CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. HENRI MAYRAS presentadas el 29 de noviembre de 1972 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

I. Introducción

A. *Antecedentes de hecho*

Este Tribunal ya conoce los hechos que dieron origen al presente asunto.

Mediante Decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas de 16 de julio de 1969 la sociedad Boehringer Mannheim, miembro de una práctica colusoria internacional de la quinina, fue condenada, al término de un procedimiento administrativo iniciado de conformidad con el Reglamento nº 17 del Consejo, al pago de una multa de 190.000 unidades de cuenta por haber infringido las disposiciones del artículo 85 del Tratado de Roma.

Poco antes esta empresa había sido objeto de investigación por infracción de la legislación de protección de la competencia de los Estados Unidos. En septiembre de 1968 el Grand Jury de la Southern District Court de New York (Tribunal federal) había admitido una demanda en su contra. En ella se contenían cinco motivos de inculpación (counts): por el primero se le acusaba de haber limitado de manera contraria a Derecho, entre finales del año 1958 y el verano de 1966, y mediante una acción concertada, el comercio interior y exterior de los Estados Unidos, y de esta manera haber contravenido las disposiciones de la sección I de la Sherman Act.

El segundo cargo consistía en haber cometido esta infracción, durante el mismo período, con el fin de monopolizar el comercio interior y exterior de los Estados Unidos y, de esta forma, haber infringido las disposiciones de la sección II de la Sherman Act.

Los otros motivos de acusación se referían especialmente a la infracción de la Wilson Tariff Act así como a un fraude a los Estados Unidos, cometido mediante la ocultación a las autoridades americanas del acuerdo para la compra de las reservas americanas de quinina, fraude que constituía una infracción de las disposiciones de la sección 371 del título 18 del Código de los Estados Unidos.

* Lengua original: francés.

Haciendo uso de una facultad que admite el procedimiento penal americano, la sociedad Boehringer declaró por medio de su representante ante el Tribunal federal que se reconocía culpable de haber cometido las infracciones contenidas en los dos primeros puntos de acusación y que no tenía intención de rebatirlos (procedimiento de *nolo contendere)*. Al haber renunciado el Ministerio público a los otros motivos de acusación, el Tribunal federal impuso a la empresa, en sesión celebrada el 3 de julio de 1969, una multa de 40.000 USD por cada uno de los dos cargos, es decir, 80.000 USD en total, suma que fue pagada el 11 de julio siguiente.

El 3 de septiembre de 1969, la demandante informó a la Comisión de las Comunidades Europeas de esta condena y solicitó que la cuantía de la multa pagada en los Estados Unidos se imputara a la que le había sido impuesta por la Comisión.

El 26 de septiembre, Boehringer interpuso ante este Tribunal de Justicia un recurso directo con objeto de que se anulara la Decisión de la Comisión (asunto 45/69); con carácter subsidiario solicitó la reducción de la cuantía de la sanción pecuniaria impuesta en aplicación del Reglamento nº 17, en una cuantía igual a la multa pagada en Nueva York.

Este Tribunal de Justicia, mediante sentencia de 15 de julio de 1970, dictada en el mencionado asunto 45/69, desestimó el recurso en lo tocante a la anulación, si bien modificó la Decisión de la Comisión y redujo la cuantía de la multa impuesta a la demandante a 180.000 unidades de cuenta. No obstante, esta reducción se fundó en motivos ajenos a la pretensión de que se imputara la multa impuesta en los Estados Unidos.

Efectivamente, a este respecto el Tribunal de Justicia desestimó las pretensiones de la demandante basándose en los siguientes fundamentos:

«La demandante alega que la multa de 80.000 USD que le fue impuesta por un Tribunal de los Estados Unidos por los mismos hechos y que ya ha sido pagada con anterioridad a la Decisión impugnada debería imputarse a la cuantía de la multa objeto del litigio.

Sin embargo estas sanciones se impusieron únicamente en relación con restricciones a la competencia que se produjeron en el exterior de la Comunidad.

Por consiguiente, no procede tenerlas en cuenta en el presente litigio.»

Con ello el Tribunal de Justicia evitó tomar partido en la cuestión fundamental de la imputación de una sanción pecuniaria anteriormente impuesta por un órgano jurisdiccional de un Estado tercero a la cuantía de la multa impuesta por la Comisión de las Comunidades Europeas.

Sin duda el Tribunal de Justicia entendió que correspondía a la Comisión pronunciarse mediante Decisión motivada sobre la solicitud de imputación que la empresa demandante le había presentado.

Y, en efecto, la Comisión también había llegado a la conclusión de que le incumbía a ella proceder a la consideración de esta solicitud de imputación que, por otra parte, le había sido reiterada expresamente por la empresa Boehringer el 3 de noviembre de 1970. Una vez oídos sus representantes y considerado el dictamen del Comité consultivo en materia de acuerdos y de posiciones dominantes, la Comisión, mediante Decisión de 25 de noviembre de 1971, rechazó esta solicitud.

Esta es la Decisión impugnada en el asunto presente.

La demandante solicitó al Tribunal de Justicia que modifique la Decisión de manera que mediante sentencia del Tribunal de Justicia la multa de 80.000 USD a la que fue condenada mediante sentencia de la Southern District Court de New York el 3 de julio de 1969 se impute a la multa que le impuso la Comisión de las Comunidades Europeas y cuya cuantía fue fijada mediante sentencia de este mismo Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1970 en 180.000 unidades de cuenta; subsidiariamente la demandante solicita la anulación de la Decisión impugnada.

Nos encontramos en esta ocasión en una materia en la que el Tribunal de Justicia dispone de competencia jurisdiccional plena. Efectivamente, este Tribunal tiene una plena facultad de apreciación de los hechos y de modificación de una Decisión comunitaria, en particular, para reducir la cuantía de una multa impuesta. En mi opinión las pretensiones de la demandante habrían sido más consecuentes si hubieran consistido en la solicitud, en primer lugar, de que se anulara la Decisión impugnada por cuanto, según la demandante, se había fundado en motivos erróneos, tanto de hecho como de derecho, y, en segundo lugar, de que se acordara la reducción de la cuantía de la multa fijada mediante sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1970 en la cantidad impuesta por el Tribunal federal americano.

B. *Motivación de la Decisión impugnada*

La Decisión controvertida se fundamenta en dos series de consideraciones:

Las primeras son de alcance general; las segundas se deducen de las circunstancias específicas del presente caso.

