

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SIR GORDON SLYNN
presentadas el 30 de septiembre de 1981 *

*Señor Presidente,
Señores Jueces,*

Mediante escrito de fecha 19 de diciembre de 1980, el Director General de la Competencia de la Comisión comunicó a International Business Machines Corporation de Armonk, Nueva York (en lo sucesivo, «IBM»), que la Comisión había iniciado, el 10 de diciembre de 1980, un procedimiento contra IBM, de conformidad con el artículo 3 del Reglamento nº 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962 (DO 13, p. 204; EE 08/01, p. 22). En dicho escrito se afirmaba que, tras considerar la información obtenida como consecuencia de sus propias investigaciones y las denuncias de cinco empresas, entre ellas Memorex SA (en lo sucesivo, «Memorex»), y sobre la base de datos de que disponía, la Comisión había llegado a la conclusión de que IBM ocupaba una posición dominante en relación con determinados productos comercializados en el mercado común o en una parte sustancial dicho mercado y algunas de sus prácticas constituían abusos de dicha posición dominante a efectos del artículo 86 del Tratado CEE. En consecuencia, decía el escrito, la Comisión estaba estudiando adoptar una Decisión por la que se declara que se había incumplido el

artículo 86 y ordenando que se pusiera fin a las infracciones. La Comisión estaba estudiando también imponer a IBM una multa por las infracciones declaradas, así como multas coercitivas. El escrito continuaba en los siguientes términos:

«Antes de adoptar una Decisión, la Comisión desea tener en cuenta cualquier observación que quieran ustedes presentar. En consecuencia, y de conformidad con el apartado 1 del artículo 19 del Reglamento nº 17 del Consejo y con lo dispuesto en el Reglamento nº 99/63 del Consejo (DO 127, p. 2268; EE 08/01, p. 62), la Comisión les insta ahora a darle a conocer, por escrito y oralmente, su punto de vista sobre los cargos presentados.»

La Comisión señaló a IBM un plazo que finalizaba el 30 de abril de 1981 para que presentara sus observaciones. Al escrito se adjuntaba como anexo un pliego de cargos del tipo descrito en el artículo 2 del Reglamento nº 99/63. Este alcanzaba, junto con sus anexos, las 1.150 páginas.

En esta fase del procedimiento, no es necesario exponer con detalle el contenido de

* Lengua original: inglés.

los cargos formulados por la Comisión. Basta con señalar, de forma resumida, que IBM es un importante fabricante de equipos electrónicos de proceso de datos, incluyendo unidades centrales de proceso para ordenadores y los programas de ordenador asociados, y que la Comisión imputa a IBM una conducta que, en su opinión, constituye un abuso de posición dominante desde cuatro puntos de vista. Según la Comisión, los dos primeros abusos consisten en la política supuestamente practicada por IBM de suministrar, junto con sistemas de ordenador de determinadas gamas, programas de ordenador denominados «Systems Control Programming» o una cantidad fija de memoria principal, que produce (en opinión de la Comisión) el efecto de excluir a sus competidores de una parte considerable del mercado de los programas de ordenador o de la memoria principal compatible con las máquinas de IBM. Se ha alegado que el tercer abuso consiste en la política practicada por IBM de no revelar a sus competidores los cambios introducidos en los interfaces que forman parte de la actual arquitectura de la línea IBM de sistemas de ordenador antes de su entrega, creando así una desventaja para los fabricantes de equipos compatibles con las máquinas de IBM. Según la Comisión, el cuarto abuso consiste en la política supuestamente practicada por IBM de negarse a prestar un servicio denominado «Installation Productivity Option» a los usuarios de unidades centrales de proceso compatibles con los sistemas IBM pero producidas por otros fabricantes.

Tras recibir este escrito y el pliego de cargos, IBM pidió detalles sobre los actos que justificaban la iniciación del procedimiento

y la notificación del pliego de cargos. Posteriormente, los representantes de IBM explicaron que una de las razones por las que se había solicitado esta información era averiguar en qué medida habían tenido en cuenta quienes adoptaron tales actos, si es que lo habían tenido, el deber de la Comisión de actuar de conformidad con el Derecho internacional. En su respuesta, la Comisión afirmó que tanto la iniciación del procedimiento como la autorización para enviar un pliego de cargos en los casos de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE son decisiones internas de la Comisión, adoptadas de forma colegiada, o del Comisario responsable de la política de competencia, por delegación de la Comisión. «Aunque la iniciación del procedimiento y la aprobación del pliego de cargos pueden ser objeto de dos decisiones internas adoptadas en fechas diferentes, se unen, cuando es posible, por razones de simplificación. Las decisiones internas de la Comisión no son «Decisiones» a efectos del artículo 189 del Tratado CEE y no se dan a conocer fuera de la Comisión».

