comisión por la que se declaraba incompatible con el mercado común la parte de las ayudas concedidas por la República Helénica para reparar las pérdidas debidas a la anulación de vuelos previstos fuera del período contemplado en dicha Comunicación. El Tribunal de Primera Instancia declara que, si bien el artículo 87 CE, apartado 2, letra b), únicamente permite compensar las desventajas de tipo económico causadas directamente por acontecimientos de carácter excepcional, cabe reconocer la existencia de un vínculo directo aunque el daño haya sido ocasionado, como en el caso de autos, poco tiempo después del período anteriormente mencionado.

3. Normas de procedimiento

Por último, la jurisprudencia de 2008 permite aclarar las obligaciones que incumben a la Comisión cuando adopta una segunda decisión relativa a una ayuda de Estado que haya sido objeto de una decisión anulada por el Tribunal de Primera Instancia. En la sentencia *Alitalia/Comisión*, antes citada, éste declara que no existe, para la Comisión, obligación alguna, en tal caso, de reiniciar el procedimiento de investigación formal, puesto que las ilegalidades sancionadas por el Tribunal de Primera Instancia no remontan al inicio del procedimiento. Además, la Comisión no estaba obligada a ofrecer de nuevo a terceros interesados, cuyo derecho a formular sus observaciones se había garantizado, en el marco de la primera decisión, mediante la publicación de una comunicación en el Diario Oficial de su decisión de iniciar el procedimiento de investigación formal, esta misma posibilidad en el marco de la adopción de la segunda decisión.

Marca comunitaria

²¹ COM(2001) 574 final.

Las resoluciones relativas a la aplicación del Reglamento (CE) nº 40/94²² siguen representando en 2008 un número importante (171) de los asuntos terminados por el Tribunal de Primera Instancia, aunque constituyen un porcentaje menos elevado en comparación con el registrado en 2007.

1. Motivos de denegación absolutos de registro

Por primera vez, en la sentencia de 12 de noviembre de 2008, *Lego Juris/OAMI – Mega Brands (bloque de Lego)* (T-270/06, aún no publicada en la Recopilación), relativa a un procedimiento de nulidad, el Tribunal de Primera Instancia se pronuncia sobre el alcance del motivo de denegación absoluto previsto en el artículo 7, apartado 1, letra e), inciso ii) del Reglamento nº 40/94, según el cual se denegará el registro de los signos constituidos exclusivamente por la forma del producto necesaria para obtener un resultado técnico. El Tribunal de Primera Instancia declara que dicha disposición impide el registro de toda forma constituida exclusivamente, en cuanto a sus características esenciales, por la forma del producto técnicamente causal y suficiente para obtener el resultado técnico que se pretende alcanzar, aunque pueda conseguirse mediante otras formas que incorporan la misma, u otra, solución técnica. Dichas características deben determinarse de manera objetiva, a partir de la representación gráfica de la forma de que se trate y de las posibles descripciones presentadas al solicitar el registro de la marca, y no sobre la base de la percepción de los consumidores a los que se destinan los productos y servicios.

Con ocasión de otro procedimiento de nulidad, el Tribunal de Primera Instancia, en la sentencia de 15 de octubre de 2008, *Powerserv Personalservice/OAMI – Manpower (MANPOWER)* (T-405/05, aún no publicada en la Recopilación, recurrida en casación), puntualiza en qué alcance geográfico puede percibir el público pertinente como descriptivo el signo constituido por la palabra inglesa «manpower». A este respecto, declara que puede ocurrir incluso en los Estados miembros no anglófonos, siempre que, en primer lugar, la palabra inglesa «manpower» se haya incorporado en la lengua del país de que se trate y pueda utilizarse allí en vez del término de dicha lengua que signifique «fuerza de trabajo» o «mano de obra», o que, en segundo lugar, en el contexto en el cual están comprendidos los productos y servicios protegidos por la marca MANPOWER, se utilice el inglés, aunque sólo sea alternativamente con la lengua nacional, para dirigirse a los miembros del público pertinente. Con arreglo a tales criterios, el Tribunal de Primera Instancia concluye que la Sala de Recurso estimó acertadamente que el signo en cuestión era descriptivo en Alemania y en Austria, mientras que se equivocó al considerar que ocurría lo mismo en los Países Bajos, Suecia y Dinamarca. Otras aportaciones sobre el papel del conocimiento de lenguas por el público pertinente figuran en la sentencia de 26 de noviembre de 2008, *New Look/OAMI (NEW LOOK)* (T-435/07, no publicada en la Recopilación), en la que el Tribunal de Primera Instancia declara que, al ser un hecho notorio la comprensión básica del inglés por el gran público de los países escandinavos, Países Bajos y Finlandia, la Sala de Recurso pudo considerar, acertadamente, que el signo NEW LOOK, expresión banal que forma parte del inglés corriente y no presenta ninguna dificultad lingüística, carece de todo carácter distintivo en dichos países.

Otra aportación sobresaliente de la jurisprudencia de este año en este ámbito se refiere al alcance de la remisión que el artículo 7, apartado 1, letra h), del Reglamento nº 40/94 hace a los motivos de denegación absolutos contemplados en el artículo 6 *ter*

²² Reglamento (CE) nº 40/94 del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, sobre la marca comunitaria (DO 1994, L 1, p. 1).

del Convenio de París.²³ En el asunto que dio lugar a la sentencia de 28 de febrero de 2008, *American Clothing Associates/OAMI (Representación de una hoja de arce)* (T-215/06, aún no publicada en la Recopilación, recurrida en casación), originada en el recurso interpuesto por una empresa a la que la Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) (en lo sucesivo, «OAMI») denegó el registro de un signo constituido, en concreto, por una hoja de arce, debido a que ésta figura sobre la bandera canadiense, el Tribunal de Primera Instancia declara que, por razón de la distinción que dicho Convenio establece entre las «marcas de fábrica o de comercio» y las «marcas de servicio», no se aplica a las «marcas de servicio» su artículo 6 *ter*, letra a), que obliga a denegar el registro, en particular, de banderas y otros emblemas de Estado. En efecto, si el legislador comunitario hubiera tenido la intención de extender dicha prohibición a las marcas relativas a los servicios, no se habría limitado a una mera remisión al artículo 6 *ter* del Convenio de París, sino que habría incluido tal prohibición en el propio texto del artículo 7 del Reglamento nº 40/94. Además, el Tribunal de Primera Instancia establece que, a diferencia de lo previsto en relación con la apreciación del carácter distintivo de una marca compleja, a la hora de aplicar el artículo 6 *ter* del Convenio de París, es preciso tener en cuenta cada uno de los elementos de dicha marca y basta con que uno de ellos constituya un emblema de Estado o su imitación para impedir el registro de la marca de que se trate, con independencia de su percepción global. Por último, la aplicación del artículo 6 *ter*, apartado 1, letra a), del Convenio de París no está sujeta a la condición de que exista una posibilidad de error por parte del público interesado, en cuanto al origen de los productos designados por la marca solicitada o a la existencia de un vínculo entre el titular de dicha marca y el Estado cuyo emblema figura en ella.

En la sentencia de 9 de julio de 2008, *Hartmann/OAMI (E)* (T-302/06, no publicada en la Recopilación), el Tribunal de Primera Instancia aporta una precisión importante a la jurisprudencia según la cual la OAMI puede basar su análisis en hechos que resultan de la experiencia práctica generalmente adquirida de la comercialización de productos de consumo general sin estar obligada a proporcionar ejemplos de esa experiencia práctica. El Tribunal de Primera Instancia declara que no cabe admitir que las instancias de la OAMI basen su análisis en hechos concretos que cualquier persona puede conocer, puesto que han definido los productos a que se refiere la marca solicitada como destinados no al consumo general, sino a un público especializado.

Varias sentencias permiten al Tribunal de Primera Instancia precisar el vínculo que debe existir entre una marca y los productos o servicios a que se refiere para que pueda ser considerada descriptiva, en particular, las sentencias de 2 de abril de 2008, *Eurocopter/OAMI (STEADYCONTROL)* (T-181/07, no publicada en la Recopilación), de 24 de septiembre de 2008, *HUP Usługi Polska/OAMI – Manpower (I.T.@MANPOWER)* (T-248/05, no publicada en la Recopilación, recurrida en casación), de 15 de octubre de 2008, *REWE-Zentral/OAMI (Port Louis)* (T-230/06, no publicada en la Recopilación), de 25 de noviembre de 2008, *CFCMCEE/OAMI (SURFCARD)* (T-325/07, no publicada en la Recopilación), y de 2 de diciembre de 2008, *Ford Motor/OAMI (FUN)* (T-67/07, aún no publicada en la Recopilación). En particular, en esta última sentencia, el Tribunal de Primera Instancia señala que la relación entre el sentido de la palabra «fun», por un lado, y los vehículos terrestres a motor y sus piezas y partes constitutivas, por otro, no es lo suficientemente directa y concreta como para que pueda denegarse el registro de la marca solicitada, contrariamente a lo que resolvió la Sala de Recurso.

²³ Convenio para la Protección de la Propiedad Industrial, firmado en París el 20 de marzo de 1883, en su versión revisada y modificada (Recopilación de los Tratados de las Naciones Unidas, vol. 828, nº 11847, p. 108).