En primer lugar, la Comisión sostiene que no existe ni en el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea ni en sus Reglamentos de aplicación en materia de competencia, disposición expresa alguna que le obligue a imputar a la cuantía de las multas impuestas por órganos jurisdiccionales nacionales. Dicha obligación tampoco

encuentra fundamento en un principio general, común al Derecho nacional de los Estados miembros. Si bien el Tribunal de Justicia afirmó en la sentencia de 13 de febrero de 1969, Walt Wihelm y otros (14/68,- Rec. p. 1) que la Comisión y los Estados miembros deben tener en cuenta en materia de acuerdos ilícitos las sanciones impuestas con anterioridad por los mismos hechos, esta obligación sólo se refiere a la hipótesis de una acumulación de sanciones impuestas en aplicación del Derecho comunitario por una parte y del Derecho nacional de los Estados miembros por otra. Otra cosa cabe decir en el supuesto de acumulación de sanciones adoptadas respectivamente en aplicación del Derecho comunitario y de la legislación de Estados terceros.

En segundo lugar, y con carácter subsidiario, la imputación de una sanción anterior sólo puede acordarse si los hechos constitutivos de la restricción de la competencia sancionados por el órgano jurisdiccional de un Estado tercero y por la Comisión son los mismos. En mi caso este requisito no se cumple, por haber sancionado el Juez americano actividades que podían afectar o que habían afectado el juego de la competencia en los Estados Unidos, mientras que la Comisión, por su parte, impuso una multa a raíz de hechos que tenían por objeto o por efecto restringir la competencia dentro del mercado común.

La demandante niega ambas consideraciones.

Las primeras, que se refieren al principio mismo de la imputación, deben lógicamente, ser tratadas en primer lugar. La segunda cuestión sólo se plantea si el Tribunal de Justicia reconoce el principio de la imputación y, por tanto, debe ser tratada en segundo lugar.

II. El principio *non bis in idem* y la regla de imputación de una sanción anterior

1. *Planteamiento del problema*

La Comisión admite de entrada la tesis de la demandante de que no es determinante la inexistencia en el Derecho comunitario escrito de una obligación de tener en cuenta una multa impuesta por un órgano jurisdiccional nacional a raíz de los mismos hechos que motivan la imposición por su parte de una sanción pecuniaria a una empresa cuyas actividades infringen el artículo 85 del Tratado de Roma.

En efecto, se trata de saber si, a pesar del silencio legal, existe un principio general del derecho del que se pueda derivar dicha obligación de las autoridades comunitarias.

Aun así, es necesario plantear claramente el problema y delimitar con precisión su marco jurídico.

Con este fin, es indispensable distinguir, en primer lugar, entre dos conceptos:

- El primero, expresado en el adagio *non bis in idem* se impone jurídicamente a

través de la fuerza de cosa juzgada en materia penal; un hecho o un conjunto de hechos delictivos que han sido ya objeto de una decisión jurisdiccional firme, es decir, que han adquirido fuerza de cosa juzgada, no pueden ya dar lugar a una nueva acción penal ni, a fortiori, a una nueva condena.

- El segundo concepto, invocado por la sociedad demandante, es de naturaleza diferente: no se basa en la fuerza de cosa juzgada puesto que, aun existiendo una decisión sancionadora anterior, adoptada en base a un mismo hecho o a un mismo comportamiento delictivo, no impide la imposición de otra sanción, sino que se traduce únicamente en la necesidad de tener en cuenta la pena anterior que, de esta forma, deberá ser imputada a la sanción que se impone en segundo lugar. Se trata en este caso de una consideración de equidad en la determinación del *quantum* de la pena.

En segundo lugar, es necesario poner de relieve que el principio *non bis in idem* y la regla de imputación de una pena anterior son conceptos que pertenecen esencialmente al Derecho penal y se aplican de distinta manera en cada Estado a infracciones tipificadas por la legislación penal interna.

Pero, como es sabido, el Derecho comunitario de la competencia, aplicado por la Comisión, prevé la imposición de sanciones pecuniarias de tipo administrativo. Será preciso, pues, averiguar si tales reglas, propiamente penales, pueden y deben aplicarse a este régimen sancionador de carácter particular.

Por último, hay que analizar la aplicación del principio *non bis in idem* y de la regla de imputación a casos distintos:

- En primer lugar, ¿puede haber en un ordenamiento jurídico nacional acumulación de sanciones o incluso de acciones penales por los mismos hechos?

- A continuación, ¿qué efecto puede atribuirse, en las relaciones entre dos ordenamientos jurídicos, a una decisión sancionadora anterior dictada por un órgano jurisdiccional extranjero en relación con acciones ante un órgano jurisdiccional nacional fundadas en los mismos hechos?

- Y, por último, en las relaciones entre el ordenamiento jurídico comunitario y el de un Estado miembro, por una parte, y el de un Estado tercero, por otra, ¿cabe aplicar la regla *non bis in idem?* En caso de respuesta negativa, ¿es obligatoria la imputación de una sanción anterior por estar basada en un principio general del derecho?

Como se ve, el problema es complejo. Su examen requiere explicaciones detalladas que se refieren a los Derechos nacionales de los Estados miembros, al de los Estados Unidos, así como al Derecho comunitario y al Derecho internacional penal.

2. *La regla* non bis in idem *en el Derecho interno*

La demandante considera que del Derecho penal de los Estados miembros de la Comunidad puede deducirse un principio común del que se derivaría el derecho que reivindica a la imputación de la cuantía que debió pagar en los Estados Unidos, a la multa comunitaria, impuesta en aplicación del Tratado y del Reglamento nº 17 sobre los acuerdos de empresas.

No hay duda de que, en el ordenamiento jurídico interno de cada uno de estos Estados, el principio *non bis in idem*, derivado de la fuerza de cosa juzgada, no solamente se opone a una acumulación de sanciones, sino que además impide cualquier nueva acción por los mismos hechos.

Esto es lo que dispone, en Francia, el párrafo primero del artículo 6 del Code de procédure pénale: «La acción pública para la aplicación de la pena se extingue [...] por la cosa juzgada.» La misma regla se encuentra en el Código Penal de los Países Bajos (artículo 68), en el Código de procedimiento penal italiano (artículo 90), así como en las legislaciones belga y luxemburguesa.

En la República Federal de Alemania es la Ley Fundamental, protectora de los derechos del individuo, la que afirma, en el párrafo tercero de su artículo 103 que «nadie puede ser condenado varias veces por el mismo hecho de conformidad con leyes penales generales».

Por tanto, existe un principio constante que no se limita a una obligación de imputación de una pena anteriormente impuesta, sino que prohíbe radicalmente cualquier nueva inculpación.

Pero debo hacer constar, por una parte, que esta regla sólo rige en el interior de cada uno de los ordenamientos jurídicos nacionales. Por otra parte, sólo se aplica a las infracciones penales.