El 20 de febrero de 1981, los representantes de IBM escribieron a la Comisión destacando lo que llamaban «defectos» del pliego de cargos —«tan graves que afectan a la validez legal del pliego de cargos y de la iniciación del procedimiento»—. En particular, criticaban un párrafo del pliego de cargos en el que la Comisión se reservaba el derecho de formular nuevos cargos respecto a cuestiones derivadas de los hechos revelados en dicho documento y afirmaban que el pliego de cargos estaba redactado de forma tan oscura y contradictoria que requería una aclaración más detallada antes de que se

pidiera a IBM que presentara su defensa. Solicitaban a la Comisión que retirara el pliego de cargos y finalizara lo que denominaban «el presente procedimiento»; con carácter subsidiario, que facilitara explicaciones más detalladas sobre el pliego de cargos, respondiendo a una serie de cuestiones generales y específicas que ocupaban 100 páginas.

No se envió respuesta alguna a esta carta antes de la fecha en la que IBM interpuso el presente recurso ante el Tribunal de Justicia. No obstante, el 13 de abril de 1981, la Comisión respondió a la carta de fecha 20 de febrero de 1981, negándose a retirar el pliego de cargos o la decisión de iniciar un procedimiento contra IBM y dando respuesta a las peticiones de explicaciones más detalladas, que la Comisión consideraba necesarias para que IBM pudiera responder al pliego de cargos. Añadía: «en caso de que no se haya dado respuesta a alguna de sus peticiones de información o de aclaración, pero después de una detenida reflexión consideran que ello es absolutamente necesario para su cliente, les rogamos especifiquen por escrito la petición que desean sea respondida y las razones por las que lo consideran necesario».

Los representantes de IBM aceptaron esta sugerencia. También solicitaron una ampliación sustancial del plazo señalado para presentar sus observaciones al pliego de cargos. La Comisión concedió tal ampliación, aunque por un período más corto que el que se había solicitado.

IBM interpuso el presente recurso ante el Tribunal de Justicia el 18 de marzo de 1981, de conformidad con el artículo 173 del Tratado CEE. En él, IBM solicita la anulación del acto o actos de la Comisión por los que se inició contra IBM un procedimiento de acuerdo con el artículo 3 del Reglamento nº 17 y por los que se le dirigió y notificó un pliego de cargos, así como la anulación del propio pliego de cargos en la medida en que constituye un acto de la Comisión.

Este recurso se basa en tres motivos. El primero es el supuesto incumplimiento por parte de la Comisión de los criterios legales mínimos en relación con el pliego de cargos, en particular por no haber expuesto la totalidad de los cargos que se propone examinar en su Decisión, por no haber indicado con suficiente claridad los hechos esenciales y las consideraciones jurídicas relevantes a efectos de la Decisión que pretende adoptar y por no haber señalado a IBM un plazo adecuado para presentar sus observaciones en respuesta al pliego de cargos. El segundo motivo es el supuesto ejercicio ilegal de poder por parte de la Comisión, en la medida en que los actos de que se trata fueron autorizados o decididos por una persona distinta de la Comisión actuando colegialmente. El tercer motivo consiste en que, supuestamente, la Comisión no tuvo en cuenta en debida forma los principios de cortesía internacional aplicables en la materia, teniendo en cuenta, fundamentalmente, que los cargos formulados por la Comisión contra IBM se refieren, principalmente, a actos u omisiones de los que se dice que tuvieron lugar fuera de la Comunidad, en especial en los Estados Unidos de

América, donde las actividades de IBM han sido examinadas por numerosos órganos jurisdiccionales y, en los casos en los que ha recaído una decisión, ésta ha sido esencialmente en favor de IBM.

La respuesta de la Comisión a este recurso tomó la forma de una excepción de inadmisibilidad, debido a que las medidas impugnadas no eran «Decisiones» del tipo mencionado en el párrafo segundo del artículo 173 del Tratado CEE.

En su estado actual, el procedimiento se refiere, exclusivamente, a la cuestión de si dicha excepción tiene fundamento. No hace referencia al fondo de las alegaciones de IBM contra los actos impugnados ni a la petición presentada por IBM junto con el recurso principal al objeto de que se dictara una resolución para obligar a la Comisión a facilitar detalles sobre los actos impugnados, ni a la petición paralela, basada en los artículos 173, 175, 178 y 215 del Tratado CEE, presentada el 20 de junio de 1981 y registrada bajo el nº 190/81.