Por último, en la sentencia de 12 de marzo de 2008, *Compagnie générale de diététique/OAMI (GARUM)* (T-341/06, no publicada en la Recopilación), el Tribunal de Primera Instancia puntualiza que el análisis del carácter distintivo de un signo debe referirse a una experiencia de mercado concreta y actual o, cuando menos, muy probable y suficientemente cercana en el tiempo. En cambio, no basta, en principio, una evolución supuesta, incluso hipotética, sin relación alguna con elementos concretos y verificables.

2. Motivos de denegación relativos de registro

El contencioso entre la sociedad checa Budějovický Budvar y la sociedad americana Anheuser-Busch llevó, como en 2007, al Tribunal de Primera Instancia, en la sentencia de 16 de diciembre de 2008, *Budějovický Budvar/OAMI – Anheuser-Busch (BUD)* (T-225/06, T-255/06, T-257/06 y T-309/06, aún no publicada en la Recopilación), a interpretar el artículo 8, apartado 4, del Reglamento nº 40/94, que permite formular oposición contra el registro de una marca comunitaria invocando un signo anterior que no sea una marca. En primer lugar, el Tribunal de Primera Instancia destaca que la OAMI debe tener en cuenta los derechos anteriores protegidos en los Estados miembros, sin poder cuestionar su calificación. Así, en tanto en cuanto la protección concedida en Austria y en Francia a la denominación de origen «bud» sea válida en virtud de los Derechos nacionales de dichos Estados, la OAMI debe tener en cuenta los efectos de tal protección. En segundo lugar, el Tribunal de Primera Instancia señala que la OAMI, en vez de aplicar por analogía el artículo 43 del Reglamento nº 40/94 y exigir a Budějovický Budvar la demostración del uso «efectivo» de las denominaciones «bud», debería haber comprobado si los signos en conflicto se utilizaban en el contexto de una actividad comercial persiguiendo una ventaja económica, y no en el ámbito privado, y ello cualquiera que sea el territorio al que afecta esta utilización. El Tribunal de Primera Instancia considera que la sociedad checa llegó a probar que las denominaciones controvertidas se utilizan en el tráfico económico. Además, el Tribunal de Primera Instancia señala que la OAMI comete un error al no tener en cuenta todos los elementos fácticos y jurídicos pertinentes para determinar si los Derechos nacionales de que se trata permiten que Budějovický Budvar prohíba la utilización de la marca más reciente.

Otra de las aportaciones principales de la jurisprudencia de 2008 sobre el particular hace referencia al tema de la similitud de los productos y/o servicios a que se refieren la marca anterior y la marca solicitada a efectos de la apreciación de la existencia de un riesgo de confusión. En la sentencia de 18 de junio de 2008, *Coca-Cola/OAMI – San Polo (MEZZOPANE)* (T-175/06, aún no publicada en la Recopilación), el Tribunal de Primera Instancia señala, en primer lugar, que únicamente existe una ligera similitud entre el vino y la cerveza. Aunque el vino y la cerveza puedan, en parte, satisfacer la misma necesidad de saborear una bebida durante una comida o un aperitivo, el consumidor relevante los percibe como productos distintos. Por otra parte, no existe ningún elemento que permita llegar a la conclusión de que el comprador de uno de estos productos se vea inducido a comprar el otro y que sean, así, complementarios. En cambio, teniendo en cuenta las diferencias de precios, el vino y la cerveza son, en cierta medida, competidores.

En la sentencia de 4 de noviembre de 2008, *Group Lottuss/OAMI – Ugly (COYOTE UGLY)* (T-161/07, no publicada en la Recopilación), el Tribunal de Primera Instancia señala la existencia de una gran complementariedad entre las «cervezas», por un lado, y los «servicios de bar de copas» y los «servicios de esparcimiento, discoteca,

sala de fiestas», por otro. En efecto, las cervezas se consumen para saciar la sed o por diversión, mientras que dichos servicios suponen la actividad de preparar y servir bebidas alcohólicas en un lugar al que se acude para divertirse. Por lo tanto, el Tribunal de Primera Instancia considera que la OAMI puede acertadamente señalar que existe un bajo grado de similitud entre estos productos y servicios. No ocurre así por lo que respecta a la similitud entre las cervezas y las «actividades culturales», puesto que éstas presentan una relación de complementariedad con la cerveza mucho menor que los servicios contemplados anteriormente.

La complementariedad entre productos y servicios es objeto, asimismo, de otras dos sentencias, dictadas en relación con procedimientos de nulidad. En la sentencia de 24 de septiembre de 2008, *Oakley/OAMI – Venticinque (O STORE)* (T-116/06, aún no publicada en la Recopilación), el Tribunal de Primera Instancia establece que la relación entre los servicios prestados en el marco del comercio al por menor de determinadas prendas de vestir y estos propios artículos se caracteriza por un estrecho vínculo, en el sentido de que los productos son importantes, incluso indispensables, para el desarrollo de dichos servicios. En efecto, éstos se prestan con ocasión de la venta de tales productos y el comercio al por menor comprende toda la actividad desarrollada por el operador para incitar a la celebración de un contrato de venta. En cambio, dicho vínculo no existe cuando los servicios de venta designados por una marca se refieren a accesorios y la otra marca designa prendas de vestir y productos de cuero.

En la sentencia de 12 de noviembre de 2008, *Weiler/OAMI – IQNet Association – The International Certification Network (Q2WEB)* (T-242/07, no publicada en la Recopilación), para motivar su afirmación de que todos los productos y servicios en cuestión designados por la marca Q2WEB pueden ser utilizados y/o prestados de manera conjunta o consecutiva a fin de prestar a los consumidores los servicios de que se trata designados por la marca QWEB Certified Site, el Tribunal de Primera Instancia señala que los suministradores de servicios de telecomunicaciones, en particular de servicios de telecomunicaciones mediante Internet, como los designados por la marca QWEB Certified Site, suministran generalmente un programa a sus clientes así como un servicio de mantenimiento y actualización de dicho programa que, por lo tanto, es importante, por principio, para la utilización del servicio de telecomunicaciones prestado, y que tales programas y servicios forman parte de los productos y servicios designados por la marca Q2WEB.

La jurisprudencia de este año contiene, por otra parte, aportaciones relativas a la comparación conceptual entre los signos en conflicto en el marco de procedimientos *inter partes*. Al tener que pronunciarse sobre la similitud entre los signos denominativos EL TIEMPO y TELETIEMPO, el Tribunal de Primera Instancia declara, en la sentencia de 22 de abril de 2008, *Casa Editorial el Tiempo/OAMI – Instituto Nacional de Meteorología (EL TIEMPO)* (T-233/06, no publicada en la Recopilación), que nada hay en la descripción de los productos y servicios enfrentados que permita considerar que la palabra «tiempo» se interpretará necesariamente en su acepción cronológica en el caso de la marca solicitada y en su acepción climatológica en el caso de las marcas anteriores.

Por otra parte, en la sentencia de 2 de diciembre de 2008, *Harman International Industries/OAMI – Becker (Barbara Becker)* (T-212/07, aún no publicada en la Recopilación), el Tribunal de Primera Instancia declara que, cuando una marca denominativa está integrada por dos elementos, uno de los cuales es común al único elemento que constituye otra marca denominativa, no se exige, para afirmar la existencia de un riesgo de confusión, que el elemento común a las marcas

controvertidas constituya el elemento decisivo en la impresión de conjunto producida por la marca compuesta. Si se exigiese un requisito semejante, pese a que el elemento común tiene una posición distintiva autónoma en la marca compuesta, el titular de la marca anterior se vería privado del derecho exclusivo conferido por la citada marca.

Por último, el Tribunal de Primera Instancia puntualiza cuál es el nivel de atención del consumidor medio cuando compra una pieza de mobiliario poco costosa. Puesto que dicho consumidor actúa basándose en diversas consideraciones funcionales y estéticas, a fin de crear una armonía con las demás piezas de mobiliario que ya tiene, el Tribunal de Primera Instancia, en la sentencia de 16 de enero de 2008, *Inter-KEA/OAMI – Waibel (idea)* (T-112/06, no publicada en la Recopilación), declara que, si bien el acto de la compra en sentido estricto puede realizarse rápidamente en caso de determinadas piezas de mobiliario, el proceso de comparación y de reflexión que precede a la elección requiere, por definición, un nivel elevado de atención.

3. Cuestiones de forma y de procedimiento

a) Prueba del uso efectivo de la marca anterior

En la sentencia de 10 de septiembre de 2008, *Boston Scientific/OAMI – Terumo (CAPIO)* (T-325/06, no publicada en la Recopilación), el Tribunal de Primera Instancia declara que el valor probatorio de las cifras contenidas en la lista de las ventas de los productos designados por la marca anterior, presentada ante la OAMI por su titular, puede ser acreditado por otros medios distintos del acta notarial o las declaraciones mencionadas en el artículo 76, apartado 1, del Reglamento nº 40/94 y en la regla 22 del Reglamento (CE) nº 2868/95.²⁴ El hecho de que determinados elementos de las facturas correspondientes a dichas ventas figuren en la lista demuestra su coherencia y su veracidad. Por otra parte, el establecimiento de una factura muestra que la marca anterior se utilizó públicamente y hacia el exterior, y no sólo en el interior de la empresa titular o en una red de distribución que aquélla posee o controla.