Si bien esta regla es común a los Estados miembros, y en Alemania incluso tiene carácter de derecho fundamental a la protección contra una doble sanción, la prohibición que establece al garantizar a la persona ya condenada o definitivamente absuelta que no será perseguida de nuevo por el mismo hecho, sólo se aplica cuando es un órgano jurisdiccional nacional el que se ha pronunciado con anterioridad, con la única excepción del Derecho penal de los Países Bajos, como veremos.

En la República Federal de Alemania esta solución se desprende, a mi juicio, de una sentencia dictada el 17 de enero de 1961 por el Bundesverfassungsgericht -Bverf. GE 12, p. 66; NWJ 1961, 867- conforme a la cual la prohibición de nuevas acciones penales en relación con hechos sobre los cuales ha recaído con anterioridad una decisión judicial, únicamente se aplica cuando esta decisión emana de un órgano jurisdiccional alemán.

La regla *non bis in idem*, basada en la fuerza de cosa juzgada, sólo impide pues una doble sanción por los órganos jurisdiccionales nacionales.

Por otra parte, respecto a las infracciones penales, tipificadas en textos cuyo ámbito de aplicación está estrictamente limitado, la regla de la que hablamos no se impone con el mismo rigor en otros sistemas sancionadores, en particular de naturaleza administrativa.

No obstante, se admite generalmente que esta regla es aplicable, por asimilación al Derecho penal, al régimen disciplinario de los agentes de la función pública. Este es el caso en Francia y en Alemania. El mismo principio rige para los funcionarios de las Comunidades Europeas y este Tribunal de Justicia aplicó dicho principio en una sentencia de 5 de mayo de 1966, Gutmann/Comisión (asuntos acumulados 18/65 y 35/65,- Rec. pp. 149 y ss., especialmente p. 172) tomando como base un texto preciso, el apartado 3 del artículo 86 del Estatuto.

Por el contrario, la regla *non bis in idem* no se aplica cuando un mismo hecho, constitutivo de falta disciplinaria, también es punible como infracción penal. La condena impuesta por un Tribunal penal no impide las acciones disciplinarias, y viceversa. Sin embargo, en Alemania, la regla de imputación de una sanción disciplinaria anterior a una sanción penal se admite con determinados requisitos, como veremos.

De la misma forma, la acumulación de una sanción administrativa y de una sanción penal es igualmente posible, a menos que lo prohíba expresamente una disposición legal (en este sentido, véase Conseil d'État de France, 1 de febrero de 1959, Lalanne, Recueil, p. 67).

Ello constituye la consecuencia de la autonomía de los sistemas de sanción administrativa en relación con la sanción judicial. Por la misma razón se admiten incluso la acumulación de sanciones administrativas por razón de un mismo hecho impuestas por legislaciones diferentes (Conseil d'État de France, de 22 de mayo de 1946, Consorts Mugnaini, Recueil, p. 142, y de 18 de noviembre de 1953, Garrigue, Recueil, p. 499).

Las decisiones de los órganos penales que hayan adquirido fuerza de cosa juzgada sólo se imponen, por lo demás, a la autoridad administrativa en la medida en que aquellas decisiones pongan de manifiesto la inexactitud material de hechos que puedan justificar una sanción administrativa.

3. *El principio* non bis in idem *en las relaciones entre ordenamientos jurídicos estatales diferentes*

Veamos a continuación si la regla *non bis in idem* encuentra aplicación en las relaciones entre ordenamientos jurídicos diferentes y en qué medida lo hace.

El Derecho nacional de cuatro de los seis Estados actualmente miembros de la Comunidad admite, en principio, la fuerza negativa de cosa juzgada, que impide nuevas acciones, de las sentencias penales recaídas en el extranjero. Sin embargo, en tres de estos Estados, Bélgica, Francia y Luxemburgo, este principio sólo se aplica si la infracción o, por lo menos, la infracción principal fue cometida en el extranjero. Y ello porque la regla *non bis in idem* en efecto no rige cuando la competencia penal se funda sobre el principio de la territorialidad.

Así, el artículo 692 del Code de procédure pénale francés dispone que «no tendrá lugar ninguna acción si el inculpado prueba que ha sido juzgado definitivamente en el extranjero y, en caso de condena, que la ha cumplido, o que ha prescrito la pena o que ha obtenido una medida de gracia».

Sin embargo, según jurisprudencia reiterada, si la infracción fue cometida también en Francia no se reconoce efecto alguno a la sentencia recaída en el extranjero. Esta no impide ni la prosecución de acciones ante los órganos jurisdiccionales franceses ni una nueva condena por los mismos hechos (Cour de Cassation, Sala de lo Penal, sentencia de 3 de noviembre de 1970, Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation 1970, nº 285).

La misma solución prevalece en el Derecho penal belga; una condena impuesta por un órgano jurisdiccional extranjero no impide nuevas acciones en Bélgica si los hechos delictivos se cometieron también en el Reino de Bélgica (Cour de Cassation de Belgique, 20 de febrero de 1961, Pas. 1961 I, p. 664).

En el mismo sentido se pronuncia la legislación luxemburguesa.

En Alemania, la fuerza negativa de cosa juzgada no se reconoce a las sentencias penales extranjeras, salvo lo dispuesto en convenios internacionales que vinculen a la República Federal (Maurach, Rapport au Colloque de l'Association internationale de droit pénal, Freiburg im Breisgau, 1963).

Por tanto, una condena impuesta por un órgano jurisdiccional extranjero no impide nuevas acciones ante los Tribunales alemanes, siempre y cuando el acto delictivo sea punible en virtud de la ley penal interna.

A la misma solución se llega en Italia, en virtud de los artículos 7 y siguientes del Código penal.

Únicamente el Derecho neerlandés admite, sin reserva, la aplicación de la regla *non bis in idem*, independientemente de que los hechos se hayan cometido exclusivamente en el extranjero o también en los Países Bajos (párrafo segundo del artículo 68 del Código penal).

Habida cuenta de esta situación, se puede afirmar que, a excepción de los Países

Bajos, en ningún país se reconoce la fuerza negativa de cosa juzgada a las sentencias penales dictadas por tribunales extranjeros en su respectivo ordenamiento jurídico interno, en el caso en que los hechos tipificados se hayan cometido también en el territorio nacional.

Todo ello constituye una innegable consecuencia de la territorialidad de las leyes penales y de la soberanía de los Estados en un ámbito en el que esta soberanía difícilmente tolera restricciones, el del orden público, protegido por la sanción penal.

De esta forma, la regla *non bis in idem*, afirmada y aplicada en el Derecho interno, está lejos de ser admitida en las relaciones internacionales como principio general del derecho.