Con autorización del Tribunal de Justicia, concedida de conformidad con el apartado 3 del artículo 93 del Reglamento de Procedimiento, Memorex intervino en apoyo de las pretensiones de la Comisión. El 7 de julio de 1981, el Presidente del Tribunal de Justicia desestimó una demanda de medidas provisionales presentada el 28 de mayo de 1981.

Las alegaciones que han formulado ambas partes, por escrito y oralmente, se refieren tanto a principios generales como al tenor literal del Tratado y de los Reglamentos. IBM ha afirmado que realmente no puede ser correcto que el Tribunal de Justicia no tenga competencias para pronunciarse directamente sobre actos de la Comisión o de sus servicios cuya ilegalidad puede probarse claramente. No debería permitirse que un acto o un procedimiento viciado («un animal herido») renqueara hasta llegar a un conclusión fútil. La Comisión responde que sería igualmente intolerable que sus procedimientos administrativos quedaran sujetos a control en el momento de su ejecución.

En términos generales, debe reconocerse, en mi opinión, cierta pertinencia a la alegación formulada por IBM de que el Tribunal de Justicia debe tener facultades para ejercer un control jurisdiccional sobre las Instituciones y los funcionarios de la Comunidad, en cualquier fase, cuando queda claramente demostrado que sus actos son ilegales. No tiene interés que los procedimientos ilegales continúen, con un alto coste tanto para la Comunidad como para los afectados por ellos. En contra de la opinión de la Comisión, esta facultad de control no interfiere con una administración adecuada, sino que la apoya y constituye una salvaguardia para ella.

No obstante, el presente recurso no se refiere a dicha cuestión. El Tribunal de Justicia debe pronunciarse, únicamente, sobre si los «actos» de la Comisión por los que se inició el procedimiento contra la demandante y se le dirigió un pliego de cargos, o el propio

pliego de cargos, constituyen una «Decisión» dirigida a IBM a efectos del artículo 173 del Tratado. El Tribunal de Justicia no debe ocuparse de otros artículos del Tratado ni de otras competencias que el corresponden.

No acepto las alegaciones generales de la Comisión basadas en la novedad de los cargos formulados en el caso de autos o en el argumento *in terrorem* de que si IBM llega a demostrar que los actos impugnados son «Decisiones», se abrirán las compuertas y cualquier acto administrativo de la Comisión podrá ser impugnado ante el Tribunal de Justicia. Cualquiera que sea el significado de una «Decisión» a efectos del artículo 173, parece fuera de toda discusión que son numerosos los pasos o los actos realizados durante los procedimientos iniciados con arreglo a los Reglamentos n^{os} 17 y 99/63 que no pueden constituir Decisiones. También rechazo las alegaciones de Memorex de que este recurso supone, en cierta forma, un abuso de procedimiento ante el Tribunal de Justicia. A la luz de las disposiciones de los Reglamentos y de la jurisprudencia, la cuestión que se plantea, sea cual sea el resultado, es una cuestión que los demandantes podían formular.

El artículo 173 del Tratado CEE comienza en los siguientes términos:

«El Tribunal de Justicia controlará la legalidad de los actos del Consejo y de la Comisión que no sean recomendaciones o dictámenes. A tal fin, será competente para pronunciarse sobre los recursos por incom-

petencia, vicios sustanciales de forma, violación del presente Tratado o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder, interpuestos por un Estado miembro, el Consejo o la Comisión.

Toda persona física o jurídica podrá interponer, en las mismas condiciones, recurso contra las decisiones de las que sea destinataria y contra las decisiones que, aunque revistan la forma de un Reglamento o de una Decisión dirigida a otra persona, le afecten directa e individualmente.»

El Tribunal de Justicia ha tenido que pronunciarse en varias ocasiones sobre el alcance del término «Decisión» en otros contextos. Siempre ha evitado darle su sentido extensivo habitual. Al mismo tiempo que admite, lógicamente, que debe ser tomada en consideración la esencia de lo que se ha hecho, más que el nombre que sirve para describir el proceso, ha indicado los factores que pueden ser necesarios o suficientes para que el proceso adquiera la condición de una «Decisión» a efectos del Tratado. Así, por ejemplo, en los asuntos Usines à Tubes de la Sarre/Alta Autoridad (asuntos acumulados 1/57 y 14/57, Rec. 1957, p. 201) declaró:

«Un acto de la Alta Autoridad constituye una Decisión cuando establece una norma que puede ser aplicada, en otras palabras, cuando en dicho acto la Alta Autoridad determina, de forma inequívoca, la postura que decide adoptar, a partir de ese momento, si se cumplen ciertos requisitos.»