En la sentencia de 26 de noviembre de 2008, *Rajani/OAMI – Artoz-Papier (ATOZ)* (T-100/06, no publicada en la Recopilación), el Tribunal de Primera Instancia examina el tema de la fecha que se ha de tomar en consideración como *dies a quo* para el cálculo del período de cinco años durante el que una marca anterior no ha de probar el uso efectivo, si dicha marca fue objeto de una solicitud de registro internacional ante la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), presentada en una fecha determinada, pero a la que se concedió la protección en un Estado miembro en una fecha posterior. Tras señalar que la cuestión corresponde al Derecho nacional de que se trate, el Tribunal de Primera Instancia declara que, si con arreglo a tal Derecho, se deniega la protección provisionalmente a una marca internacionalmente registrada, pero se concede posteriormente, el registro se considera que se efectuó en la fecha de la recepción por la OMPI de la notificación final relativa a la concesión de la protección.

b) Continuidad funcional

El Tribunal de Primera Instancia aplica los principios recogidos en la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de marzo de 2007, *OAMI/Kaul*²⁵ al precisar, en la sentencia

²⁴ Reglamento (CE) nº 2868/95 de la Comisión, de 13 de diciembre de 1995, por el que se establecen normas de ejecución del Reglamento nº 40/94 (DO L 303, p. 1).

²⁵ Asunto C-29/05 P, Rec. p. I-2213.

de 17 de junio de 2008, *El Corte Inglés/OAMI – Abril Sánchez y Ricote Saugar (BOOMERANG^{TV})* (T-420/03, aún no publicada en la Recopilación), que, si bien la Sala de Recurso no estaba obligada a tomar en consideración los hechos y las pruebas presentados por primera vez ante ella, es preciso verificar, no obstante, si mediante su negativa, infringió el artículo 74, apartado 2, del Reglamento n° 40/94, por estimar que carecía de todo margen de discrecionalidad. El Tribunal de Primera Instancia considera que la naturaleza de los hechos y pruebas de que se trate sólo es uno de los elementos que la OAMI puede tener en cuenta al ejercer la facultad discrecional que le corresponde. Puesto que la Sala de Recurso se basó en el hecho de que la demandante tuvo la oportunidad de presentar los documentos controvertidos ante la División de Oposición, consideró implícitamente que las circunstancias del caso de autos se oponían a que se tomasen en consideración. Por lo tanto, la Sala de Recurso no consideró por principio que los documentos presentados por la demandante por primera vez ante ella eran inadmisibles, sino que motivó su decisión al respecto.

c) Interés en ejercitar la acción y procedimientos de nulidad

En la sentencia de 8 de julio de 2008, *Lancôme/OAMI – CMS Hasche Sigle (COLOR EDITION)* (T-160/07, aún no publicada en la Recopilación, recurrida en casación), el Tribunal de Primera Instancia declara que del sistema del artículo 55, apartado 1, del Reglamento n° 40/94 resulta que la intención del legislador fue permitir a toda persona física o jurídica y a toda agrupación que tenga capacidad procesal presentar las solicitudes de nulidad basadas en causas de nulidad absoluta, sin que sea necesario demostrar la existencia de un interés en ejercitar la acción, mientras que, por lo que se refiere a las solicitudes de nulidad basadas en causas de nulidad relativa, restringió explícitamente el círculo de quienes pueden solicitar la nulidad a los titulares de marcas o de derechos anteriores así como a los beneficiarios de una licencia.

d) Obligaciones de las Salas de Recurso

Basándose en reiterada jurisprudencia en materia de obligación de motivación,²⁶ el Tribunal de Primera Instancia afirma, en su sentencia de 9 de julio de 2008, *Reber/OAMI – Chocladefabriken Lindt & Sprüngli (Mozart)* (T-304/06, aún no publicada en la Recopilación), que, por regla general, la Sala de Recurso no está obligada a dar, en su resolución, una respuesta específica a cada alegación basada en que, en otros asuntos similares, existen resoluciones de sus propios órganos o decisiones de órganos y tribunales nacionales que van en un sentido determinado, si de la motivación de la resolución que adopte en un asunto concreto resultan, al menos implícitamente pero de forma clara e inequívoca, las razones por las que esas otras decisiones no son pertinentes o no se toman en consideración para su apreciación.

En la sentencia *COYOTE UGLY*, antes citada, el Tribunal de Primera Instancia declara que, cuando la Sala de Recurso descubre una similitud, aunque sólo sea parcial, entre los productos y los servicios de que se trata en un procedimiento de oposición, si bien puede delimitar de oficio los servicios designados por la marca solicitada indicando de manera precisa aquellos que sean compatibles con la marca anterior, no está obligada a hacerlo.

²⁶ Sentencias del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004, *Aalborg Portland y otros/Comisión* (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123), y de 8 de febrero de 2007, *Groupe Danone/Comisión* (C-3/06 P, Rec. p. I-1331).

Protección de las obtenciones vegetales

El Reglamento (CE) nº 2100/94 ²⁷ estableció un régimen de protección comunitaria de las obtenciones vegetales que permitía conceder derechos de propiedad industrial en relación con las variedades vegetales, válidos en toda la Comunidad. De la aplicación de dicho régimen comunitario se encarga la Oficina Comunitaria de Variedades Vegetales (en lo sucesivo, «OCVV»), una agencia descentralizada de la Comunidad, que tiene su sede en Angers (Francia) y que está en activo desde el 27 de abril de 1995. En la OCVV se estableció una sala de recurso con competencia en los recursos interpuestos contra determinados tipos de resoluciones adoptadas por la Oficina. De conformidad con el artículo 73 del referido Reglamento, las resoluciones de la sala de recurso de la OCVV admitirán recurso ante el juez comunitario.

Durante el año 2008, el Tribunal de Primera Instancia dictó dos primeras sentencias relativas a las resoluciones adoptadas por la sala de recurso de la OCVV. Tras haber podido pronunciarse principalmente sobre la admisibilidad, en la sentencia de 31 de enero de 2008, *Federación de Cooperativas Agrarias de la Comunidad Valenciana/OCVV – Nador Cott Protection (Nadorcott)* (T-95/06, aún no publicada en la Recopilación), el Tribunal de Primera Instancia define el alcance del control jurisdiccional que ejerce en la materia en la sentencia de 19 de noviembre de 2008, *Schröder/OCVV (SUMCOL 01)* (T-187/06, aún no publicada en la Recopilación). Sobre este particular, recuerda que, cuando el juez comunitario se pronuncia sobre resoluciones dictadas por una autoridad administrativa comunitaria sobre la base de apreciaciones técnicas complejas, ejerce en principio un control limitado y no sustituye la apreciación de los elementos de hecho de dicha autoridad por la suya propia, aunque no se abstiene de controlar la interpretación de los datos técnicos que realiza la Administración. Este enfoque puede aplicarse a los casos en los que la resolución administrativa es el resultado de apreciaciones complejas comprendidas en otros ámbitos científicos, como el botánico o la genética. En el caso de autos, la apreciación del carácter distintivo de una variedad vegetal, a la luz de los criterios enunciados en el artículo 7, apartado 1, del Reglamento nº 2100/94, presenta una complejidad científica y técnica que justifica la limitación del alcance del control jurisdiccional. En efecto, dichos criterios exigen que se compruebe si la variedad candidata se distingue claramente, por la expresión de las características resultantes de un genotipo en particular o de una combinación de genotipos, de cualquier otra variedad. En cambio, la apreciación de la existencia de otra variedad notoriamente conocida, a la luz de los criterios enunciados en el artículo 7, apartado 2, del referido Reglamento, no exige pericia o conocimientos técnicos especiales y no presenta ninguna complejidad que justifique una limitación del alcance del control jurisdiccional. Estos criterios exigen únicamente que se compruebe, por ejemplo, si, en la fecha de presentación de la solicitud de protección de la variedad candidata, otra variedad era ya objeto de protección o estaba inscrita en un registro oficial de variedades vegetales.

Acceso a los documentos

En la sentencia de 9 de septiembre de 2008, *MyTravel/Comisión* (T-403/05, aún no publicada en la Recopilación, recurrida en casación), el Tribunal de Primera Instancia

²⁷ Reglamento (CE) nº 2100/94 del Consejo, de 27 de julio de 1994, relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales (DO L 227, p. 1).

precisa el alcance del derecho de acceso, establecido en el Reglamento (CE) nº 1049/2001,²⁸ a determinados documentos que figuren en el expediente de la Comisión, en el marco de la apreciación de la compatibilidad de una concentración con el mercado común, así como a documentos elaborados por los Servicios de la Comisión a raíz de la anulación de una de sus decisiones por el Tribunal de Primera Instancia.

Esta sentencia se inscribe en el contexto de la operación de concentración entre las empresas Airtours y First Choice, que había sido declarada incompatible con el mercado común por la Comisión. Como el Tribunal de Primera Instancia anuló esta decisión, en la sentencia de 6 de junio de 2002, *Airtours/Comisión* (T-342/99, Rec. p. II-2585), la Comisión creó un grupo de trabajo, integrado por funcionarios de su Dirección General (DG) «Competencia» y de su Servicio Jurídico, cuya finalidad era examinar la oportunidad de interponer recurso de casación contra la sentencia del Tribunal de Primera Instancia y determinar las repercusiones de la misma sobre los procedimientos aplicables al control de las concentraciones o a otras materias. MyTravel, sucesor jurídico de Airtours, se dirigió a la Comisión con el fin de tener acceso a dos tipos de documentos: los documentos preparatorios y el informe elaborados por el grupo de trabajo, por un lado, y los documentos incluidos en el expediente del asunto *Airtours/First Choice* en los que se basaba el informe, por otro. La Comisión denegó el acceso a la mayor parte de esos documentos basándose en tres de las excepciones establecidas en el Reglamento nº 1049/2001.