Tanto es así que las investigaciones efectuadas desde la guerra en el marco del Instituto de Derecho internacional o por la Asociación internacional de Derecho penal, sobre los efectos internacionales de las sentencias penales, revelaron fundamentalmente las divergencias que existen entre las reglas aplicadas por los Estados y pusieron de manifiesto las dificultades prácticas para evitar la acumulación de sanciones penales y para llegar a una concepción común en la aplicación de la regla *non bis in idem*.

Si bien es cierto que pudieron adoptarse algunas resoluciones, por ejemplo en el IX Congreso internacional de Derecho penal de La Haya en 1964 (Resolución III A, 1, a, c), según las cuales «el efecto negativo de la fuerza de cosa juzgada de las sentencias penales extranjeras *debería* ser reconocido por la legislación de todos los países [...]», es patente que estos esfuerzos sólo han conseguido la manifestación de intenciones inspiradas por consideraciones de justicia y de protección de los intereses individuales; no permiten afirmar ni la existencia de un consenso entre los Estados, ni el reconocimiento de una norma de Derecho positivo.

Se puede deplorar esta situación, pero sería vano no reconocerla. Solamente uno o varios convenios internacionales podrían permitir resolver el problema (Spanjaard, Rapport au Colloque de l'Association internationale de droit pénal, Revue internationale de droit pénal 1963, p. 156).

Incluso a nivel europeo, es preciso recordar que el Convenio Europeo de los Derechos Humanos no contiene en su artículo 6, relativo a las garantías de procedimiento, ninguna prohibición de la doble sanción penal. Y ni siquiera menciona el principio *non bis in idem*. En relación con el Convenio sobre el valor internacional de las sentencias penales, elaborado por el Consejo de Europa el 28 de mayo de 1970, aunque su artículo 53 admite que una persona definitivamente juzgada en un Estado miembro no pueda ser perseguida por el mismo hecho en otro Estado europeo, siempre que la pena, si se le ha impuesto, haya sido cumplida, haya prescrito, o se haya extinguido por vía de gracia. Sin embargo, el mismo Convenio añade a la prohibición fundamental de nuevas acciones dos excepciones que limitan esencialmente su alcance:

- Por una parte, no es oponible a los Estados en cuyo territorio se cometió la infracción, o se considera cometida.

- Por otra parte, tampoco es aplicable cuando los intereses públicos del Estado en sentido amplio han sido lesionados por la mencionada infracción.

No se puede confirmar mejor que la regla *non bis in idem* sigue careciendo en Derecho internacional de efecto obligatorio.

4. *¿Es un principio general del derecho la regla de la imputación de una sanción anterior?*

Sin embargo, la demandante sostiene que, a falta de una prohibición fundamental de nuevas acciones, el derecho a la protección contra la acumulación de sanciones debería, por lo menos, estar garantizado mediante la imputación de una sanción anterior motivada por los mismos hechos.

Pero esta tesis sólo estaría fundada en el supuesto de que:

1) Esta regla, en la que el demandante ve un sustitutivo de la norma *non bis in idem*, constituya a su vez un derecho fundamental y forme parte de los principios generales del derecho cuyo respeto en el ordenamiento jurídico comunitario garantiza el Tribunal de Justicia.

2) Aun admitiendo que sea así, tal derecho fundamental, vinculado a la protección de la persona en caso de sanción penal, se aplique también a las empresas en el ámbito de la represión de las prácticas restrictivas de la competencia, represión que, como sabemos, se limita a sanciones pecuniarias y se basa en la defensa del orden público económico y la protección de los consumidores.

Esto es lo que, a continuación, paso a examinar.

A. Incluso el Derecho penal clásico, ofrece dudas, en mi opinión, de que la regla de la imputación pueda considerarse como un principio general del derecho.

Es cierto que esta regla está recogida, sin reserva, por el Código penal de la República Federal de Alemania (párrafo tercero del artículo 60), así como por el Código penal italiano (artículo 138). La jurisprudencia del Bundesverfassungsgericht de Karlsruhe aplicó esta regla incluso al concurso de una pena privativa de libertad, impuesta en virtud de la legislación disciplinaria militar, y de una sanción de la misma naturaleza impuesta por los mismos hechos por un órgano jurisdiccional penal. Sin embargo, es obvio que esta solución sólo se aplica por razón de la idéntica naturaleza de las penas impuestas y en aras de la protección de la libertad individual (sentencia de 2 de mayo de 1967). No obstante, la regla de la imputación no se encuentra en la legislación de los demás Estados miembros de la Co-

munidad, a no ser en Bélgica, país en el que el apartado 2 del artículo 13 de la Ley de 17 de abril de 1878 sobre el procedimiento penal dispone que, en caso de una nueva condena impuesta en Bélgica, la pena privativa de libertad cumplida en el extranjero debe imputarse a la pena de la misma naturaleza impuesta por el Juez nacional. Por tanto, la obligación de imputación sólo se aplica a las penas privativas de libertad, y no a las multas; además, según jurisprudencia reiterada, la imputación no procede si el acto delictivo se ha cometido no solamente en el extranjero, sino también en Bélgica, puesto que el artículo 13 de dicha Ley sólo contempla la hipótesis de infracciones cometidas y juzgadas en el extranjero. Por tanto y en definitiva, sólo en Italia y en Alemania la imputación de una sanción anterior, incluso pecuniaria, constituye una obligación para el Juez nacional. No existe un principio general común. Por otra parte, ¿hay que considerar la disposición del párrafo tercero del artículo 60 del Código penal alemán como un derecho fundamental, tal y como pretende la demandante?

Nada permite afirmarlo: ni la referencia al artículo 103 de la Ley Fundamental que, por referirse, como hemos visto, a la prohibición de nuevas acciones en el ordenamiento jurídico interno, no puede invocarse en la hipótesis de acumulación de sanciones impuestas por órganos jurisdiccionales que pertenecen a ordenamientos jurídicos diferentes, ni la referencia que hace la demandante a una decisión del Bundesgerichtshof recaída el 17 de diciembre de 1970 a propósito de una práctica colusoria en la industria de los colorantes. Esta decisión se refiere, en efecto, a una excepción de litispendencia opuesta por las empresas inculpadas ante el Bundeskartellamt, en el procedimiento iniciado contra ellas por la Comisión de las Comunidades Europeas por la misma práctica colusoria. Y, después de haber decidido que no es aplicable al caso una prohibición de la doble acción, el Bundesgerichtshof añade, a título puramente indicativo, que convendría, con vistas a evitar una eventual acumulación de sanciones, aplicar al caso las disposiciones del artículo 60 del Código penal, es decir, tomar en consideración la sanción impuesta con anterioridad al señalar la multa ulterior.

Sin embargo, el Bundesgerichtshof añadió que no era necesario en el caso de autos profundizar sobre este punto. En consecuencia, no se pronunció sobre la cuestión.