En los asuntos Usines Henricot/Alta Autoridad (asuntos acumulados 23/63, 24/63 y 52/63, Rec. 1963, p. 415), declaró:

«La Decisión debe aparecer como una medida adoptada por la Alta Autoridad actuando como corporación, destinado a producir efectos jurídicos, que constituye la culminación de un procedimiento en el seno de la Alta Autoridad, por el cual ésta se pronuncia definitivamente de forma que permite identificar la naturaleza del pronunciamiento.»

En el asunto Forges de Châtillon (54/65, Rec. 1966, p. 265):

«En efecto, la Decisión debe aparecer como una medida que emana de la autoridad competente, destinada a producir efectos jurídicos, que constituye la culminación de un procedimiento en el seno de dicha autoridad, por la cual esta última se pronuncia definitivamente de forma tal que permite identificar la naturaleza del pronunciamiento.»

En el asunto Comisión/Consejo (22/70, Rec. 1971, p. 263) se declaró que, para constituir una Decisión, un acto debe producir efectos jurídicos.

En estos asuntos y en muchos otros, cuando se planteaba la cuestión, los términos utilizados debían interpretarse en el contexto de la medida que se examinaba. Los términos concretos empleados en un contexto no

tienen por qué ser necesariamente aplicados, de forma rígida, en otro. Como destacó el Abogado General Sr. Roemer en los asuntos Cimenteries/Comisión (asuntos acumulados 8/66 a 11/66, Rec. 1967, pp. 93 y ss., especialmente p. 131) no es correcto preguntarse simplemente si se producen efectos jurídicos;

«no podemos contentarnos con cualquier categoría de efectos jurídicos [...] sino que, de un modo más restrictivo, se exige que los efectos jurídicos puedan menoscabar los intereses individuales».

Además no debe analizarse de forma demasiado minuciosa si un determinado paso constituye la culminación de un procedimiento administrativo.

«Lo que en todos estos casos importa no es el carácter provisional o definitivo del examen que se haga, sino determinar si son provisionales los efectos jurídicos concretos producidos en virtud del acto de que se trate» (*Ibidem*, p. 133).

En consecuencia, considerando que los factores indicados son orientaciones, más que normas jurídicas rígidas, debe tenerse en cuenta la sustancia de lo que se ha hecho.

El primer acto que se impugna en el presente asunto es aquel por el que se inició un procedimiento conforme al artículo 3 del Reglamento nº 17. El «pliego de cargos» impugnado constituye una comunicación a

efectos del artículo 2 del Reglamento nº 99/63.

La exposición de motivos del Reglamento nº 17 reconoce que las empresas pueden tener interés en saber si determinados acuerdos pueden dar lugar a la intervención de la Comisión conforme al apartado 1 del artículo 85 o del artículo 86 del Tratado, que la Comisión debe tener facultades, en el ámbito del mercado común, para exigir las informaciones que deban facilitarse y para proceder a las verificaciones que sean necesarias para descubrir los acuerdos o prácticas prohibidos o la explotación abusiva de una posición dominante y, al mismo tiempo, que es conveniente consagrar el derecho de las empresas interesadas a ser oídas por la Comisión.

No se ha definido ningún acto concreto que constituya «la iniciación de un procedimiento». El artículo 9 dice simplemente:

«Mientras la Comisión no inicie procedimiento alguno de conformidad con los artículos 2, 3 o 6, las autoridades de los Estados miembros seguirán siendo competentes para aplicar las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 y del artículo 86 [...]»

En el presente asunto, el escrito de la Comisión de 19 de diciembre de 1980 se refiere al hecho de que, el 10 de diciembre de 1980, la Comisión «inició un procedimiento de conformidad con el artículo 3». El artículo 3 establece:

«Si la Comisión comprobare, de oficio o a instancia de parte, una infracción [...] podrá obligar, mediante decisión, a las empresas [...] interesadas a poner fin a la infracción comprobada.»

No obstante, con arreglo al artículo 19:

«Antes de tomar las decisiones previstas en los artículos [...] 3 [...] la Comisión dará a las empresas [...] interesadas la oportunidad de dar a conocer sus puntos de vista en relación con las reclamaciones estimadas por la Comisión.»

