CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. GIUSEPPE TESAURO

presentadas el 11 de julio de 1995 *

1. Con el presente recurso de casación las sociedades neerlandesas Rendo NV, Centraal overijsselse Nutsbedrijven NV y Regionaal Energiebedrijf Salland NV (en lo sucesivo, «recurrentes») solicitan al Tribunal de Justicia que anule la sentencia pronunciada por el Tribunal de Primera Instancia el 18 de noviembre de 1992 en el asunto T-16/91 (en lo sucesivo, «sentencia»). [1] En dicha sentencia el Tribunal de Primera Instancia declaró, en parte, la inadmisibilidad del recurso de anulación de la Decisión 91/50/CEE de la Comisión, de 16 de enero de 1991 (en lo sucesivo, «Decisión») [2] y, en parte, lo desestimó.

El presente recurso de casación se enmarca en una larga y compleja disputa contractual y judicial que, iniciada hace más de seis años, ha implicado a numerosas partes y que tiene por objeto la compatibilidad con las normas del Tratado en materia de competencia de las restricciones a la importación y a la exportación de energía eléctrica vigentes en los Países Bajos.

Hechos y marco normativo nacional

2. En los Países Bajos la distribución de electricidad está organizada en tres niveles: los cuatro productores suministran a los distribuidores regionales; éstos, a su vez, suministran a los distribuidores locales; éstos, por último, venden la energía eléctrica a los consumidores finales.

El 3 de junio de 1949 los productores fundaron una asociación de empresas denominada NV Samenwerkende Elektriciteitsproduktiebedrijven (en lo sucesivo, «SEP»), [3] encargada de gestionar la red de alta tensión y las relaciones para la importación y la exportación de electricidad con las sociedades extranjeras del sector.

3. El 22 de mayo de 1986, SEP celebró con sus accionistas un acuerdo (el «Ove-

* Lengua original: italiano.

1 — Rendo y otros/Comisión (Rec. p. II-2417).

2 — Decisión de la Comisión relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE [IV/32.732 — IJsselcentrale (ICJ) y otros; DO L 28, p. 32].

3 — Parte coadyuvante en apoyo de la Comisión en el presente procedimiento.

reenkomst van Samenwerking»; en lo sucesivo, «OVS»), que no fue notificado a la Comisión. Con arreglo al artículo 21 de dicho acuerdo, SEP se reservó el derecho exclusivo de importar y exportar electricidad; sus accionistas se comprometieron a imponer a sus contratantes, es decir a los distribuidores regionales y locales, la prohibición expresa de importar y exportar electricidad. [4]

Las recurrentes son sociedades distribuidoras de electricidad a nivel local, que se abastecen de la sociedad distribuidora regional IJsselcentrale (que en 1988 se transformó en IJsselmij; en lo sucesivo, «IJC»). Desde 1985, esta última había impuesto a las recurrentes, además de una cláusula de compra exclusiva que reforzaba la prohibición de importaciones contenida en el acuerdo OVS, un canon (el «recargo de perecuación de costes») destinado a cubrir los costes extraordinarios soportados por la propia IJC con miras al suministro de electricidad en las zonas rurales que no proporcionaban los distribuidores locales ni los otros distribuidores regionales.

4. En 1988, a raíz de una controversia sobre la legitimidad de dicho recargo de perecuación, las recurrentes presentaron a la Comisión una denuncia con arreglo al artículo 3 del Reglamento nº 17 [5] (en lo sucesivo, «Reglamento nº 17»), que tenía por objeto la compatibilidad con las normas comunitarias sobre competencia de las siguientes restricciones: a) la prohibición expresa de importación contenida en el acuerdo OVS y en un anterior acuerdo general SEP de 1971; [6] b) la obligación de aprovisionamiento exclusivo, que implica asimismo una prohibición de importación; c) la facultad de IJC para fijar unilateralmente los precios e imponer el recargo de perecuación.

5. La normativa neerlandesa vigente hasta el 8 de diciembre de 1989, [7] válida por tanto en el momento de celebrarse el acuerdo OVS, permitía importar electricidad a cualquiera que hubiese obtenido una autorización previa. En cambio, a partir del 1 de julio de 1990, el artículo 34 de la nueva Ley de electricidad («Elektriciteitswet» de 1989; en lo sucesivo, «ETW») reservó a SEP, en tanto que «sociedad designada» por Decreto Ministerial con arreglo al artículo 8 de la ETW, el derecho exclusivo de importar energía eléctrica destinada al abastecimiento público. [8] Además, la propia Ley liberalizó la importación destinada al consumo privado, pero no contiene disposición alguna en lo referente a las exportaciones.

4 — Están exentos de esta prohibición, con arreglo al apartado 3 del artículo 21 del acuerdo OVS, los suministros de electricidad con una potencia máxima de 5.000 kW a una tensión de 15 kV.