Añadamos que, aunque las consideraciones que sobre este tema expuso el Bundesgerichtshof, reflejan una tendencia, o incluso una opinión, no se puede deducir de ello que la obligación de imputación se considere un derecho fundamental.

Por último, observemos que el problema aludido por dicha decisión se refería a la eventual acumulación de una sanción comunitaria y de una sanción impuesta por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro de la Comunidad.

B. Y precisamente a propósito de la misma práctica colusoria en la industria de los colorantes el Tribunal de Justicia dictó, el 13 de febrero de 1969, Walt Wilhelm y

otros, 14/68, una sentencia en el marco de una cuestión prejudicial, sentencia que la sociedad Boehringer invoca en apoyo de su tesis.

El Kammergericht (Kartellsenat) de Berlín, órgano competente en materia de prácticas colusorias en la República Federal de Alemania, solicitaba al Tribunal de Justicia que se pronunciara con carácter prejudicial sobre la cuestión de si, ante un procedimiento iniciado por la Comisión conforme al artículo 14 del Reglamento n° 17 sobre las prácticas colusorias, es compatible con el Tratado que las autoridades nacionales apliquen a los mismos hechos las sanciones previstas por el Derecho alemán en la materia; el Kammergericht mencionaba por una parte el riesgo de una apreciación diferente de los mismos hechos y de la posible distorsión de la competencia en el mercado común en detrimento de quienes están sometidos al Derecho alemán en materia de prácticas colusorias, y se refería también al artículo 9 del Reglamento n° 17, así como a los artículos 85 y 5 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, y, finalmente, a los principios generales del Derecho comunitario.

Del tenor literal de la sentencia del Tribunal de Justicia se deduce claramente que el artículo 9 del Reglamento n° 17 solamente admite la competencia de las autoridades nacionales en la medida en que están facultadas para aplicar directamente las disposiciones del artículo 85 del Tratado, a falta de una acción por parte de la Comisión; que, en consecuencia, dicho artículo 9 no desempeña ningún papel cuando las autoridades nacionales aplican únicamente el Derecho interno. Y ello porque, añade el Tribunal de Justicia, el Derecho comunitario y el Derecho nacional en materia de prácticas colusorias consideran estas últimas bajo aspectos diferentes:

- El artículo 85 desde el punto de vista de los obstáculos que pueden ocasionar al comercio entre los Estados miembros y del menoscabo de la competencia en el territorio del mercado común.

- Por el contrario, las legislaciones internas, inspiradas por consideraciones que son propias de cada Estado, consideran las prácticas colusorias solamente en su marco nacional.

En consecuencia, una misma práctica colusoria puede, en principio, ser objeto de dos procedimientos sancionadores paralelos: uno, ante las autoridades comunitarias con arreglo al Tratado, y el otro, ante las autoridades nacionales en virtud del Derecho interno.

El Tribunal de Justicia ha reconocido que la regla *non bis in idem* no es aplicable en esta situación, puesto que se admite la acumulación de acciones. Por el contrario, el Tribunal de Justicia no deja de afirmar que los conflictos que puedan resultar de dicho concurso entre la regla comunitaria y las legislaciones nacionales debe resolverse siempre en favor de la primacía del Derecho comunitario, lo cual es, evidentemente,

indispensable para la realización de los objetivos del Tratado de Roma.

Una vez expuestos estos principios, el Tribunal de Justicia sólo debía responder a otra cuestión, por la cual el Kammergericht llamaba la atención al Tribunal sobre el riesgo de imponer, por los mismos hechos, dos sanciones, una impuesta por la Comisión y otra por el órgano jurisdiccional nacional.

Al fundar la admisibilidad de la acumulación de acciones sobre el sistema particular de reparto de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros, el Tribunal de Justicia se refería, en la fundamentación de la sentencia, a una exigencia general de equidad, tal como figura, por otra parte, en el párrafo segundo del artículo 90 del Tratado constitutivo de la Comunidad del Carbón y del Acero, exigencia que implica tener en cuenta toda condena anterior para la determinación de una eventual sanción.

Pero esta fundamentación, que no calificaré de superflua, pero que, en cualquier caso, no constituye el soporte necesario del fallo de la sentencia de 13 de febrero de 1969, sólo puede interpretarse, en mi opinión, en los límites mismos de las cuestiones planteadas al Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 177. Por tanto, el Tribunal de Justicia admitió la regla de la imputación únicamente en consideración de la situación particular que resulta de la concurrencia de competencias de los Estados miembros y de los órganos comunitarios en materia de prácticas colusorias en un mismo territorio, el del mercado común. No creo que sea posible deducir de ello la existencia de un principio general del derecho que fuera también aplicable en la hipótesis del concurso de acciones y, eventualmente, de sanciones, comunitarias, por una parte, y emanadas de autoridades u órganos jurisdiccionales de un Estado tercero, por otra parte.

El Tribunal de Justicia admitió la posible aplicabilidad de una regla de imputación a causa de la estrecha interdependencia de los mercados nacionales de los Estados miembros y del mercado común. Ahora bien, la situación es completamente diferente si se trata de una decisión tomada anteriormente en un Estado tercero.

C. En mi caso, en el que la multa cuya imputación a la sanción pecuniaria impuesta por la Comisión se solicita del Tribunal de Justicia emana de un órgano jurisdiccional estadounidense, no carece de interés saber que en los Estados Unidos acciones paralelas, fundadas, por una parte, en la legislación de un Estado y, por otra parte, en la legislación federal, pueden conducir, y efectivamente conducen, a una acumulación de sanciones, a pesar del tenor de la quinta enmienda de la Constitución federal, que establece que: «nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life of limb», es decir, a pesar del principio constitucional de prohibición de una doble sanción.

La jurisprudencia americana admite que si el mismo comportamiento infringe precep-

tos de dos ordenamientos jurídicos distintos, el de la Federación y el de uno de los Estados federados, existen dos infracciones distintas. En consecuencia, debe negarse el requisito de identidad de los hechos que implica la prohibición de la doble represión. La Supreme Court of the United States declaró de esta forma que «todo ciudadano de los Estados Unidos es, al mismo tiempo, ciudadano de un Estado o de un territorio. De esta manera, debe obediencia a dos Estados soberanos y su conducta es punible cuando infringe las leyes de uno u otro Estado. Un mismo comportamiento puede constituir una infracción en virtud de cada una de las dos legislaciones. Está fuera de duda que un Estado o los dos pueden castigar a su discreción a dicho delincuente. Sin embargo, no se podría afirmar que este delincuente ha sido castigado dos veces por la misma infracción. Al contrario, *mediante un mismo y único comportamiento,* ha cometido dos infracciones y es justo que sea castigado por cada una de ellas. Por tanto, no puede escudarse en una de las sanciones para escapar a una condena por causa de la otra infracción».