El artículo 2 del Reglamento nº 99/63 obliga a la Comisión a comunicar por escrito a las empresas las quejas presentadas contra ellas. La comunicación debe fijar un plazo dentro del cual el destinatario expresará sus puntos de vista y sólo se podrán imponer multas si se ha notificado el pliego de cargos conforme al apartado 1 del artículo 2.

Con arreglo al artículo 4:

«En sus decisiones, la Comisión solamente mantendrá contra las empresas [...] destinatarias las quejas respecto de las cuales aquéllas hayan podido manifestar sus puntos de vista.»

A pesar de que no admite que el Tribunal de Justicia esté limitado por los criterios alegados por la Comisión (a saber, en primer lugar, que un acto debe ser definitivo y

final; en segundo lugar, que debe constituir el final de un procedimiento o una fase separada y claramente definida de dicho procedimiento y, en tercer lugar, que el acto debe producir efectos jurídicos frente a la empresa), IBM afirma que éstos se cumplen en el caso de autos.

Se dice que el inicio de un procedimiento y/o la notificación de una comunicación constituyen la culminación de una fase de investigación: representan la postura final definitiva de la Comisión, la cual expone en su escrito « conclusiones » e intenciones basadas en la investigación. El pliego de cargos solamente puede ser notificado una vez concluida la investigación y es « el acto que determina la postura de la Comisión » o « l'acte fixant la position de la Commission » (asunto ICI/Comisión, 48/69, Rec. 1972, pp. 619 y ss., especialmente p. 652, y Francolor/Comisión, 54/69, Rec. 1972, pp. 851 y ss., especialmente p. 872). Además, constituye la línea divisoria entre el procedimiento « interno » y el procedimiento « externo ».

En cierta forma, me parece artificial distinguir la fase de « investigación » del procedimiento de la fase denominada « formal ». El conjunto constituye un proceso que comienza con una investigación, momento en el que se forman puntos de vista provisionales de acuerdo con la información facilitada, que cristalizan en el pliego de cargos, el cual, por su parte, conduce a la decisión final sobre si se ha producido o no una infracción. Si esto es así, el procedimiento se inicia en realidad mucho antes de que se adopte la decisión de notificar un pliego de

cargos y sigue, paso a paso, hasta la decisión final. En ese caso, no se produce una culminación real cuando se notifican la comunicación o el pliego formales.

No obstante, en el asunto Brasserie de Haecht (48/72, Rec. 1973, pp. 77 y ss., especialmente p. 88), la referencia que hace el artículo 9 al inicio de un procedimiento se describió como relativa, obviamente, a « un acto de autoridad de la Comisión que manifiesta su voluntad de adoptar una decisión en virtud », entre otros, del artículo 13 del Reglamento nº 17. Si esto es así, considero que la « conclusión » de que debe iniciarse el procedimiento previsto por el Reglamento y debe notificarse un pliego de cargos queda calificada de forma más oportuna como el inicio de una fase del procedimiento que como la culminación de una fase del procedimiento.

Además, aunque admito que, a través de lo que se dice en el pliego de cargos, se imponen a la Comisión ciertos límites, no considero que dicho pliego deba ser considerado « final » o definitivo en el sentido contemplado en los asuntos a que he hecho referencia.

Es cierto que tanto en el escrito de 19 de diciembre de 1980 como en el pliego de cargos se exponen conclusiones respecto a la infracción, pero el objeto de las mismas es hacer que « con carácter previo, se dé a los interesados la posibilidad de presentar sus observaciones acerca de los cargos que la Comisión considera que debe formular contra los mismos » (Consten y Grundig/Comisión, asuntos acumulados

56/64 y 58/64, Rec.↔ 1966, pp. 429 y ss., especialmente p. 491).

Pienso que el escrito refleja la situación real.

«La Comisión *tiene intención de adoptar* una Decisión declarando que se ha incumplido el artículo 86 y ordenando que se ponga fin a las infracciones.

La Comisión *estudiará* la posibilidad de imponer una multa a su empresa.»

«*Antes de adoptar una Decisión*, la Comisión desea tener en cuenta cualquier observación que quieran ustedes presentar.»

Es perfectamente cierto que toda Decisión debe tener en cuenta cualquier observación de este tipo, de forma que las «conclusiones» expuestas son, como mucho, provisionales.