Por lo que respecta, en primer lugar, a la excepción relativa a la protección del proceso de toma de decisiones, el Tribunal de Primera Instancia señala que el informe elaborado por el grupo de trabajo se inscribe en el marco de las funciones puramente administrativas, y no legislativas, de la Comisión. Ahora bien, el interés del público en tener acceso a un documento en virtud del principio de transparencia no tiene el mismo peso cuando se trata de un documento incorporado a un procedimiento administrativo relativo a la aplicación de las normas del Derecho de la competencia que cuando se trata de un documento incorporado a un procedimiento legislativo. El Tribunal de Primera Instancia señala que la divulgación al público del informe supondría el riesgo de revelar la opinión, eventualmente crítica, de los funcionarios de la Comisión, y de permitir la comparación entre el contenido del informe y la decisión que acabe adoptando la Comisión, y concluye que la Comisión denegó acertadamente el acceso al considerar que su divulgación al público perjudicaría gravemente la posibilidad de que uno de sus miembros disponga de la opinión libre y completa de sus propios Servicios. Por otra parte, el Tribunal de Primera Instancia considera, por lo que se refiere a los documentos internos relativos a la operación de concentración *Airtours-First Choice*, que la Comisión estimó correctamente que la divulgación de esos documentos disminuiría la capacidad de sus Servicios de expresar sus puntos de vista y perjudicaría gravemente el proceso de toma de decisiones de la propia Comisión en el marco del control de las concentraciones, toda vez que pueden reflejar opiniones de los Servicios de la Comisión que quizá no se incluyan en la versión final de la decisión. Tal divulgación incitaría a la autocensura y menoscabaría la libre y completa comunicación entre los diversos Servicios. Además, este riesgo es razonablemente previsible, puesto que resulta verosímil que tales documentos puedan ser utilizados para influir en la posición de los Servicios de la Comisión, posición que debe adoptarse libremente y con independencia de cualquier tipo de presión externa.

²⁸ 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).

En lo referente, en segundo lugar, a la excepción relativa a la protección de los procedimientos judiciales y el asesoramiento jurídico, sobre la que la demandante alegaba que no se aplicaba a las notas de respuesta redactadas por el Servicio Jurídico para la DG «Competencia» en el marco de la elaboración de la decisión *Airtours*, el Tribunal de Primera Instancia indica que la divulgación de dichas notas puede inducir al Servicio Jurídico a actuar en el futuro con suma discreción y prudencia a fin de que no se resienta la capacidad de decisión de la Comisión en las materias en las que interviene en calidad de Administración. Añade que la divulgación del referido asesoramiento implicaría el riesgo de colocar a la Comisión en la delicada situación de que su Servicio Jurídico pueda verse obligado a defender ante el Tribunal de Primera Instancia una posición diferente de la mantenida en el procedimiento interno. Tal divergencia puede afectar considerablemente a la libertad de opinión del Servicio Jurídico y a su posibilidad de defender eficazmente ante el juez comunitario, en pie de igualdad con los demás representantes de las partes, la posición definitiva de la Comisión.

Sin embargo, por lo que respecta, en tercer lugar, a la excepción relativa a la protección de las actividades de inspección, investigación y auditoría, el Tribunal de Primera Instancia, tras señalar que, en relación con uno de los documentos solicitados, la decisión de la Comisión únicamente contenía consideraciones vagas y generales que no permitían comprender de qué modo su divulgación habría podido poner en peligro las actividades de inspección, investigación o auditoría, anula dicha decisión en la medida en que deniega el acceso a tal documento.

La sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de diciembre de 2008, *Muñiz/Comisión* (T-144/05, no publicada en la Recopilación), aborda asimismo el tema de la aplicación de la excepción relativa a la protección del proceso de toma de decisiones, en el marco de una solicitud de acceso a unos documentos preparatorios sometidos por un grupo de trabajo al Comité de Nomenclatura, que interviene en el procedimiento legislativo de adopción de medidas de clasificación de mercancías adoptadas por la Comisión, cuando la clasificación de un producto particular puede plantear dificultades. El Tribunal de Primera Instancia considera que, si bien la protección del proceso de toma de decisiones frente a una presión externa puede constituir un motivo legítimo para restringir el acceso a unos documentos, la realidad de tal presión debe, no obstante, percibirse con certeza y debe demostrarse el carácter previsible del riesgo de que la decisión de clasificación se vea sustancialmente afectada por ella. Además, si bien procede tomar en consideración la preocupación de la Comisión de preservar la capacidad del personal y de los expertos para expresar libremente sus opiniones, es necesario, sin embargo, apreciar si dichas inquietudes están objetivamente justificadas. El Tribunal de Primera Instancia estima que no ocurre así en el presente caso, puesto que la Comisión no corroboró sus alegaciones mediante ningún elemento de prueba, y anula la decisión impugnada.

La excepción relativa a la protección de los intereses comerciales es objeto de desarrollo en la sentencia de 30 de enero de 2008, *Terezakis/Comisión* (T-380/04, no publicada en la Recopilación). La Comisión había denegado al demandante, concretamente, el acceso a un contrato celebrado entre Athens International Airport y el consorcio Hochtief, relativo a la realización del nuevo aeropuerto de Atenas en Spata, debido a que su divulgación perjudicaría gravemente los intereses comerciales de las partes del contrato. El Tribunal de Primera Instancia indica que, por naturaleza, tal documento puede contener información confidencial tanto sobre las sociedades de que se trata como sobre sus relaciones comerciales y que, en principio, elementos precisos relativos a la estructura de costes de una empresa constituyen secretos comerciales cuya divulgación a terceros puede perjudicar los intereses comerciales de

aquella. Si bien es cierto que determinadas cláusulas del contrato contienen información relativa a las partes contratantes y a sus relaciones comerciales, el examen efectuado por la Comisión no permite apreciar concretamente si la excepción invocada se aplica efectivamente a toda la información contenida en el contrato. Toda vez que era plausible que la Comisión pudiera señalar las razones que justificaban la confidencialidad para todo el contrato principal sin divulgar su contenido y, por tanto, sin privar a la excepción de su finalidad esencial, y que no corresponde al Tribunal de Primera Instancia sustituir la apreciación de la Comisión por la suya propia, dicho Tribunal anula la decisión impugnada en la medida en que deniega el acceso, cuando menos parcial, al contrato.

En la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de septiembre de 2008, *Williams/Comisión* (T-42/05, no publicada en la Recopilación), se plantea la cuestión de si la decisión por la que se deniega parcialmente el acceso a determinados documentos que identifica puede interpretarse en el sentido de que implica una denegación implícita de acceso a otros determinados tipos de documentos, como memorandos y correos electrónicos intercambiados con ocasión de los trabajos preparatorios de la Directiva 2001/18/CE,²⁹ sobre organismos genéticamente modificados, que no son allí identificados, pero que son también objeto de la solicitud de acceso. A estos efectos, el Tribunal de Primera Instancia procede en tres etapas. En primer lugar, señala que la Comisión tenía en su poder un número importante de documentos preparatorios distintos a los mencionados en la decisión impugnada y que, a falta de declaración de la Comisión en ese sentido, no cabía presumir que no existían los documentos en cuestión. En segundo lugar, el Tribunal de Primera Instancia comprueba si la solicitud de acceso era lo suficientemente precisa para permitir que la Comisión comprendiera que se refería a tales documentos. Al examinar las circunstancias del presente caso, el Tribunal de Primera Instancia estima que así ocurre y deduce que el hecho de que la Comisión no identificara, en la decisión impugnada, todos los documentos internos relativos al contexto de la adopción de la Directiva 2001/18 equivale, conforme al artículo 8 del Reglamento nº 1049/2001, a una denegación implícita de acceso, recurrible ante el Tribunal de Primera Instancia. Por último, el Tribunal de Primera Instancia examina si el hecho de que la decisión impugnada no contemplase la divulgación de dichos documentos puede justificarse por razón de las circunstancias particulares del presente caso, en particular, debido a que la solicitud de acceso sea, en su caso, vasta e imprecisa. El Tribunal de Primera Instancia recuerda que la posibilidad de que la institución pueda ponderar el interés del público en acceder a los documentos y la carga de trabajo que de ello se derivaría sigue siendo de aplicación excepcional, limitada a los casos en que el examen concreto e individual de los documentos le suponga un trabajo administrativo inadecuado; señala que la Comisión no invoca formalmente tal excepción y considera que la Comisión no justificó la denegación implícita de acceder a los documentos no identificados en la decisión impugnada. Por definición, dicha denegación constituye una falta absoluta de motivación, que la Comisión no puede remediar mediante consideraciones presentadas ante el juez comunitario, y justifica la anulación de la decisión impugnada a este respecto.

²⁹ Directiva 2001/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente y por la que se deroga la Directiva 90/220/CEE del Consejo (DO L 106, p. 1).