Esta decisión se refería a la cuestión de si una Ley de un Estado era contraria a la Constitución porque no impedía una nueva condena con arreglo al Derecho federal.

En otro asunto, Estado Unidos contra Lanza, la Supreme Court declaró que una condena que, en virtud de la ley de un Estado federal, tenía fuerza de cosa juzgada, no impedía una nueva acción para la aplicación del Derecho federal ni la acumulación de sanciones.

La Supreme Court adoptó la misma solución en un caso en el que un órgano jurisdiccional de un Estado había impuesto una pena con arreglo al Derecho de dicho Estado, aunque el interesado había sido castigado anteriormente, en aplicación del Derecho federal, por el mismo comportamiento.

A pesar de que se formularon «dissenting opinions», esta jurisprudencia fue confirmada. Así, en caso de conflicto entre la soberanía de la Federación y de los Estados, por una parte, y el principio de prohibición de acumulación de sanciones, por otra parte, la Supreme Court of the United States se pronunció a favor de la soberanía.

De esta posición resulta, y comparto aquí la opinión del profesor Mestmaecker (estudio publicado en Der Betriebsberater, 1968, p. 1297), que una sentencia condenatoria, revestida de fuerza de cosa juzgada, adoptada en virtud del Derecho de la competencia de un Estado, no impide en absoluto una nueva sanción impuesta de conformidad con el Derecho federal, y a la inversa. Solamente una concertación constante entre las autoridades de los Estados y las autoridades federales permite evitar, de hecho, una doble sanción. De ello se deduce que, incluso en un sistema federal como el de los Estados Unidos, la regla *non bis in idem* cede ante los principios de soberanía y de territorialidad, sin que esté admitida la imputación de una sanción anterior.

D. Además, la tesis de la demandante, fundada en conceptos de puro Derecho penal, prescinde, demasiado sistemática-

mente, de las particularidades y, se puede decir, de la autonomía del régimen sancionador instituido por el Tratado de Roma en materia de competencia en relación con el Derecho penal general.

Aunque no hay duda de que los Estados miembros han transferido a las Instituciones comunitarias el ejercicio de algunas de sus prerrogativas de soberanía en materia económica, no es menos cierto que no querían renunciar a su competencia penal. El artículo 15 del Reglamento nº 17 afirma además que las multas previstas en materia de prácticas colusorias no constituyen sanciones penales.

Aunque son impuestas por la Comisión, tras un procedimiento administrativo contradictorio y que debe asegurar el respeto al derecho de audiencia, pertenecen a la categoría de sanciones administrativas.

Sin embargo, esta afirmación que, por lo demás, se deriva asimismo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (véanse las sentencias de 15 de julio de 1970 sobre la práctica colusoria internacional de la quinina y de 14 de julio de 1972 sobre los colorantes) no basta para sustraer completamente el régimen de multas comunitarias a todas las reglas de Derecho penal.

Aunque las infracciones a la competencia están definidas por el artículo 85 en términos muy generales y se refieren a una materia eminentemente técnica, lo cual deja a la Comisión y al Tribunal de Justicia un margen de apreciación particularmente amplio, dichas infracciones son objeto de una determinación legal. Contienen un elemento subjetivo, en la medida en que deben ser cometidas «deliberadamente o por negligencia» (apartado 1 del artículo 15 del Reglamento nº 17); por último, implican un elemento material puesto que las prohibiciones previstas en el artículo 85 se aplican a acuerdos, decisiones o prácticas que deben resultar probadas.

En cuanto a las penas previstas por el Reglamento nº 17, están comprendidas entre un máximo y un mínimo determinables y, en consecuencia, están sometidas al principio de legalidad.

Por ello se ha podido afirmar (Lambois, Droit pénal international, Dalloz, 1971) que las multas comunitarias, formalmente administrativas, tienen, desde un punto de vista material, la naturaleza de sanciones penales.

Sin embargo, revisten características peculiares y responden a fines que son, en mi opinión, de importancia decisiva para la solución del litigio presente.

En primer lugar, no se aplican a las personas físicas sino exclusivamente a empresas, personas jurídicas, en su patrimonio. Por tanto, la voluntad de proteger a la persona humana contra la dualidad de la sanción penal, especialmente cuando se trata de penas privativas de libertad, no interviene en este ámbito.

Por otra parte, la reglamentación comunitaria de las prácticas colusorias se aplica sobre todo a empresas multinacionales, cuyas actividades se extienden a varios mercados nacionales, al mercado común y también al mercado mundial.

Si bien es cierto que entre los Estados miembros de la Comunidad y el mercado mundial existe una interdependencia tal que se podría considerar incompatible con la equidad el que un mismo comportamiento contrario a la competencia y que desencadene procedimientos paralelos pueda ser sometido a sanciones acumuladas, esta consideración no tiene el mismo peso cuando los mismos comportamientos, tanto si se traducen en acuerdos como si dan lugar a simples prácticas de hecho, afectan a la vez por un lado a la Comunidad y a sus Estados miembros, o algunos de ellos, y por otro lado a Estados terceros ajenos al mercado común.

¿Cómo podría asegurarse eficazmente la defensa de los objetivos que se ha fijado el Tratado de Roma si se admitiera que cualquier sanción pecuniaria impuesta por un órgano jurisdiccional de un Estado tercero a causa de determinados acuerdos debe deducirse de la multa impuesta por la Comisión en razón de la misma práctica colusoria ilícita? ¿No se limitarían de esta forma las facultades de las autoridades comunitarias en aras de un principio de equidad que no se sabe a ciencia cierta si será admitido, a título de reciprocidad, por los Estados terceros interesados? ¿Podemos creer, por ejemplo, que un Tribunal de los Estados Unidos ante el que se juzgan por la misma práctica colusoria a empresas anteriormente multadas por la Comisión con arreglo al Reglamento nº 17, aceptaría imputar esta multa a la cuantía de la que él a su vez impusiera?

E incluso admitiendo, lo que no me parece conforme con la realidad jurídica actual, que la regla de la imputación sea un principio general del derecho, me parecería necesario hacer prevalecer los objetivos del Tratado y la eficacia de la acción de los órganos comunitarios. En realidad, la regla de la imputación en las relaciones con un Estado tercero, sólo podría fundarse en disposiciones convencionales.

En segundo lugar, la potestad sancionadora reconocida a la Comisión frente a empresas que participan en prácticas colusorias contrarias al artículo 85 nace indiscutiblemente de la necesidad de proteger el orden público económico en el territorio de la Comunidad.