Queda pendiente la cuestión de si existen «efectos jurídicos que pueden perjudicar a los intereses individuales». Evidentemente, existen muchos efectos de hecho y en cierto sentido, jurídicos, que se producen como consecuencia de la iniciación del procedimiento y de la notificación del pliego de cargos. IBM ha alegado trece en su respuesta a la excepción de inadmisibilidad. En la medida en que dichos efectos se refieren a pasos que IBM debe o puede decidir llevar

a cabo en el curso del procedimiento, tal como la necesidad de responder a los cargos si no quiere encontrarse con una Decisión adversa, a pesar del elevado coste que puede suponer la preparación de una respuesta, estimo que no deben ser considerados como efectos jurídicos que afectan negativamente a los intereses individuales, en el sentido de los asuntos antes mencionados. El hecho de que el pliego de cargos imponga un límite a la futura Decisión de la Comisión tampoco constituye un efecto de este tipo. Es cierto que el pliego de cargos constituye un paso previo esencial para la imposición de una multa. Por sí mismo, no impone la multa. El único efecto mencionado en el propio Reglamento nº 17 es la suspensión de la competencia de los Estados miembros para aplicar el apartado 1 del artículo 85 y el artículo 86 del Tratado. No puede considerarse que esta consecuencia que, en mi opinión, se establece al objeto de evitar una duplicación de procedimientos ante la Comisión y las autoridades nacionales, afecte negativamente a una empresa, por lo menos en circunstancias normales, dado que libera a esta última, si bien temporalmente, del riesgo de una forma de proceso legal. En el caso de autos, no se invocan circunstancias especiales que pongan de relieve efectos negativos particulares derivados de la suspensión de la facultad de actuar de un Estado miembro, como la que ha mencionado IBM como posibilidad teórica. No subestimo las consecuencias prácticas que pueden derivarse para la actividad de una empresa de la notificación de un pliego de cargos a las que se ha referido IBM, particularmente cuando existen procedimientos en curso en otros países, pero, en mi opinión, tales consecuencias no constituyen consecuencias jurídicas del tipo de aquellas a las

que considero que el Tribunal de Justicia ha hecho referencia en asuntos anteriores.

La interrupción de la prescripción que deriva de la iniciación de un procedimiento, conforme a la letra c) del apartado 1 del artículo 2 del Reglamento n° 2988/74 del Consejo, de 26 de noviembre de 1974 (DO L 319, p. 1; EE 08/02, p. 41), es una consecuencia jurídica y, obviamente, una consecuencia importante. A pesar de algunas dudas iniciales, no obstante, opino que esta disposición, obviamente introducida para evitar que una investigación se vea frustrada por el paso del tiempo, debe ser considerada como un elemento que forma parte del procedimiento que no debe ser tratado como si estuviera incluido en la categoría de los efectos que el Tribunal de Justicia ha definido hasta el momento.

IBM se basa en gran parte en lo que considera una similitud entre el artículo 6 del Reglamento n° 99/63 y el artículo 2 de este Reglamento y, en particular, en lo que dijo el Abogado General Sr. Capotorti en el asunto GEMA/Comisión (125/78, « Rec. 1979, pp. 3173 y ss., especialmente p. 3200). El artículo 6 dispone que cuando la Comisión considere que no hay elementos suficientes para dar curso favorable a una solicitud presentada de conformidad con el apartado 2 del artículo 3 del Reglamento n° 17,

«Indicará las razones a los solicitantes y les concederá un plazo para presentar por escrito sus eventuales observaciones.»

Se ha alegado que el Abogado General Sr. Capotorti afirmó que una comunicación con arreglo al artículo 6 puede ser impugnada en tiempo hábil mediante un recurso interpuesto ante el Tribunal de Justicia de conformidad con el artículo 173 del Tratado.

Me parece importante tener presente que este asunto se interpuso de conformidad con el artículo 175 del Tratado y que la cuestión que debía resolverse era la de si se había omitido adoptar un acto distinto de una recomendación o un dictamen.