Política exterior y de seguridad común – Lucha contra el terrorismo

El año 2008 vio de nuevo cómo el Tribunal de Primera Instancia se pronunciaba en materia de lucha contra el terrorismo, en dos sentencias: la sentencia de 23 de octubre de 2008, *People's Mojahedin Organization of Iran/Consejo* (T-256/07, aún no publicada en la Recopilación, recurrida en casación), y la de 4 de diciembre de 2008, *People's Mojahedin Organization of Iran/Consejo* (T-284/08, aún no publicada en la Recopilación), demandante que ya había conseguido que se estimaran parcialmente sus pretensiones en 2006.³⁰ En la primera sentencia, el Tribunal de Primera Instancia puntualiza que cuando el Consejo debe apreciar si la congelación de fondos de una persona, grupo o entidad está o sigue estando justificada, debe ante todo evaluar el riesgo de que, a falta de tal medida, dichos fondos puedan ser empleados para la financiación o preparación de actos terroristas. En lo que se refiere al papel del Tribunal de Primera Instancia, la amplia facultad de apreciación que se ha de reconocer al Consejo no implica que deba abstenerse de controlar la interpretación que esta institución haga de los datos relevantes. En efecto, el juez comunitario no sólo debe verificar la exactitud material de los elementos probatorios invocados, su fiabilidad y su coherencia, sino también comprobar si tales elementos constituyen el conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar la situación y si son adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de los mismos. No obstante, en el marco de este control, no le corresponde sustituir la apreciación del Consejo por la suya propia. Además, el Tribunal de Primera Instancia señala que, en los casos en los que una institución comunitaria dispone de una amplia facultad de apreciación, el control del respeto de determinadas garantías procedimentales reviste fundamental importancia. El Tribunal de Primera Instancia declara que un control sobre si el Consejo tenía motivos razonables para mantener la congelación de fondos de la demandante se sitúa indiscutiblemente dentro de los límites del control judicial que el juez comunitario puede realizar, en la medida en que corresponde, en esencia, al control del error manifiesto de apreciación.

Tras realizar tal control, el Tribunal de Primera Instancia anula una de las decisiones impugnadas debido a que el Consejo no motivó suficientemente por qué no tuvo en cuenta la decisión adoptada por una autoridad judicial del Reino Unido, la Proscribed Organisations Appeals Commission (en lo sucesivo, «POAC»), en la que se ordenaba eliminar a la demandante de la lista de organizaciones terroristas en dicho país. El Tribunal de Primera Instancia recuerda que es imperativo, a efectos de la adopción de medidas comunitarias de congelación de fondos, que el Consejo se cerciure de la existencia de una decisión de una autoridad judicial nacional competente, así como de los actos adoptados a nivel nacional como consecuencia de dicha decisión. Pues bien, mediante su decisión, la POAC había calificado, en concreto, de irrazonable la apreciación del Home Secretary (Ministro del Interior) del Reino Unido según la cual la demandante todavía era una organización implicada en actos de terrorismo.

En la segunda de las referidas sentencias, dictada en un procedimiento acelerado a partir del día siguiente al de la vista, el Tribunal de Primera Instancia subraya la necesidad de garantizar un justo equilibrio entre las exigencias de la lucha contra el terrorismo y la protección de los derechos fundamentales y declara que puesto que las limitaciones aportadas por el Consejo al derecho de defensa de los interesados han de ser contrarrestadas por un estricto control jurisdiccional independiente e imparcial, el

³⁰ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de diciembre de 2006, *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran/Consejo* (T-228/02, Rec. p. II-4665) (véase el Informe Anual 2006).

juez comunitario debe poder controlar la legalidad y la fundamentación de las medidas de congelación de fondos sin que se le puedan oponer el secreto o la confidencialidad de los elementos de prueba y de información utilizados por el Consejo. El Tribunal de Primera Instancia anula la decisión impugnada debido, en particular, a que el Consejo no puede basar su decisión de congelación de fondos en informaciones o en elementos del expediente comunicados por un Estado miembro, si dicho Estado miembro no está dispuesto a autorizar su comunicación al órgano jurisdiccional comunitario.

Privilegios e inmunidades

En la sentencia de 15 de octubre de 2008, *Mote/Parlamento* (T-345/05, aún no publicada en la Recopilación), el Tribunal de Primera Instancia se pronuncia sobre una decisión del Parlamento por la que se suspende la inmunidad de uno de sus miembros. En el presente caso, el Sr. Mote, ciudadano del Reino Unido, fue objeto de actuaciones penales debido a que había percibido ayudas públicas en virtud de declaraciones falsas. Tras su elección como miembro del Parlamento Europeo, el Sr. Mote solicitó la suspensión del procedimiento penal en curso, invocando sus privilegios e inmunidades como parlamentario europeo. El órgano jurisdiccional nacional competente ordenó la suspensión por considerar que el régimen de libertad bajo fianza al que se había sometido al Sr. Mote constituía un obstáculo a la libertad de desplazamiento de los miembros del Parlamento Europeo y vulneraba, en consecuencia, el artículo 8 del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de las Comunidades Europeas.³¹ El Reino Unido recurrió al pleno del Parlamento, que decidió suspender la inmunidad del Sr. Mote, quien solicitó al Tribunal de Primera Instancia la anulación de dicha Decisión.

En su sentencia, el Tribunal de Primera Instancia declara que del artículo 10, último párrafo, del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de las Comunidades Europeas, a cuyo tenor la inmunidad no podrá obstruir el ejercicio por el Parlamento de su derecho a suspender la inmunidad de uno de sus miembros, resulta que el Parlamento es competente para resolver sobre un suplicatorio de suspensión de la inmunidad de un parlamentario europeo. No existe, en cambio, ninguna disposición que designe al Parlamento como la autoridad competente para apreciar la existencia del privilegio previsto por el artículo 8 del Protocolo. Además, los artículos 8 y 10 del Protocolo no tienen el mismo ámbito de aplicación, puesto que el artículo 10 tiene por objeto garantizar la independencia de los miembros del Parlamento, impidiendo que puedan ejercerse sobre ellos, durante el período de sesiones parlamentarias, presiones consistentes en amenazas de detención o actuaciones judiciales, y el artículo 8 tiene como función proteger a los miembros del Parlamento contra las restricciones, distintas de las judiciales, de su libertad de desplazamiento. El Tribunal de Primera Instancia señala que el Sr. Mote únicamente invoca restricciones de naturaleza judicial y concluye que el Parlamento no comete ningún error de Derecho cuando decide la suspensión de la inmunidad del Sr. Mote, sin pronunciarse sobre el privilegio del que disfrutaba en su condición de miembro del Parlamento.

³¹ Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de las Comunidades Europeas, de 8 de abril de 1965, anexo al Tratado por el que se constituye un Consejo único y una Comisión única de las Comunidades Europeas (DO 1967, 152, p. 13).

II. Contenciosos de indemnización

Las principales aportaciones de la jurisprudencia este año en este ámbito se refieren a las condiciones en las que se puede generar la responsabilidad de la Comunidad debido, por un lado, a la difusión por una institución o un órgano comunitario de información relativa a particulares y, por otro lado, a errores en que incurre la Comisión en el análisis económico subyacente a una decisión por la que se declara la incompatibilidad de una concentración con el mercado común.

Relación con los procedimientos nacionales

En la sentencia de 8 de julio de 2008, *Franchet y Byk/Comisión* (T-48/05, aún no publicada en la Recopilación), el Tribunal de Primera Instancia interpreta el Reglamento (CE) nº 1073/1999,³² que regula los controles, verificaciones y acciones realizados por los agentes de la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF), órgano encargado, entre otras funciones, de efectuar investigaciones administrativas internas para indagar hechos graves, potencialmente constitutivos de un incumplimiento de las obligaciones de los funcionarios y agentes de las Comunidades, que puedan dar lugar a diligencias disciplinarias y, en su caso, penales. Dicho Reglamento establece que las referidas investigaciones deben efectuarse de conformidad con el Tratado y, en particular, respetando plenamente los derechos humanos y las libertades fundamentales y el derecho de la persona implicada a manifestarse sobre los hechos que le afectan. En el presente caso, como varias auditorías internas de la Oficina Estadística de las Comunidades Europeas (Eurostat) revelaron posibles irregularidades en la gestión financiera, la OLAF había iniciado investigaciones en relación con los contratos celebrados por Eurostat con diversas sociedades. En 2002 y 2003, la OLAF había comunicado a las autoridades judiciales luxemburguesas y francesas unos expedientes relativos a unas investigaciones sobre dichas irregularidades y que implicaban a los Sres. Franchet y Byk, antiguo Director General y antiguo Director de Eurostat, respectivamente. Éstos interpusieron un recurso de indemnización ante el Tribunal de Primera Instancia alegando la existencia de faltas cometidas tanto por la OLAF como por la Comisión durante dichas investigaciones.

El Tribunal de Primera Instancia desestima la alegación de la Comisión de que el recurso de indemnización es parcialmente prematuro debido a que los procedimientos nacionales aún no han concluido. El procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia no versa sobre si los hechos imputados están acreditados o no, sino de evaluar el modo en que la OLAF condujo y concluyó una investigación que cita nominalmente a los Sres. Franchet y Byk y les imputa la responsabilidad de las irregularidades constatadas públicamente mucho antes de la decisión final, así como la manera en la que se comportó la Comisión en el contexto de esta investigación. Aun cuando los demandantes debieran ser considerados inocentes por las autoridades judiciales nacionales, eso no repararía necesariamente el eventual daño que éstos habrían sufrido. Por tanto, dado que el supuesto daño invocado ante el Tribunal de Primera Instancia es distinto del que podría acreditar una declaración de inocencia de

³² Reglamento (CE) nº 1073/1999 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, relativo a las investigaciones efectuadas por la OLAF (DO L 136, p. 1).

los demandantes por las autoridades judiciales nacionales, las pretensiones de indemnización de los demandantes no pueden desestimarse como prematuras.