5 — Reglamento nº 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE (DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22).

6 — El acuerdo general SEP de 1971, que fue sustituido totalmente por el acuerdo OVS, tenía cláusulas de contenido similar.

7 — Fecha de entrada en vigor de la mayor parte de las disposiciones de la nueva Ley de electricidad, de la que se habla inmediatamente a continuación en el texto.

8 — Con excepción de la electricidad de tensión inferior a 500 voltios.

La Decisión de la Comisión

6. El 16 de enero de 1991, la Comisión adoptó la Decisión controvertida, en la que, precisando que se refiere únicamente a las restricciones a las importaciones y exportaciones de energía eléctrica resultantes del acuerdo, con exclusión de cualquier apreciación sobre el recargo de perecuación (del que se consideraba que no tenía incidencia sobre el comercio entre Estados miembros), declaraba:

— el artículo 21 del acuerdo OVS restringe la competencia con arreglo al apartado 1 del artículo 85 del Tratado y continúa haciéndolo a pesar del régimen introducido por la ETW; [9]

— en el sector del consumo *privado,* mientras que la aplicación de las normas sobre la competencia no impedirían a SEP actuar correctamente al servicio de los intereses generales que le han sido confiados, las restricciones controvertidas comprometen los intercambios en contra de los intereses de la Comunidad; en consecuencia, no se cumplen los requisitos para la aplicación del apartado 2 del artículo 90 del Tratado; [10]

— por lo que se refiere al aprovisionamiento *público,* habida cuenta de que la prohibición de importaciones figura en el artículo 34 de la ETW, la apreciación de la legitimidad de dicha prohibición presupone un examen previo de la compatibilidad de la Ley nacional con el Derecho comunitario, que ha de efectuarse en el ámbito de un procedimiento adecuado. [11]

7. Así pues, por un lado, la Decisión afirma claramente, confirmándola en su parte dispositiva, la incompatibilidad del artículo 21 del acuerdo OVS con el Tratado, por ser un obstáculo a las importaciones y a las exportaciones en el sector del consumo *privado.* Por otro lado, supedita, de hecho, el examen de las restricciones introducidas con *posterioridad* a la adopción de la ETW en el sector del abastecimiento *público* a la tramitación de un procedimiento de infracción, mientras que no contiene referencia alguna a las restricciones establecidas en relación con el período *anterior.*

8. Mediante escrito de 20 de noviembre de 1991, la Comisión informó a las recurrentes de su intención de abrir un procedimiento de infracción en relación con los hechos denunciados; asimismo, hizo propicia la ocasión para precisar el alcance de la Decisión adoptada, confirmando que, desde el punto de vista del Derecho comunitario, el recargo de

9 — Puntos 21 a 38 de la Decisión.

10 — Puntos 39 a 48 de la Decisión.

11 — Punto 50 de la Decisión.

perecuación era irrelevante y definiendo la propia Decisión como una desestimación parcial de la denuncia en la medida en que tenía por objeto las restricciones a la importación de electricidad en el sector del abastecimiento público durante el período *anterior* a la entrada en vigor de la ETW. [12]

El 13 de junio de 1994, la Comisión interpuso un recurso con arreglo al artículo 169 del Tratado solicitando al Tribunal de Justicia que declare que el Reino de los Países Bajos ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 30 y 37 del Tratado, al conceder un derecho exclusivo de importación de electricidad en el sector del abastecimiento público. Este procedimiento todavía está pendiente. [13]

La sentencia del Tribunal de Primera Instancia

9. Mediante escrito presentado el 14 de marzo de 1991, las recurrentes solicitaron al Tribunal de Primera Instancia, entre otras cosas, que anulara la Decisión en la medida en que la Comisión no se había pronunciado sobre la aplicación del artículo 21 del acuerdo OVS a las importaciones y a las exportaciones efectuadas por las empresas distribuidoras de electricidad en el sector del abastecimiento *público*.

10. Con la sentencia que es objeto del presente recurso de casación, el Tribunal de Primera Instancia declaró la inadmisibilidad parcial del recurso y lo desestimó en todo lo demás.

Más precisamente, el Tribunal de Primera Instancia, al comprobar que la Comisión no se había pronunciado sobre la prohibición de importaciones en relación con el sector del abastecimiento *público* durante el período *anterior* a la entrada en vigor de la ETW, llegó a la conclusión de que sobre este extremo faltaba un acto impugnable con arreglo al artículo 173 y, por tanto, declaró la inadmisibilidad del recurso por lo que se refiere a este aspecto. [14]

Por lo que se refiere a la parte de la Decisión en la que la Comisión afirmó que no deseaba pronunciarse sobre el período *posterior* a la entrada en vigor de la ETW, el Tribunal de Primera Instancia declaró que esta afirmación podía producir efectos jurídicos y tener consecuencias para el derecho de defensa de las recurrentes. En consecuencia, declaró la admisibilidad del recurso sobre este extremo. [15]

11. Acerca de la cuestión de fondo, el Tribunal de Primera Instancia declaró que esencialmente el recurso se basaba en tres motivos: a) la infracción del Derecho comunitario

12 — Las recurrentes también han interpuesto un recurso contra este escrito ante el Tribunal de Primera Instancia. Mediante auto de 29 de marzo de 1993, Rendo y otros/Comisión (T-2/92, no publicado en la Recopilación), se acordó la inadmisión del recurso por estar dirigido contra un acto carente de contenido decisorio, por lo que no era susceptible de producir efectos jurídicos.