Es cierto que, analizando desde un punto de vista general la relación entre el artículo 173 y el artículo 175, el Abogado General Sr. Capotorti admitió que, cuando la Comisión adopta una Decisión, cualquier persona directamente afectada por la misma puede impugnarla a través de un recurso interpuesto de conformidad con el artículo 173, aun cuando no sea destinataria de la Decisión. Considerando el escrito de la Comisión, que indica las razones y efectos del artículo 6, como «una Decisión implícita de poner fin al procedimiento iniciado», estimó que la demandante habría podido solicitar la anulación de la Decisión sobre la base de los principios definidos en el asunto Metro/Comisión (22/76, « Rec. 1977, p. 1875). Por otra parte, también está claro que no consideró que la comunicación de información exigida por el artículo 6 del Reglamento n° 99/63 fuera una «Decisión», aun cuando implicara que la Comisión había finalizado su análisis de la información facilitada por la demandante y de la que había obtenido en su investigación y aun cuando la notificación de una comunicación pudiera

ser una de esas medidas adoptadas por la Comisión que «no obstante, afectan a la situación jurídica de las personas a las que van dirigidas» (véase p. 3196). Esta opinión parece apoyada por las conclusiones del Abogado General Sr. Roemer en el asunto *Cimenteries/Comisión*, citado anteriormente

Por lo tanto, la opinión del Abogado General Sr. Capotorti respecto a lo que puede impugnarse de conformidad con el artículo 173 debe ser interpretada en el contexto de la sentencia *Metro*. En dicho asunto, parece haberse admitido que existía una «decisión» de no actuar. La cuestión que trataba de resolverse era si los demandantes, cuya solicitud de que se declarara, con arreglo al apartado 2 del artículo 3 del Reglamento nº 17, que el sistema de distribución de Saba infringía los artículos 85 y 86 del Tratado no había sido admitida, podían decir que la decisión de no actuar afectaba a *Metro* directa e individualmente.

El Tribunal de Justicia consideró que «interesa al mismo tiempo a la justicia debida y a la exacta aplicación de los artículos 85 y 86 que las personas físicas o jurídicas que, en virtud de la letra b) del apartado 2 del artículo 3 del Reglamento nº 17, están autorizadas a solicitar a la Comisión que declare la existencia de una infracción a dichos artículos 85 y 86, puedan, si no se les da satisfacción, en todo o en parte, a petición propia, disponer de un medio de impugnación destinado a proteger sus intereses legítimos». El demandante «debe considerarse directa e individualmente afectado» por la Decisión impugnada.

En el apartado 17 de su sentencia en el asunto *GEMA*, el Tribunal de Justicia parece dar a la notificación con arreglo al artículo 6 el tratamiento de una «comunicación» más que el de una Decisión. El Tribunal de Justicia analizó el asunto suponiendo, aunque sin declararlo, que la comunicación constituía por naturaleza una Decisión y consideró que no se disponía de ningún derecho para obligar a la Comisión a llegar a «una Decisión final» sobre si se había producido o no una infracción de los artículos 85 y 86.

Considero que, en la medida en que hace referencia a la comunicación de información con arreglo al artículo 6 y con arreglo al artículo 2, la opinión del Abogado General Sr. Capotorti es contraria a la tesis de IBM, dado que, claramente, estimó que la comunicación de información no constituye una Decisión. En la medida en que la comunicación de información con arreglo al artículo 6 es consecuencia, «implica» o es la prueba de una «Decisión», no considero que ambas situaciones sean *in pari materia*. A menos que se hagan otros comentarios conforme al artículo 6 o que la Comisión decida reabrir la investigación, bien debido a tales comentarios o por otras razones, la demanda se extingue. No habrá etapas posteriores ni se adoptará ninguna Decisión que los demandantes puedan impugnar. En este sentido, la Decisión es final. Conforme al artículo 2, debe haber etapas posteriores: de cualquier forma, debe adoptarse una Decisión posterior. En consecuencia, considero que ni las conclusiones del Abogado General Sr. Capotorti ni la sentencia dictada en el asunto *Metro* responden a la cuestión que se plantea en el caso de autos. Lo mis-

mo ocurre con las conclusiones del Abogado General Sr. Mayras en los asuntos NCC/Comisión (asuntos acumulados 109/75 y 114/75, Rec. 1977, p. 381), a las cuales se remite IBM con el mismo objetivo.

Lo mismo puede decirse, *mutatis mutandis*, respecto a lo dispuesto en el artículo 11 del Reglamento nº 17. Aunque, a primera vista, pueda parecer extraño que una solicitud formal de información equivalga a una Decisión que puede ser impugnada, mientras que una Decisión de iniciar el procedimiento y de notificar un pliego de cargos no lo pueden ser, la diferencia parece residir en el hecho de que, si no se facilita la información, ello puede dar lugar de forma inmediata a una multa con arreglo a la letra b) del apartado 1 del artículo 15 o del artículo 16.