Violación suficientemente caracterizada de una norma que confiere derechos a los particulares

En cuanto al fondo, en la sentencia *Franchet y Byk/Comisión*, antes citada, en primer lugar, el Tribunal de Primera Instancia señala que la OLAF debía haber informado previamente a los Sres. Franchet y Byk de la transmisión de los expedientes que les afectaban a las autoridades judiciales luxemburguesas y francesas y que la norma que establece tal obligación confiere derechos a los particulares. Si bien la OLAF dispone de un margen de apreciación en los casos en que se requiere el mantenimiento de un secreto absoluto a efectos de la investigación, no ocurre así respecto a las modalidades de la adopción de la decisión de diferir la información a los funcionarios afectados. Por lo tanto, el incumplimiento de dicha obligación de información previa constituye una violación suficientemente caracterizada.

En segundo lugar, el Tribunal de Primera Instancia señala que, en contra de lo dispuesto en el Reglamento nº 1073/1999, el Comité de vigilancia de la OLAF no había sido consultado antes de la transmisión a las autoridades nacionales de la información que afectaba a los demandantes. Por tanto, toda vez que dicho Comité debe proteger los derechos de las personas que son objeto de las investigaciones de la OLAF y su consulta es una obligación incondicional, la OLAF cometió una violación suficientemente caracterizada de una norma que confiere derechos a los particulares.

En tercer lugar, el Tribunal de Primera Instancia declara que el hecho de que la OLAF designara a los demandantes públicamente como culpables de infracciones penales – incluso filtrando información en la prensa– constituye una violación de los principios de la presunción de inocencia, de la confidencialidad de las investigaciones y de buena administración. En cuanto a las filtraciones, considera que, a falta de toda prueba aportada por la Comisión que demuestre que pudieron tener otro origen, debe considerarse a la OLAF responsable de ellas. Los principios anteriormente mencionados confieren derechos a los particulares y su violación por la OLAF fue suficientemente caracterizada, habida cuenta de que le corresponde velar por que tales filtraciones no se produzcan y de que no dispone de margen de apreciación alguno respecto al cumplimiento de esta obligación.

Por último, el Tribunal de Primera Instancia examina si la Comisión tuvo un comportamiento ilegal cuando divulgó diferentes informaciones en el marco de las investigaciones en cuestión, en particular, mediante un comunicado de prensa que asoció claramente los nombres de los demandantes con las alegaciones relativas al asunto Eurostat. Recordando que no puede impedirse a las instituciones que informen al público sobre investigaciones en curso, el Tribunal de Primera Instancia estima que, en el caso de autos, no puede considerarse que la Comisión haya efectuado esta diligencia con toda la discreción y toda la reserva requeridas y respetando el justo equilibrio entre los intereses de los Sres. Franchet y Byk y los de la institución. Dado que la Comisión no dispone de ningún margen de maniobra en cuanto a la obligación de respetar el principio de la presunción de inocencia, cometió violaciones suficientemente caracterizadas de este principio.

El Tribunal de Primera Instancia examinó también la cuestión de la designación nominal de un funcionario en documentos relativos a un caso de mala administración

difundidos por una institución o un órgano comunitario en la sentencia de 24 de septiembre de 2008, *M/Defensor del Pueblo* (T-412/05, no publicada en la Recopilación). El demandante, funcionario de la Comisión, solicitaba la reparación del perjuicio que sostenía haber sufrido debido a su designación nominal en una decisión del Defensor del Pueblo relativa a una denuncia de un supuesto caso de mala administración por parte del Servicio de la Comisión en el que estaba destinado y referente, en concreto, a la construcción de una estación depuradora con repercusiones negativas sobre el medio ambiente.

El Tribunal de Primera Instancia declara que únicamente las instituciones y los órganos comunitarios, y no los particulares, pueden ser objeto de una investigación del Defensor del Pueblo. Sin embargo, aplicando por analogía la jurisprudencia derivada de la sentencia de 15 de junio de 1999, *Ismeri Europa/Tribunal de Cuentas*,³³ señala que el deseo de cumplir de forma efectiva su misión puede llevar al Defensor del Pueblo, con carácter excepcional, a denunciar de forma completa los hechos constatados y, en consecuencia, a designar nominalmente a las personas implicadas. Circunstancias particulares, que pueden estar relacionadas con la gravedad de los hechos o con un riesgo de confusión perjudiciales para los intereses de terceros, pueden justificar que el Defensor del Pueblo designe nominalmente, en sus decisiones, a personas que no están, en principio, sujetas a su control, a condición de que dichas personas puedan beneficiarse del principio de contradicción. En el presente caso, el Tribunal de Primera Instancia señala, por un lado, que la designación del demandante no era ni indispensable para alcanzar el objetivo que persigue la denuncia de un caso de mala administración, ni necesaria para evitar un riesgo de confusión con otros funcionarios particulares que estaban exentos de toda responsabilidad en la situación denunciada y, por otro lado, que el Defensor del Pueblo no había oído al demandante antes de adoptar su decisión.

El Tribunal de Primera Instancia concluye que la violación cometida por el Defensor del Pueblo es suficientemente caracterizada para generar la responsabilidad extracontractual de la Comunidad toda vez que, aun cuando dicho órgano dispone de un amplio margen de apreciación por lo que respecta al fundamento de las reclamaciones y al curso que conviene darles, no ocurre lo mismo en lo referente a la apreciación de si procede apartarse, en un caso concreto, de la regla de confidencialidad.

El otro tema particularmente importante que el Tribunal de Primera Instancia examinó este año en este ámbito es la posibilidad de que se genere la responsabilidad de la Comunidad debido a los errores cometidos por la Comisión al declarar incompatible con el mercado común una operación de concentración que le haya sido notificada. El asunto *MyTravel/Comisión* (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 9 de septiembre de 2008, T-212/03, aún no publicada en la Recopilación) nació del recurso interpuesto por el operador turístico británico MyTravel, conocido anteriormente bajo el nombre de Airtours, al que la Comisión había denegado la posibilidad de adquirir todo el capital de uno de sus competidores en el Reino Unido. Impugnando el análisis de la Comisión, Airtours había interpuesto un recurso ante el Tribunal de Primera Instancia y obtenido de éste, en la sentencia *Airtours/Comisión*, antes citada, la anulación de la decisión impugnada debido a que la Comisión no había demostrado suficientemente los efectos negativos de la concentración.

³³ Asunto T-277/97, Rec. p. II-1825. Sentencia confirmada en casación mediante la sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 2001, *Ismeri Europa/Tribunal de Cuentas* (C-315/99 P, Rec. p. I-5281).

A raíz de dicha sentencia, MyTravel interpuso un recurso de indemnización que tenía por objeto la reparación del daño que alegaba haber sufrido como consecuencia de las ilegalidades en las que incurría el procedimiento de examen llevado a cabo por la Comisión.

El Tribunal de Primera Instancia adopta un enfoque similar al sostenido en la sentencia de 11 de julio de 2007, *Schneider Electric/Comisión*,³⁴ y declara que no cabe excluir, en principio, que los vicios manifiestos y graves de que adolece el análisis económico de la Comisión, subyacente a una decisión por la que se declare una operación de concentración incompatible con el mercado común, puedan constituir violaciones suficientemente caracterizadas para generar la responsabilidad extracontractual de la Comunidad. No obstante, precisa que, en el marco de su análisis del recurso de indemnización, debe tomar en consideración necesariamente las contingencias y dificultades propias del control de concentraciones, en general, y de las estructuras de oligopolios complejas, en particular. Esta tarea es de por sí más exigente que la que se impone en el marco del análisis de un recurso de anulación, en el que el Tribunal de Primera Instancia se contenta, dentro de los límites de los motivos presentados por la parte demandante, a examinar la legalidad de la decisión impugnada para garantizar que la Comisión ha apreciado correctamente los diferentes elementos que le han permitido declarar la operación notificada incompatible con el mercado común. Por consiguiente, simples errores de apreciación y la falta de presentación de pruebas pertinentes utilizadas en el marco de la sentencia *Airtours/Comisión*, antes citada, no bastan como tales para calificar una violación manifiesta y grave de los límites impuestos a la facultad de apreciación de la Comisión en materia de control de concentraciones y ante una situación de oligopolio compleja. Pese a sus errores, en el presente asunto, la Comisión disponía en efecto de elementos probatorios en el expediente administrativo que podían apoyar razonablemente sus afirmaciones. Las ilegalidades señaladas por el Tribunal de Primera Instancia en la sentencia *Airtours/Comisión* no significan que la Comisión hubiera cometido una violación manifiesta y grave de su facultad de apreciación en materia de control de concentraciones, siempre que, como ocurre en el presente asunto, fuera capaz de explicar los motivos por los que razonablemente podía pensar que su apreciación era fundada. Por otra parte, si bien el razonamiento expuesto por la Comisión sobre la transparencia del mercado no convenció al Tribunal de Primera Instancia en la medida en que dicho razonamiento no fue apoyado por pruebas o fue mal explicado, no es menos cierto que la Comisión se pronunció después de haber examinado atentamente los datos aportados en el marco del procedimiento administrativo.