13 — Comisión/Países Bajos, C-157/94.

14 — Apartados 58 a 62.

15 — Apartados 44 a 57.

en materia de competencia y la violación de algunos principios generales del Derecho; b) el incumplimiento del deber de motivación; c) vicios sustanciales de forma, en particular la obligación de la Comisión de conceder al denunciante un plazo para presentar observaciones escritas en caso de desestimar la denuncia. [16]

Por lo que se refiere al primer motivo, en particular sobre el hecho de que la Comisión no se pronunciara sobre la justificación de las restricciones a la importación en el sentido del apartado 2 del artículo 90 del Tratado, el Tribunal de Primera Instancia recordó que la Comisión no está *obligada* a adoptar una decisión que obligue a las empresas a poner fin a las infracciones comprobadas, aunque tiene la *facultad* de hacerlo; del mismo modo, el apartado 2 del artículo 3 del Reglamento n° 17 tampoco confiere al denunciante el derecho a obtener una decisión que declare la existencia de la infracción alegada. [17]

12. Según el Tribunal de Primera Instancia, una obligación al respecto sólo sería posible si el objeto de la denuncia perteneciera al ámbito de la competencia exclusiva de la Comisión. Viceversa, de acuerdo con la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia, [18] corresponde al Juez nacional apreciar si comportamientos contrarios a la competencia de una empresa a la que se le ha confiado la gestión de un servicio de interés económico general pueden estar justificados con arreglo al apartado 2 del artículo 90 del Tratado.

13. Recordando a continuación la facultad discrecional de que dispone la Comisión en los procedimientos relativos a las denuncias presentadas en virtud del artículo 3 del Reglamento n° 17, el Tribunal de Primera Instancia examinó si la Comisión había ejercitado tal facultad sin incurrir en un error de Derecho o de hecho o en un error de apreciación manifiesto.

El Tribunal de Primera Instancia señaló al respecto que las prohibiciones a la importación establecidas en el artículo 21 del acuerdo OVS y en el artículo 34 de la ETW, con pequeñas diferencias de menor importancia, son susceptibles de producir los mismos efectos. De ello se deduce, según el Tribunal de Primera Instancia, que la Comisión concluyó acertadamente en que el examen de la compatibilidad de la Ley nacional con el Derecho comunitario debía preceder al del acuerdo OVS. De hecho, por un lado, la Comisión no está facultada para imponer a

16 — Artículo 6 del Reglamento n° 99/63/CEE de la Comisión, de 25 de julio de 1963, relativo a las audiencias previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 19 del Reglamento n° 17 del Consejo (DO 1963, 127, p. 2268; EE 08/01, p. 62).

17 — Apartado 98 de la sentencia, que recuerda la sentencia de 18 de octubre de 1979, GEMA/Comisión (125/78, Rec. p. 3189).

18 — Véanse las sentencias de 18 de junio de 1991, ERT (C-260/89, Rec. p. I-2925), y de 11 de abril de 1989, Ahmed Saeed Flugreisen y Silver Line Reisebüro (66/86, Rec. p. 803), recordadas por el Tribunal de Primera Instancia.

las empresas comportamientos contrarios a una Ley nacional sin emitir sobre esta última un juicio de compatibilidad con el Derecho comunitario; por otra parte, para tal valoración, la Comisión puede iniciar un procedimiento más adecuado, a saber, el previsto en el artículo 169 del Tratado. [19]

14. Según el Tribunal de Primera Instancia, esta conclusión no perjudica a la tutela jurisdiccional que ampara a los autores de una denuncia con arreglo al Reglamento n° 17. En efecto, la denuncia, que no ha sido desestimada sino que todavía está pendiente ante la Comisión, podrá ser reactivada por las recurrentes en caso de que consideren insuficientes los resultados del procedimiento del artículo 169.

Aunque reconoce que en tales supuestos el ejercicio del derecho de defensa de las recurrentes sufriría un considerable retraso, el Tribunal de Primera Instancia ha declarado que esta consecuencia es inevitable en el caso de autos, habida cuenta de que por las razones antes expuestas el procedimiento del artículo 169 del Tratado tiene carácter prioritario en relación con el procedimiento del artículo 3 del Reglamento n° 17. [20]

15. Afirmando que la Comisión, al haber omitido pronunciarse sobre la admisión de las restricciones de que se trata en relación con el apartado 2 del artículo 90 del Tratado, no había cometido ningún error de Derecho o de hecho o un error de apreciación manifiesto (y al declarar infundados asimismo los motivos segundo y tercero aducidos por las recurrentes, motivos que no son objeto del presente recurso de casación), el Tribunal de Primera Instancia concluyó en la desestimación del recurso en la parte en la que había acordado su admisión.