Las multas que la Comisión impone se refieren a acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas que, en términos del artículo 85, «puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan *por objeto o efecto* impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común». Por tanto la sanción se justifica en atención a las consecuencias dañosas que estos acuerdos, decisiones o prácticas puedan tener o hayan tenido sobre el juego de la competencia en el mercado común. De esta forma el efecto territorial -potencial o real- es uno de los

elementos constitutivos de la infracción. Es, incluso, un elemento necesario.

Esta consideración es esencial para rechazar la regla de imputación de una sanción anterior emanada de un órgano jurisdiccional ajeno a la Comunidad, pues conduce a negar, en tal situación, el requisito de identidad del hecho y a reconocer la existencia de dos infracciones distintas, punibles una y otra respectivamente con arreglo al ordenamiento jurídico comunitario y conforme al ordenamiento jurídico de un Estado tercero.

III. Falta del requisito de la identidad de los hechos

Soy de la misma opinión que la Comisión al entender que el concepto de identidad del hecho antijurídico en materia de competencia no puede ser apreciado de la misma forma que en el Derecho penal clásico.

Efectivamente, las infracciones penales, independientemente de que se trate de delitos contra las personas, como el homicidio o las lesiones, o de delitos contra la propiedad: robo o estafa, presentan, en relación con sus elementos materiales, características generalmente simples; se trata de hechos cometidos por uno o varios autores determinados, en lugar y momento igualmente determinado. Dificultades en la apreciación de los hechos sólo se presentan excepcionalmente, en el caso de infracciones complejas, pero el órgano jurisdiccional competente en estos casos siempre está en condiciones de examinar el conjunto de elementos de hecho que se le someten y de calificarlos penalmente.

Por todo esto, cualquiera que sea el criterio de identidad del hecho considerado por la jurisprudencia, el Juez puede siempre efectuar una apreciación global de los elementos de hecho sobre los que posee información.

El problema se plantea de forma muy diferente en el ámbito de las prácticas colusorias internacionales de empresas, y ello desde dos puntos de vista:

- La infracción de restricción de la competencia se realiza en múltiples actos, cometidos durante un período largo (de varios meses o incluso varios años) y en el territorio de varios Estados; los acuerdos entre empresas a menudo están diversificados, en función de las negociaciones entre los miembros del acuerdo, que tienen su domicilio en países diferentes en función del objeto de estas negociaciones, como acuerdos sobre precios, reparto territorial de mercados, cuotas de exportación, etc. De ello resulta, en primer lugar, que el órgano jurisdiccional de uno de los Estados cuyo ordenamiento jurídico ha infringido la práctica colusoria, sólo será competente para juzgar algunos de los acuerdos concluidos, y sólo tiene facultad para castigar algunos de los comportamientos imputados a las empresas o a algunas de ellas.

- En segundo lugar, en virtud del principio de territorialidad, las legislaciones sancionadoras de los comportamientos restrictivos de la competencia limitan su ámbito de aplicación del Estado en el que se producen los efectos de estos comportamientos; lo mismo sucede con la Comunidad: el apartado 1 del artículo 85 del Tratado de Roma se limita a los actos que pueden restringir la competencia en el mercado común; de la misma forma, la legislación americana de la competencia, aunque contempla los comportamientos que atentan tanto contra el comercio interior como contra el comercio exterior de los Estados Unidos, tiene un ámbito de aplicación territorial delimitado: sólo tiene por objeto las restricciones de la competencia que tengan una incidencia sobre los operadores económicos de los Estados Unidos.

Por tanto, aun cuando las mismas empresas sean juzgadas por los mismos acuerdos por un órgano jurisdiccional federal americano y, al mismo tiempo, por la Comisión de las Comunidades Europeas, los hechos constitutivos de la infracción serán necesariamente distintos en cada caso.

Ante el órgano jurisdiccional de los Estados Unidos únicamente podrán juzgarse, a menos que éste se exceda de su competencia, las actuaciones contempladas por la legislación federal y que afecten los intereses de la Federación. Por su parte, la Comisión de Bruselas sólo podrá, sometida al control del Tribunal de Justicia, entender de las actuaciones que, por su objeto o efecto, atenten contra la competencia dentro del mercado común. El hecho de que los acuerdos de que se trate sean los mismos no basta para caracterizar la identidad de los hechos.

Por tanto, me parece superfluo buscar en las jurisprudencias nacionales un criterio único para fijar el concepto de identidad de hechos. De la misma forma, no puede deducirse de la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1969 ninguna doctrina a este respecto, puesto que, al someter al Tribunal de Justicia unas cuestiones prejudiciales, el Kammergericht había planteado una hipótesis en la que, en el litigio que debía resolver, se encontraba en presencia de un «*mismo hecho*». Partiendo de estas premisas se solicitó al Tribunal de Justicia que interpretase el Derecho comunitario y fue en este marco, definido por el órgano jurisdiccional nacional, en el que el Tribunal de Justicia dictó sentencia, sin discutir –cosa que, por lo demás, no podía hacer– si estas premisas eran ciertas.

Podría poner aquí fin a mis conclusiones, puesto que creo haber probado en primer lugar que la regla de imputación de una sanción anterior no es un principio general del derecho que el Tribunal de Justicia deba aplicar en el caso de dos sanciones pecuniarias en materia de prácticas colusorias, una impuesta por un órgano jurisdiccional de un Estado tercero, y la otra por la Comisión de las Comunidades Europeas. En segundo lugar, entiendo que es determinante el efecto territorial de una práctica colusoria

como elemento constitutivo de la infracción a las normas sobre la competencia, y que este efecto territorial es necesariamente distinto cuando afecta, por una parte, a los Estados Unidos, país tercero, y, por otra parte, al mercado común.

No obstante, examinaré, con el fin de referirme a la totalidad de los puntos planteados por la demandante, el contenido de la sentencia de la Southern District Court de New York de 3 de julio de 1969 y la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1970, dictada en el asunto 45/69. La comparación de ambas sentencias contribuirá, por lo demás, a confirmar mi punto de vista.

¿Cuál es el contenido de estas dos decisiones?

Por un lado, una sentencia federal, recaída en un procedimiento de *nolo contendere,* es decir, una resolución judicial en cualquier caso, pero mediante la cual el Juez se limitó a recoger la declaración de la sociedad Boehringer que reconocía los hechos mencionados en los dos primeros motivos de acusación e imponer la pena correspondiente a estos hechos no negados.

Si bien, en tales circunstancias, no pueden considerarse definitivamente probados los hechos de que se trata, tal y como sería el caso al término de un procedimiento normal, por lo menos hay que suponer que se tomaron solamente en consideración las imputaciones contenidas en los dos primeros motivos de la acusación del ministerio fiscal, con exclusión de aquéllos que eran objeto de los otros tres motivos, que habían sido retirados.