Por último, el Tribunal de Primera Instancia señala que los compromisos presentados por Airtours a fin de remediar los problemas relativos a los efectos negativos potenciales de la concentración sobre la competencia, identificados por la Comisión, fueron examinados por ésta y no podían responder claramente a sus objeciones.

Basándose en tales consideraciones, el Tribunal de Primera Instancia señala que la Comisión no cometió una violación suficientemente caracterizada de una norma que confiere derechos a los particulares.

III. Recursos de casación

³⁴ Asunto T-351/03, Rec. p. II-2237; sentencia recurrida en casación.

Durante el año 2008, se interpusieron ante el Tribunal de Primera Instancia 37 recursos de casación dirigidos contra resoluciones del Tribunal de la Función Pública. En total, 21 de dichos asuntos fueron resueltos por la Sala de recursos de casación, integrada por cinco Jueces, a saber, el Presidente del Tribunal de Primera Instancia y cuatro Presidentes de Sala designados mediante rotación. El Tribunal de Primera Instancia anuló parcialmente las resoluciones impugnadas mediante 6 sentencias, y 3 de esos asuntos se remitieron al Tribunal de la Función Pública.³⁵

Una de las resoluciones dictadas en la materia en 2008 (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 5 de marzo de 2008, *Combescot/Comisión*, T-414/06 P, aún no publicada en la Recopilación) fue objeto de una propuesta de reexamen por el Primer Abogado General del Tribunal de Justicia, sobre la base del artículo 225 CE, apartado 2, párrafo segundo, y del artículo 62 del Estatuto del Tribunal de Justicia. Sin embargo, dicha propuesta no fue secundada.³⁶

Desde el punto de vista organizativo, el Tribunal de Primera Instancia decidió que, para los asuntos interpuestos entre el 1 de octubre de 2008 y el 30 de septiembre de 2009, la Sala de recursos de casación estaría integrada sólo por tres Jueces, a saber, el Presidente del Tribunal de Primera Instancia y, designados mediante rotación, dos Presidentes de Sala, con posibilidad de remitir el asunto a una formación ampliada de cinco Jueces (Decisión de 8 de julio de 2008, DO C 197, p. 17).

IV. Demandas de medidas provisionales

El Tribunal de Primera Instancia conoció este año de 58 demandas de medidas provisionales, lo que representa un incremento notable en relación con el número de demandas interpuestas en 2007 (34), que supera ya ampliamente el del año anterior. En 2008, el juez de medidas provisionales se pronunció sobre 57 demandas de medidas provisionales, frente a 41 en 2007. Estimó una única demanda de suspensión de la ejecución, en el auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 30 de octubre de 2008, *Francia/Comisión* (T-257/07 RII, no publicado en la Recopilación).

Por lo que respecta al asunto que dio lugar al referido auto *Francia/Comisión*, es preciso recordar que el juez de medidas provisionales ya había suspendido, mediante auto de 28 de septiembre de 2007, *Francia/Comisión* (T-257/07 R, Rec. p. II-4153), habida cuenta de la gravedad de la imputación basada en la vulneración del principio de cautela, la aplicación del régimen que flexibilizaba las medidas de policía sanitaria aplicables a las encefalopatías espongiiformes transmisibles que la Comisión había adoptado en 2007 basándose en la evolución de los conocimientos científicos. Dicho auto de 28 de septiembre de 2007 no fue objeto de recurso de casación ante el Presidente del Tribunal de Justicia. En cambio, la Comisión derogó ese régimen más flexible y adoptó una nueva normativa cuyas disposiciones eran casi idénticas a las del

³⁵ Sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 1 de julio de 2008, *Comisión/D* (T-262/06 P); de 19 de septiembre de 2008, *Chassagne/Comisión* (T-253/06 P), y de 13 de octubre de 2008, *Neophytou/Comisión* (T-43/07 P), aún no publicadas en la Recopilación. En cambio, el Tribunal de Primera Instancia se pronunció definitivamente en las sentencias de 22 de mayo de 2008, *Ott y otros/Comisión* (T-250/06 P); de 8 de julio de 2008, *Comisión/Economidis* (T-56/07 P), y de 18 de diciembre de 2008, *Bélgica y Comisión/Genette* (T-90/07 P y T-99/07 P), aún no publicadas en la Recopilación.

³⁶ Decisión del Tribunal de Justicia de 16 de abril de 2008, C-216/08 RX, no publicada.

régimen derogado. Solamente la motivación de la nueva normativa era diferente, en la medida en que proporcionaba explicaciones científicas y técnicas destinadas a completar los motivos del régimen anterior. En tales circunstancias, la República Francesa interpuso una nueva demanda que tenía por objeto la suspensión de la ejecución de la nueva normativa.³⁷

El Presidente del Tribunal de Primera Instancia considera que, habida cuenta de que la nueva normativa y el régimen anterior eran casi idénticos, en el examen del requisito relativo al *fumus boni juris*, puede limitarse a comprobar si la nueva motivación comporta elementos que justifiquen una apreciación distinta de la mantenida en ese mismo auto de 28 de septiembre de 2007, por lo que respecta al régimen anterior. Este examen selectivo lleva al Presidente a la conclusión de que faltan tales elementos en cuanto a la evaluación y la gestión del riesgo, como se habían realizado respecto de la nueva motivación. Por lo tanto, el Presidente declara que las alegaciones de la República Francesa de que la nueva normativa podía vulnerar el principio de cautela parecen a primera vista, pertinentes y justifican un examen exhaustivo que debe realizar el juez del fondo del asunto. En lo referente al requisito de urgencia, el Presidente concluye que existe un riesgo serio de perjuicio grave e irreparable para la salud de las personas en el supuesto de que no se conceda la suspensión de la ejecución. Por lo que respecta a la ponderación de los intereses en juego, señala que, en el presente caso, debe atribuirse un carácter preponderante a las exigencias ligadas a la protección de la salud pública sobre las consideraciones expuestas para justificar un menor rigor de las medidas de policía sanitaria aplicables en la materia.

Todas las demás demandas de medidas provisionales fueron desestimadas, la mayoría por falta de urgencia, al no haber llegado a demostrar los demandantes la inminencia de un perjuicio grave e irreparable. Es preciso llamar la atención, en particular, sobre tres grupos de asuntos principales.³⁸

El primer grupo hace referencia a ocho demandas de medidas provisionales interpuestas por la República de Chipre que tenían por objeto la suspensión de la ejecución de anuncios de licitación lanzados por la Comisión y destinados a fomentar el desarrollo económico en la zona septentrional de la isla de Chipre. La República de Chipre sostenía que, en dichos anuncios, la Comisión trataba a la comunidad chipriota turca como si fuera una entidad estatal autónoma y como si se reconociera la existencia de la «República turca de Chipre del Norte». Estimaba que dichos anuncios constituían un grave peligro para su soberanía, su independencia, su integridad territorial y su unidad.

³⁷ En el asunto principal (T-257/07), se autorizó a la República Francesa a extender sus pretensiones y motivos a la nueva normativa.

³⁸ Un cuarto grupo se refiere a diecinueve demandas de medidas provisionales interpuestas por empresas italianas implantadas en la región de Venecia que habían disfrutado de ayudas de Estado incompatibles con el mercado común. En el auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 8 de julio de 2008, *Fondazione Opera S. Maria della Carità y otros/Comisión* (T-234/00 R, T-235/00 R y T-283/00 R, no publicado en la Recopilación), se declaró la inadmisibilidad de tres de dichas demandas, al limitarse los demandantes a exponer sus recursos en el litigio principal y la modificación de la legislación italiana en materia de medidas provisionales, sin exponer los elementos fácticos y jurídicos que permiten que el juez de medidas provisionales examine los requisitos de *fumus boni juris* y de urgencia. Las otras dieciséis demandas fueron objeto de desistimiento.

En tres autos *Chipre/Comisión*,³⁹ el Presidente del Tribunal de Primera Instancia, tras recordar que la República de Chipre es la única entidad estatal de la isla reconocida internacionalmente y que la parte septentrional de la isla forma parte de su territorio y entra dentro de su única soberanía, admite que la argumentación de la República de Chipre puede resultar suficientemente pertinente para caracterizar un *fumus boni juris*. Sin embargo, el Presidente concluye que no existe una violación manifiesta y grave del Derecho internacional y del Derecho comunitario, de modo que el perjuicio alegado no puede calificarse de grave. En efecto, los anuncios de que se trata no tienen vocación política intrínseca ni se destinan, concretamente, a los problemas de la eventual reunificación de la isla de Chipre. Se trata de textos de naturaleza técnica destinados a proporcionar a los licitadores información útil que les permita decidir su participación en el procedimiento de licitación y preparar sus expedientes de licitación. Según el Presidente, el perjuicio alegado, de naturaleza exclusivamente moral, tampoco resulta irreparable, dado que una eventual anulación de los anuncios impugnados al término de los procedimientos de los litigios principales constituiría una reparación suficiente de aquél.