La sentencia Almelo

16. En este mismo contexto, en particular a raíz del recurso de apelación interpuesto por los recurrentes contra un laudo arbitral que rechazaba pretensiones análogas a las del caso de autos, el Juez neerlandés solicitó al Tribunal de Justicia que se pronunciara con carácter prejudicial sobre la compatibilidad con los artículos 37, 85, 86 y 90 del Tratado CEE de una prohibición de importación de energía eléctrica *para el abastecimiento público,* establecida en las condiciones generales de contratación de una distribuidora regional de energía eléctrica en los años 1985 a 1988, eventualmente junto con una prohibición de importación contenida en un acuerdo celebrado entre productores nacionales.

Como se sabe, en la sentencia de 27 de abril de 1994, [21] el Tribunal de Justicia declaró: a) contraria al artículo 85 del Tratado, la cláusula que prohíbe al distribuidor local impor-

19 — Apartados 102 a 107.
20 — Apartado 111.
21 — Sentencia Almelo (C-393/92, Rec. p. I-1477).

tar energía eléctrica destinada a la distribución pública; b) contraria al artículo 86 del Tratado, la cláusula de compra en exclusiva a la que acompaña una prohibición de importación impuesta por una empresa distribuidora regional perteneciente a un grupo de empresas que ocupa una posición dominante colectiva; c) competente al Juez nacional para comprobar la existencia de los requisitos de aplicación del apartado 2 del artículo 90 del Tratado.

El recurso de casación contra la sentencia

17. Mediante escrito presentado el 21 de enero de 1993, las partes recurrentes han impugnado la sentencia ante el Tribunal de Justicia solicitando a éste que: a) anule la sentencia; b) anule parcialmente la Decisión, de conformidad con el recurso inicial interpuesto ante el Tribunal de Primera Instancia o, con carácter subsidiario, devuelva los autos al Tribunal de Primera Instancia para que éste se pronuncie sobre la cuestión de si la Decisión debe ser parcialmente anulada; c) condene a la Comisión y/o a la parte coadyuvante a pagar las costas del procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia, y a la Comisión, a pagar las costas correspondientes al procedimiento ante el Tribunal de Justicia. [22]

22 — A instancia de las recurrentes, se suspendió el procedimiento en espera de que se dictara la sentencia en el asunto Almelo, antes citada, y no fue reemprendido, asimismo a iniciativa de las recurrentes, hasta enero de 1995.

Sobre la legitimación de las partes recurrentes

18. Aunque no ha propuesto una excepción formal, la Comisión ha expresado dudas sobre la legitimación de las partes recurrentes. En sustancia, según la Comisión, la sentencia Almelo había dado plena satisfacción a las pretensiones de las recurrentes, al declarar asimismo incompatibles con el Tratado las restricciones controvertidas en el sector del abastecimiento *público*, sobre las que la Decisión había omitido pronunciarse.

En todo caso, la Comisión señala que las referidas restricciones no han causado hasta la fecha perjuicio alguno a las recurrentes ni podrán causarlo en el futuro por cuanto tales restricciones no se han aplicado nunca a las importaciones de electricidad ni tendría sentido hacerlo, dado que las tarifas neerlandesas son inferiores a las practicadas en los países limítrofes.

19. Procede señalar a continuación que incluso a falta de una excepción expresa, el Tribunal de Justicia podría comprobar de oficio una posible falta de legitimación y declarar la inadmisibilidad del recurso. [23]

23 — Véase al respecto el auto de 24 de septiembre de 1987, Vlachou (134/87, Rec. p. 3633).

Sin embargo, para negar la legitimación de una parte para interponer un recurso de casación contra una sentencia del Tribunal de Primera Instancia que desestime sus pretensiones con arreglo al párrafo segundo del artículo 49 del Estatuto del Tribunal de Justicia, sería necesario un hecho nuevo que surtiera efectos jurídicos tales que privaran de efecto útil a la sentencia del Tribunal de Justicia.

20. No pienso que se pueda atribuir tal efecto a la sentencia Almelo. En efecto, por una parte, dicha sentencia sólo se refiere expresamente a las restricciones derivadas del acuerdo OVS, por tanto, relativas a un período bien determinado, y no a las restricciones contenidas actualmente en la ETW, que son objeto de un procedimiento por incumplimiento todavía pendiente.