Por otra parte, no es la Decisión administrativa de 16 de julio de 1969, mediante la cual la Comisión impuso una multa a la sociedad Boehringer, la que hay que tener en cuenta, sino la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1970, puesto que el Tribunal decidió en ella -por lo demás en procedimiento de competencia jurisdiccional plena- sobre el conjunto de hechos imputados a la demandante, declaró algunos fundados y otros no fundados y modificó parcialmente la Decisión de la Comisión; la sentencia sustituye pues a dicha Decisión.

Ahora bien, ¿qué antecedentes de hecho fundamentaron la sentencia?

El Tribunal de Justicia no se fundó en el acuerdo de exportación relativo al comercio con países terceros, que constituía el acuerdo primero y esencial concluido entre los miembros de la práctica colusoria internacional de la quinina, entre los cuales se encontraba la sociedad Boehringer, sino en el «gentlemen's agreement» que regía el comportamiento de estas empresas en el mercado común.

Al analizar este documento, cuya existencia ha sido reconocida por la demandante y al destacar que las partes se habían declarado mutuamente dispuestas a ajustarse a sus prescripciones, el Tribunal de Justicia

declaró que el «gentlemen's agreement» constituía de esta forma «la expresión fiel de la voluntad de los miembros de la práctica colusoria en su comportamiento en el mercado común»; después de afirmar además que el acuerdo contenía una cláusula conforme a la cual su infracción constituiría *ipso facto* una infracción del acuerdo de exportación, el Tribunal de Justicia pasó a examinar el comportamiento de estas empresas en la Comunidad.

A este respecto, el Tribunal de Justicia señaló que el «gentlemen's agreement» garantizaba la protección de cada mercado nacional en favor de los productores de los diferentes Estados miembros, y después de haber desestimado las alegaciones de la demandante, declaró que este reparto de mercados nacionales tenía por objeto restringir la competencia dentro del mercado común.

En relación con la fijación común de los precios de venta en los mercados no repartidos, a saber, Bélgica, Luxemburgo e Italia, el Tribunal de Justicia afirmó que estos comportamientos podían afectar el comercio entre los Estados miembros y limitaban gravemente la competencia en el mercado común. Sin embargo, el Tribunal de Justicia declaró, por lo demás, no probado que la demandante practicara, de común acuerdo con los otros productores, una política de precios uniformes para sus ventas en estos países desde mayo de 1964.

Por el contrario, el Tribunal de Justicia rechazó por falta de pruebas la imputación relativa a la fijación de cuotas de venta en el mercado común después del 29 de octubre de 1962.

Por último, el Tribunal de Justicia declaró ilícita la prohibición de fabricar quinina sintética impuesta al grupo francés de miembros de la práctica colusoria.

En conclusión, el Tribunal de Justicia calificó el conjunto de estos hechos, con arreglo al artículo 85 del Tratado, como constitutivos de una práctica colusoria prohibida por esta disposición, al tener por objeto o por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado común; a consecuencia de ello, fijó una multa en cuantía de 180.000 unidades de cuenta, tomando en consideración por una parte la mayor influencia que la sociedad Boehringer había ejercido en el momento de la elaboración y de la puesta en práctica de la práctica colusoria para justificar el mayor importe de la multa que se le imponía con relación a las multas impuestas a las otras empresas; sin embargo, por otra parte, tomando en consideración que no se habían probado las imputaciones de fijación de cuotas de venta para el período de noviembre de 1962 a febrero de 1965 y de precios de venta para el período comprendido entre mayo de 1964 a febrero de 1965, redujo la cuantía de la multa impuesta por la Comisión.

Basta recordar estas apreciaciones, revestidas de fuerza de cosa juzgada para poner en evidencia que el Tribunal de Justicia contempló únicamente los comportamientos

que habían tenido o podían tener una incidencia sobre las condiciones de competencia en el mercado común.

Por el contrario, los hechos por los cuales la Southern District Court de New York impuso a la demandante una multa de 80.000 USD, como se deduce de los dos primeros motivos de acusación, que no fueron negados por la demandante, se refieren a las actuaciones de ésta que produjeron sus efectos en territorio americano en virtud del acuerdo de exportación a países terceros:

- Se trata de la fijación de precios de los productos extraídos de la corteza de quinina a un nivel artificialmente alto en el mercado interior de los Estados Unidos, y, por otra parte, de conductas contrarias a la competencia entre importadores y revendedores americanos así como de obstáculos a la competencia entre productores en el mercado interior de los Estados Unidos.

- Se trata, además, de las consecuencias del llamado «stockpyle agreement», relativo a la compra de quinina procedente de las reservas estratégicas americanas.

- Por último, se trata de los acuerdos relativos a la compra en común de corteza de quinina (bark pool).

Hay que precisar que estos dos últimos acuerdos, relativos a la política de compras en el seno de la práctica colusoria, no fueron objeto de ninguna censura por parte de la Comisión de las Comunidades Europeas.

Como vemos, el procedimiento americano sólo tuvo por objeto aquellos comportamientos de la demandante que habían producido sus efectos en territorio americano. Nada permite suponer, por consiguiente, que al imponer una multa a la sociedad Boehringer la District Court americana pretendiera sancionar otras conductas contrarias a la competencia.

Por todo ello el Tribunal de Justicia precisó en la sentencia dictada en el asunto 45/69 que esta sanción se impuso «por las restricciones a la competencia que se habían producido en el exterior de la Comunidad».

Añadiré que los autos no aportan ninguna información que permita averiguar si, para determinar la cuantía de la multa impuesta a la demandante, así como a los otros miembros del acuerdo también demandados, la Comisión tuvo en cuenta las ventajas económicas obtenidas por estas empresas de sus acuerdos solamente en el ámbito del mercado común o en el mercado mundial. A lo largo de la fase oral del procedimiento no se ha aportado ninguna respuesta precisa sobre este punto; no obstante, resulta indiscutible que sólo se sancionaron aquellas conductas que habían tenido incidencia en el mercado común y que las multas impuestas a las empresas demandadas se encuentran, por lo demás, muy por debajo del tipo máximo previsto por el Reglamento nº 17.

Recordemos también que, al responder a una pregunta planteada en 1966 por el Bundeskartellamt, los representantes de la sociedad Boehringer respondieron que les era imposible informar con detalle sobre las exportaciones de quinina a cada uno de los principales países compradores porque los acuerdos sólo obligaban a sus miembros a intercambiar sus informaciones relativas a las exportaciones globales y, por ello, la sociedad demandante no disponía de datos sobre cada país comprador.

Por todo ello propongo que se desestime el recurso de la sociedad Boehringer en el asunto 7/72 y se condene en costas a la demandante.