El segundo grupo de asuntos se refiere a las medidas de congelación de fondos que el Consejo adoptó contra el banco iraní Bank Melli Iran (en lo sucesivo, «BMI») y su filial londinense, Melli Bank, en el marco de un régimen de sanciones creado para presionar a la República Islámica de Irán con objeto de que ésta pusiera fin a determinados aspectos de su programa nuclear.

Dicha demanda fue desestimada mediante el auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 27 de agosto de 2008, *Melli Bank/Consejo* (T-246/08 R, no publicado en la Recopilación). Por lo que respecta al supuesto perjuicio financiero, el Presidente del Tribunal de Primera Instancia declara que, a falta de información concreta en la demanda de medidas provisionales sobre la situación financiera de BMI, que controlaba la demandante al 100 %, le era imposible examinar si la incapacidad de la demandante para efectuar operaciones bancarias, resultante de su pertenencia al grupo BMI, le causaba, habida cuenta del volumen de negocios total de dicho grupo, una pérdida que pudiera calificarse como perjuicio financiero grave. Añade que parece más bien realista contar con que la demandante dispone de los fondos mínimos necesarios para garantizar su supervivencia hasta el pronunciamiento de la sentencia del litigio principal y con que el grupo BMI puede soportar, durante ese mismo período, el perjuicio financiero causado a su filial londinense. En lo referente al supuesto perjuicio causado a la reputación de la demandante, el Presidente considera que, de suponerlo acreditado, habría sido ya causado por la Decisión impugnada. Según el Presidente, la finalidad del procedimiento de medidas provisionales no es garantizar la reparación de un perjuicio ya sufrido, sino garantizar la plena eficacia de la sentencia sobre el fondo. En cualquier caso, una anulación de la decisión impugnada al término del procedimiento principal constituiría una reparación suficiente del perjuicio moral alegado.

El 17 de septiembre de 2008, Melli Bank interpuso un segundo recurso de anulación de la misma decisión.⁴⁰ La demanda de medidas provisionales, que acompañaba a

³⁹ Autos del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 8 de abril de 2008, *Chipre/Comisión* (T-54/08 R, T-87/08 R, T-88/08 R y T-91/08 R a T-93/08 R); de 11 de abril de 2008, *Chipre/Comisión* (T-119/08 R), y *Chipre/Comisión* (T-122/08 R), no publicados. A raíz de la desestimación de las ocho demandas de medidas provisionales, la República de Chipre desistió de todos los recursos en los asuntos principales.

⁴⁰ Por lo que respecta a estos dos recursos, no se reunían las condiciones de litispendencia, al haberse interpuesto el segundo dentro del plazo del artículo 230 CE, párrafo quinto, y basado en motivos autónomos respecto de los invocados en el primer recurso.

este segundo recurso, fue desestimada mediante el auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 17 de septiembre de 2008, *Melli Bank/Consejo* (T-332/08 R, no publicado en la Recopilación), por las mismas razones que las que justificaron la desestimación de la primera demanda. Por último, el auto de 15 de octubre de 2008, *Bank Melli Iran/Consejo* (T-390/08 R, no publicado en la Recopilación), desestimó por los mismos motivos la demanda de medidas provisionales que acompañaba al recurso interpuesto por BMI, sociedad matriz de la demandante, y que tenía por objeto la anulación de la misma decisión.

El tercer grupo de asuntos está relacionado con la Decisión por la que la Comisión, sin imponer multas, ordenó a 24 sociedades de gestión de derechos de autor establecidas en el Espacio Económico Europeo (EEE) y miembros de la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC), en particular, revisar los acuerdos recíprocos de representación que habían celebrado todas de manera bilateral respecto de la gestión de los derechos de ejecución pública de los que son titulares los autores (compositores y letristas) de sus obras musicales.⁴¹ Según la Comisión, esta red de acuerdos bilaterales se basaba en una práctica concertada prohibida por los artículos 81 CE y 53 del Acuerdo EEE. La CISAC y 20 sociedades de gestión interpusieron recursos de anulación contra dicha Decisión. Nueve sociedades de gestión –a saber, las sociedades alemana, italiana, francesa, polaca, finlandesa, húngara, danesa, griega y noruega– acompañaron sus recursos con demandas de suspensión de la ejecución de la Decisión impugnada.

El Presidente del Tribunal de Primera Instancia, mediante los autos de 14 de noviembre de 2008, *Stowarzyszenie Autorów, ZAIKS/Comisión* (T-398/08 R), *Säveltäjien Tekijänoikeustoimisto Teosto/Comisión* (T-401/08 R), *GEMA/Comisión* (T-410/08 R), *Artisjus/Comisión* (T-411/08 R), *Sacem/Comisión* (T-422/08 R), de 20 de noviembre de 2008, *SIAE/Comisión* (T-433/08 R), y de 5 de diciembre de 2008, *KODA/Comisión* (T-425/08 R), ninguno de ellos publicado en la Recopilación, así como el Juez de medidas provisionales (Sr. S. Pappasavvas), mediante el auto de 19 de noviembre de 2008, *AEPI/Comisión* (T-392/08 R, no publicado en la Recopilación), desestiman ocho de tales demandas de medidas provisionales por falta de urgencia, al no haber demostrado las demandantes la inminencia de un perjuicio grave e irreparable en caso de ejecución inmediata de la Decisión impugnada. En dichos autos, se recuerda, concretamente, que la Decisión impugnada, lejos de versar sobre el ámbito de actividades denominado «off-line» de las demandantes (conciertos, radio, discotecas, bares, etc.), sólo se refiere a la explotación denominada «on-line» de los derechos de autor (por Internet, satélite y retransmisión por cable), de la que ninguna de las demandantes demostró que representase una parte considerable de sus ingresos. Además, según los autos antes citados, en la Decisión impugnada, la Comisión no prohíbe el sistema de los acuerdos recíprocos de representación como tal ni impide que los demandantes practiquen determinadas delimitaciones territoriales, sino que se limita a criticar el carácter coordinado del enfoque adoptado al efecto por todas las sociedades de gestión. Por último, en la medida en que las demandantes temen que la Decisión impugnada pueda exponerlas, debido a la inseguridad jurídica que provoca en cuanto a la validez y al contenido de los futuros acuerdos recíprocos de representación, al riesgo de ser sancionadas por la Comisión por incumplimiento de su obligación de revisión, se considera que el riesgo invocado tiene una naturaleza puramente hipotética y que corresponde a la Comisión demostrar el carácter infractor del futuro comportamiento de las demandantes, en el caso de que tuviera intención de

⁴¹ Decisión C(2008) 3435 final de la Comisión, de 16 de julio de 2008, relativa a un procedimiento con arreglo a lo dispuesto en el artículo 81 CE y en el artículo 53 del Acuerdo sobre el EEE (Asunto COMP/C-2/38.698 – CISAC).

imponerles una sanción, puesto que a éstas no se les prohíbe en absoluto acudir al juez comunitario para denunciar la ilegalidad de las sanciones infligidas, e invocar la ambigüedad de la obligación de revisión impuesta en la Decisión impugnada.

Por último, es preciso mencionar el auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 18 de marzo de 2008, *Aer Lingus Group/Comisión* (T-411/07 R, aún no publicado en la Recopilación), debido a sus importantes precisiones en cuanto a la admisibilidad de demandas de medidas provisionales. En él se afirma que el juez de medidas provisionales no puede acordar, en principio, una medida provisional que constituyera una injerencia en el ejercicio de las facultades de otra institución. Por consiguiente, debe declararse la inadmisibilidad de una demanda de medidas provisionales destinada a que se ordene a la Comisión aplicar de una manera particular el artículo 8, apartados 4 y 5, del Reglamento (CE) nº 139/2004,⁴² mediante la adopción de determinadas medidas contra otro participante en una concentración prohibida. En efecto, si se resolviese en la sentencia de la demanda principal que la Comisión está facultada para adoptar las medidas establecidas en el artículo 8, apartados 4 y 5, del Reglamento, correspondería a la Comisión, en el caso de que lo estimara necesario en el marco de las facultades de control que tiene atribuidas en materia de concentraciones, adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 233 CE.

Por otra parte, se señala que la manera amplia en que está redactado el artículo 243 CE tiene obviamente por finalidad otorgar poderes suficientes al juez de medidas provisionales para adoptar cualquier medida que considere necesaria para garantizar la plena eficacia de la futura decisión definitiva, al objeto de evitar una laguna en la protección jurisdiccional que depara el Tribunal de Justicia. No puede excluirse la posibilidad de que, cuando sea necesario, el juez que conozca de la demanda dicte autos cuyos destinatarios directos sean terceros, teniendo, no obstante, debidamente en cuenta, por un lado, los derechos procedimentales, y en particular del derecho a ser oído de los destinatarios de las medidas provisionales y de las partes directamente afectadas por tales medidas y, por otro lado, la suficiencia del *fumus boni iuris* así como la inminencia de un perjuicio grave e irreparable. Ni siquiera en el caso de que un tercero no haya tenido la oportunidad de ser oído en el marco de un procedimiento de medidas provisionales cabe excluir la posibilidad de que se le impongan tales medidas, en circunstancias excepcionales y en atención al carácter temporal de las medidas provisionales, cuando se aprecie que, de no adoptarse tales medidas, la parte demandante se vería confrontada a una situación capaz de poner en peligro su propia existencia. El juez de medidas provisionales debe hacer tales valoraciones al ponderar los diferentes intereses en juego.

⁴² 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).