Por otra parte, la referida sentencia fue dictada en el marco de una petición prejudicial de interpretación y, en consecuencia, su efecto se limita, desde el punto de vista formal, únicamente al litigio principal. Reconocer a tal sentencia el valor pretendido por la Comisión equivaldría a atribuirle asimismo una fuerza de cosa juzgada sobre la cuestión de fondo que no prevé el Tratado.

De ello se deduce que la sentencia Almelo, aunque haya aportado elementos complementarios para comprender mejor el litigio, no puede representar una alternativa equivalente a la Decisión, con arreglo al artículo 3 del Reglamento nº 17, solicitada por las recurrentes y que se inscribe en el marco de un procedimiento distinto y autónomo.

21. Por lo que se refiere al hecho de que las recurrentes no habrían sufrido daño alguno como consecuencia de las referidas restricciones, porque nunca se aplicaron en el sector de las importaciones, no me parece que en esta fase del procedimiento pueda privar a las recurrentes de la legitimación para recurrir la sentencia.

Se trata, en efecto, de una circunstancia que ya existía con anterioridad a los hechos del asunto, cuya pertinencia a efectos de la legitimación el Tribunal de Justicia debería haber tenido eventualmente en cuenta. Por tanto, el Tribunal de Justicia no puede considerarla como un hecho nuevo que pueda refutar la presunción de legitimación de que goza una parte procesal en relación con la sentencia que ha rechazado sus pretensiones.

Sobre el fondo

22. Las recurrentes aducen tres motivos de recurso basados en la violación por parte del Tribunal de Primera Instancia del Derecho comunitario, en particular del apartado 1 del artículo 85, del apartado 2 del artículo 90 y del artículo 190 del Tratado.

En primer lugar, las partes recurrentes impugnan la calificación jurídica que el Tribunal de Primera Instancia atribuyó a la Decisión en la parte que no contiene referencia alguna a las restricciones a la importación de electricidad vigentes en el período *anterior* a la entrada en vigor de la ETW en el sector del abastecimiento público. Por haber declarado la inadmisibilidad del recurso sobre este extremo debido a la inexistencia de un acto impugnable con arreglo al artículo 173 del Tratado, el Tribunal de Primera Instancia cometió un error de calificación de la Decisión.

En apoyo de esta tesis las recurrentes invocan la interpretación de la Decisión dada por la propia Comisión, que, como también ha señalado el Tribunal de Primera Instancia, pretendía, absteniéndose de pronunciarse, desestimar implícita y parcialmente la denuncia relativa a este punto.

23. En mi opinión, el motivo está fundado.

Con carácter preliminar, deseo señalar que, como sostiene la Comisión en el presente procedimiento (desdiciéndose, por tanto, de la interpretación de la Decisión que inicialmente propuso ante el Tribunal de Primera Instancia), la calificación jurídica atribuida a un acto por su autor no se sustrae al doble control jurisdiccional del Juez comunitario.

Por considerar que la Decisión, en la medida en que no se pronuncia sobre uno de los tres motivos de la denuncia formulada por las recurrentes con arreglo al Reglamento nº 17, no es una acto impugnable con arreglo al artículo 173 del Tratado y al declarar por este motivo la inadmisibilidad del recurso por lo que se refiere a este extremo, el Tribunal de Primera Instancia ha violado el principio de la protección de los derechos del denunciante, tal como lo han interpretado el Tribunal de Justicia y el propio Tribunal de Primera Instancia.

24. En la sentencia Automec II, [24] por ejemplo, el Tribunal de Primera Instancia, desarrollando los principios contenidos en la anterior jurisprudencia del Tribunal de Justicia, declaró que la Comisión, cuando se le ha sometido un asunto con arreglo al Reglamento nº 17, si bien no está obligada a adoptar una decisión que declare la existencia de una infracción a las normas sobre la competencia ni a proceder a la instrucción de la denuncia, está obligada, no obstante, a examinar atentamente los motivos de hecho y de Derecho aducidos por el autor de la denuncia, para verificar la existencia de un comportamiento contrario a la competencia. En caso de que la Comisión decida archivar el asunto, está obligada a motivar su decisión para permitir al Tribunal de Primera Instancia verificar si no ha cometido algún error de hecho o de Derecho o una desviación de poder.

Para garantizar una protección específica de los derechos del denunciante, el Tribunal de

24 — Sentencia de 18 de septiembre de 1992, Automec/Comisión (T-24/90, Rec. p. II-2223).

Primera Instancia se ha reservado, pues, el derecho a ejercer su control jurisdiccional sobre la motivación en la que se basa una decisión de archivo de la propia Comisión, para comprobar si reúne los requisitos del artículo 190 del Tratado. Esto es válido con mayor razón en caso de falta absoluta de motivación.

25. Es cierto que, cuando la Comisión se abstiene de pronunciarse sobre la denuncia en su conjunto, al denunciante le queda la posibilidad de interponer un recurso por omisión. Sin embargo, la finalidad de este recurso es obligar a la Comisión a adoptar una postura definitiva, poniéndose en un contexto totalmente ajeno al que ahora nos ocupa.

En nuestro caso existe efectivamente un acto cuyo contenido decisorio y cuyo carácter definitivo están fuera de discusión, como demuestra el hecho de que el Tribunal de Primera Instancia haya reconocido la admisibilidad del recurso de anulación interpuesto por las recurrentes en relación con los demás puntos del recurso. Por tanto, se trata sencillamente de un acto que no se pronuncia sobre uno de los tres puntos en los que las recurrentes habían basado su denuncia.

26. No considero, como ahora parece sostener la Comisión, que con su silencio esta Institución haya querido reservar su decisión sobre este extremo o posponerla a un procedimiento ulterior y diferente, tal como ha hecho en lo referente a las restricciones relativas al período *posterior* a la entrada en vigor de la ETW, restricciones que se han reservado examinar en el marco de un procedimiento por incumplimiento. Sin embargo, tal remisión no habría estado justificada.

Por consiguiente, a falta de cualquier otra indicación, la omisión de pronunciarse sobre un punto de la denuncia debe interpretarse como una desestimación *parcial* e *implícita* de ésta.

27. En tal caso, el denunciante tiene la posibilidad de impugnar el acto en el marco de un control de legalidad con arreglo al artículo 173.

En cambio, excluyo la solución de interponer un recurso por omisión en relación únicamente con el punto sobre el que la Comisión no se ha pronunciado. En efecto, por un lado, como se ha dicho, la finalidad del recurso por omisión es solicitar una decisión de la Comisión, mientras que esta última, en el caso que nos ocupa, ya ha tomado postura de forma definitiva sobre tal punto.

28. Por otra parte, en un caso como el de autos, la consecuencia de semejante solución

sería obligar a las recurrentes a interponer dos recursos distintos, uno de anulación y otro por omisión, que en definitiva tendrían el mismo objeto: la impugnación del hecho de que la Comisión no había acogido una denuncia formulada con arreglo al tenor del Reglamento n° 17. Esto no garantizaría suficientemente los derechos del denunciante y al mismo tiempo sería contrario a las exigencias de economía procesal.

Por tanto, me parece que, de aceptar la calificación jurídica que el Tribunal de Primera Instancia dio a la Decisión de la Comisión y de considerarla, en consecuencia, como un *no acto* en la medida en que no se pronuncia sobre un punto de la denuncia, se privaría, al menos parcialmente, a las recurrentes de los derechos derivados del Reglamento n° 17; o, por lo menos, el ejercicio de tales derechos resultaría sumamente difícil.

29. Además, este planteamiento se ve confirmado por la reciente jurisprudencia del propio Tribunal de Primera Instancia. Me refiero en particular a la sentencia BEMIM, [25] en la que el Tribunal de Primera Instancia, pronunciándose sobre un caso análogo al que ahora nos ocupa, ha llegado a la conclusión opuesta a la que llegó en la sentencia recurrida. En dicho asunto, la parte demandante había presentado una denuncia con arreglo al Reglamento n° 17, articulada en tres puntos sobre uno de los cuales la Comisión había omitido pronunciarse.

30. En el marco del recurso de anulación interpuesto por la demandante y basado, entre otras cosas, en la falta de motivación, el Tribunal de Primera Instancia, sin expresar duda alguna sobre la admisibilidad del motivo, examinó la Decisión y comprobó que efectivamente no cumplía las exigencias del artículo 190 del Tratado. En consecuencia, acogió el recurso y anuló parcialmente el acto.

Por tanto, sobre el extremo que aquí se trata, la propia jurisprudencia del Tribunal de Primera Instancia no es unívoca en absoluto.

31. Además, por lo que se refiere a la cuestión de fondo, no parecen del todo convincentes el principio sentado por el Tribunal de Primera Instancia en la sentencia BEMIM y, sobre todo, las consecuencias que podrían derivarse de su aplicación.

En mi opinión, existe el peligro de que una aplicación que no sea rigurosa de la sentencia BEMIM acabe por contradecir cuanto ha afirmado reiteradamente el Tribunal de Justicia y repetido el propio Tribunal de Primera Instancia, es decir, que la Comisión, pronun-

25 — Sentencia de 24 de enero de 1995 (T-114/92, Rec. p. II-147).

ciándose con arreglo al Reglamento n° 17, «en la motivación de las decisiones que tiene que adoptar para la aplicación de las normas de competencia, no está obligada a definir una postura sobre todas las alegaciones que los interesados aduzcan de aquélla. Le basta con exponer los hechos y las consideraciones jurídicas que revisten una importancia esencial en el sistema de la decisión.» [26]

32. Pero, además, existe el peligro de falsear el propio espíritu de la jurisprudencia Automec, que, aunque ha intentado enumerar sistemáticamente los derechos del denunciante con arreglo al Reglamento n° 17, no ha cuestionado el principio, sentado por el Tribunal de Justicia y ya consolidado, según el cual los derechos del denunciante tienen alcance más reducido que los de la empresa que es objeto del procedimiento. [27]

Considero al respecto que el Tribunal de Justicia puede definir con claridad las respectivas funciones que deben desempeñar la Comisión (con arreglo a los artículos 89 y 155 del Tratado) y los denunciantes (con arreglo a los Reglamentos n^{os} 17/62 y 99/63) en relación con las normas sobre la competencia: los denunciantes comunican los *hechos* y tienen libertad para proponer interpretaciones jurídicas de los mismos. Sin embargo, la calificación jurídica de tales hechos es competencia de la Comisión y, en caso de controversia, está sometida al control jurisdiccional del Juez comunitario.

33. En definitiva, volviendo al caso que nos ocupa, llego a la conclusión de que el hecho de que la Comisión no se haya pronunciado sobre uno de los tres puntos de la denuncia debe considerarse como un rechazo implícito y parcial contra el que las recurrentes podían legítimamente acudir al Tribunal de Primera Instancia. Por tanto, se debía haber acordado la admisión del recurso de anulación contra dicha desestimación; de esto resulta que el primer motivo de recurso es fundado.

34. Además, en mi opinión, se dan las condiciones para que el Tribunal de Justicia, después de anular la sentencia sobre este punto, se pronuncie sobre el fondo del asunto sin devolverlo al Tribunal de Primera Instancia.

El Tribunal de Justicia dispone efectivamente de todos los elementos para pronunciarse sobre el fondo del primer motivo que las recurrentes han alegado ante el Tribunal de Primera Instancia y para declararlo infundado.

26 — Sentencias del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 1972, Cassella/Comisión (55/69, Rec. p. 887), y Hoechst (56/69, Rec. p. 927); véanse, también, las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 24 de enero de 1992, La Cinq/Comisión (T-44/90, Rec. p. II-1), y de 29 de junio de 1993, Asia Motors France y otros/Comisión (T-7/92, Rec. p. II-669). La propia sentencia BEMIM recuerda este principio a modo de premisa.

27 — Sentencia de 17 de noviembre de 1987, British American Tobacco Company y R. J. Reynolds Industries/Comisión (asuntos acumulados 142/84 y 156/84, Rec. p. 4487).

35. El objeto de la reclamación eran comportamientos comprobados antes de la entrada en vigor de la ETW sobre los cuales la Comisión había omitido tomar postura. El supuesto carácter contrario a la competencia de los referidos comportamientos carecía, no obstante, de relevancia en la época en que se adoptó la Decisión, sobre todo en la medida en que, como se ha afirmado, las demandantes no habían sufrido daño alguno que debiera ser resarcido. [28]

Por otra parte, la Comisión es libre de determinar el grado de prioridad que debe atribuir a cada uno de los procedimientos, basándose, entre otras cosas, en el interés comunitario del propio procedimiento. [29] En el caso de autos, la Comisión decidió concentrar su investigación y su decisión sobre los efectos restrictivos que podía causar el acuerdo OVS en la época en que estaba en vigor la ETW, haciendo caso omiso de las objeciones de las recurrentes en la medida en que se referían a comportamientos anteriores que ya no son de actualidad. Por tanto, el motivo basado en la omisión de pronunciarse sobre tales comportamientos era infundado.

36. A modo de conclusión, propongo que el Tribunal de Justicia declare fundado el primer motivo del recurso y, en consecuencia, anule la sentencia del Tribunal de Primera Instancia en la medida en que había acordado la inadmisión del primer motivo de las recurrentes contra la Decisión; declare al mismo tiempo infundado el motivo alegado ante el Tribunal de Primera Instancia.

37. Examinemos ahora, brevemente, los otros dos motivos alegados por las recurrentes.

Mediante el segundo motivo, las recurrentes imputan al Tribunal de Primera Instancia no haberse atenido a la obligación de motivación establecida en el artículo 190 del Tratado. Al declarar, en efecto, que los autores de una denuncia con arreglo al Reglamento nº 17 tendrían derecho a obtener una decisión definitiva de la Comisión que declarara la existencia de una infracción cuando el objeto de la denuncia sea de la competencia exclusiva de la Comisión y al declarar, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la competencia exclusiva de la Comisión para la aplicación de la *primera frase* del apartado 2 del artículo 90 del Tratado, el Tribunal de Primera Instancia omitió tomar en consideración la existencia y el alcance de la *segunda frase* del apartado 2 del artículo 90.

Por tanto, parece que las recurrentes atribuyen a la Comisión una competencia exclusiva

28 — El único daño que las recurrentes alegan haber sufrido en el período anterior a la entrada en vigor de la ETW resulta del pago del recargo de perecuación, acerca del cual la Comisión consideró, no obstante, que carecía de efectos significativos sobre el comercio entre Estados.

29 — Véase, por ejemplo, la sentencia Automec II, antes citada.

para la aplicación de la segunda frase del apartado 2 del artículo 90, de la que derivaría el derecho de aquéllas a obtener una decisión, según las condiciones establecidas por el propio Tribunal de Primera Instancia. El hecho de que este último no haya abordado la cuestión se traduce, por tanto, en una falta de motivación.

38. En mi opinión, procede desestimar el motivo en la medida en que se basa en una interpretación errónea de la sentencia. Es verdad, en efecto, que ésta sólo se refiere expresamente a la primera frase del apartado 2 del artículo 90 del Tratado; sin embargo, también es verdad que no hay elementos para considerar que, al omitir referirse a la segunda frase del mismo artículo, el Tribunal de Primera Instancia haya pretendido apartarse de la interpretación dada comúnmente al apartado 2 del artículo 90 en su conjunto.

El Tribunal de Justicia se ha pronunciado reiteradamente en el sentido de que los Jueces nacionales son competentes para apreciar si los comportamientos contrarios a la competencia de una empresa a la que se ha confiado la gestión de un servicio de interés económico general pueden estar justificados por las competencias especiales confiadas a la misma empresa. [30] Al formular este principio, el Tribunal de Justicia nunca ha hecho distinciones entre la primera y la segunda frase del apartado 2 del artículo 90.

Opino, pues, que la referencia únicamente a la primera frase del apartado 2 del artículo 90 debe considerarse como un elemento de redacción más bien que como la omisión de examinar un punto que habría podido llevar al Tribunal de Primera Instancia a conclusiones diferentes.

39. Con el último motivo las recurrentes afirman que el Tribunal de Primera Instancia no había motivado suficientemente la sentencia en la medida en que compartió el parecer de la Comisión sobre el carácter prioritario atribuido al procedimiento con arreglo al artículo 169 del Tratado en relación con el procedimiento basado en el Reglamento nº 17, aunque reconoció que, en este caso, el ejercicio de los derechos del denunciante sufriría retrasos.

Este último motivo también es infundado. En efecto, el Tribunal de Primera Instancia, lejos de haber sentado un principio general de jerarquía entre procedimientos, sólo ha considerado que, en el caso de autos, la situación contraria a la competencia, denunciada por las recurrentes, puede apreciarse mejor en el marco de un procedimiento por incumplimiento con arreglo al artículo 169; y ello en la medida en que las supuestas restricciones habían adquirido una base legal.

30 — Véase, por ejemplo, además de las sentencias citadas por el Tribunal de Primera Instancia (ERT y Ahmed Saeed Flugreisen y Silver Line Reisebüro, antes citadas), la propia sentencia Almelo.

40. Además, como se ha dicho, el Tribunal de Primera Instancia ha indicado de forma explícita y detallada los motivos de su elección y en particular: a) la imposibilidad de ordenar a las empresas que son objeto del procedimiento que pongan fin a la infracción eventualmente comprobada, cuando tal infracción resulte de una obligación impuesta por una ley nacional cuya compatibilidad con el Derecho comunitario no ha sido apreciada todavía; b) la necesidad de dar al Estado interesado la oportunidad de presentar sus observaciones, cuando se cuestione la legitimidad de dicha ley; c) la competencia primaria y exclusiva del Tribunal de Justicia en los procedimientos por incumplimiento promovidos contra un Estado miembro. De ello se deduce, con toda evidencia, que el Tribunal de Primera Instancia ha motivado suficientemente la sentencia sobre este punto, de conformidad con las exigencias del artículo 190 del Tratado.

41. Por último, en lo que se refiere a las costas del procedimiento hay que señalar que la admisión del primer motivo de recurso en el presente procedimiento no modifica en sustancia la posición de las recurrentes que, en definitiva, han perdido el proceso ante el Tribunal de Primera Instancia y, en mi opinión, probablemente también lo pierdan ante el Tribunal de Justicia. En consecuencia, considero que deben ser condenadas a pagar la totalidad de las costas del procedimiento, incluidas las relativas al recurso de casación.

Conclusión

42. A la vista de las observaciones que preceden, propongo, pues, al Tribunal de Justicia que decida como sigue acerca del recurso de casación interpuesto por las recurrentes:

«1) Acoger el primer motivo del recurso de casación y, en consecuencia: a) anular la sentencia del Tribunal de Primera Instancia en la medida en que declaró la inadmisibilidad del primer motivo aducido por las recurrentes contra la Decisión 91/50/CEE de la Comisión, de 16 de enero de 1991, y b) declarar infundado el primer motivo alegado en primera instancia.

2) Desestimar el recurso de casación en todo lo demás.

3) Condenar a las recurrentes a pagar las costas del proceso, incluidas las relativas al procedimiento ante el Tribunal de Justicia.»