IBM alega también lo que se considera una sorprendente similitud entre un pliego de cargos conforme al artículo 2 y una comunicación conforme al apartado 6 del artículo 15 del Reglamento nº 17, la cual, tal como se declaró en el asunto Cimenteries/Comisión (véase *supra*), revela «una Decisión» a efectos del artículo 189 y puede ser impugnada con arreglo al artículo 173. El apartado 6 del artículo 15 anula la exención de una multa impuesta con arreglo a dicho artículo, cuando se hayan notificado los acuerdos, «a partir del momento en que la Comisión haya hecho saber a las empresas interesadas que, tras un examen provisional, estima que se reúnen las condiciones de aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado, y que no ha lugar a la aplicación del apartado 3 del artículo 85». Se ha afirmado que tanto una comunicación con

arreglo al apartado 6 del artículo 15 como una comunicación con arreglo al artículo 2 exponen al destinatario al riesgo de una multa, pero nada más, y que cada una de ellas perjudica los intereses individuales del destinatario y, en la misma medida, le obliga. Cada comunicación sigue a una valoración efectuada por la Comisión y debe enunciar las razones que justifican la conclusión a que se ha llegado. Cada una de ellas es una vertiente distinta del procedimiento, que deja al destinatario la elección de si modifica su conducta o corre el riesgo de que se le imponga una multa.

La base de la resolución del Tribunal de Justicia era que, al «exponer a las empresas al pago de multas», la medida adoptada les privaba de los beneficios de una situación jurídica que el apartado 5 del artículo 15 vinculaba a la notificación del acuerdo y las exponía a un grave riesgo pecuniario. «Por tanto, la citada medida ha afectado a los intereses de las empresas al modificar manifiestamente su situación jurídica». Se trata, «de modo inequívoco», de una medida que produce «efectos jurídicos». «A pesar de su carácter provisional, el acto por el cual la Comisión decide en este caso, constituye el término último de un procedimiento especial, distinto del que, conforme al artículo 19, debe permitir a continuación pronunciarse sobre el fondo» (pp. 91 y 92).

En la página 104, el Abogado General Sr. Roemer llegó a la misma conclusión. Consideraba que una comunicación con arreglo al apartado 6 del artículo 15 hace «que nazca la posibilidad, que no existía antes, de imponer multas por los acuerdos, decisiones

o prácticas declaradas, introduciendo de este modo un «elemento nuevo en las relaciones jurídicas» existentes entre la Comisión y las empresas. Estimaba que esto no podía compararse con otros actos de trámite del procedimiento en materia de prácticas colusorias «habida cuenta de que tales actos (como la iniciación del procedimiento previsto en el artículo 9 o la comunicación de los cargos prevista en el artículo 4 del Reglamento n° 99/63) tienen como único efecto jurídico regular las competencias en relación con los Estados miembros o delimitar de modo no imperativo el objeto de un procedimiento en materia de prácticas colusorias, pero no tienen influencia alguna en el comportamiento de las empresas interesadas o de los terceros con respecto al fondo».

Acepto que existen similitudes entre la comunicación con arreglo al artículo 2 y la que se efectúa de conformidad con el apartado 6 del artículo 15, tal como ha demostrado la demandante. No obstante, considero que existe una diferencia crucial. Una comunicación con arreglo al apartado 6 del artículo 15 con efectos inmediatos anula la exención y, por lo tanto, expone a la empresa al riesgo de ser objeto de un procedimiento que puede culminar en la imposición de una multa. Una comunicación con arreglo al artículo 2 no anula la exención, a pesar de que produce el efecto que he mencionado anteriormente. La notificación de dicha comunicación puede ser un requisito previo de la decisión de imponer una multa. Todavía debe adoptarse la decisión y esto sólo puede ocurrir una vez que se haya comprobado la existencia de una infracción, según el procedimiento prescrito, y se haya instado a la empresa a poner fin a dicha

infracción. En consecuencia, tampoco aquí considero que el artículo en el que se basaron los demandantes, es decir el apartado 6 del artículo 15 del Reglamento n° 17, sea análogo al artículo 2.

Aunque admito que es correcto examinar los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, tal como he dicho no creo que dicho examen sea de gran ayuda en el presente asunto. Existen diferencias obvias entre el alcance de las facultades de control en los países de «common law» y los de «civil law» y las declaraciones prestadas muestran que los mismos no aplican un enfoque uniforme en relación con la investigación de los asuntos de competencia. En este punto, el Tratado ha previsto un control: su alcance es una cuestión de interpretación, en este caso únicamente con arreglo al artículo 173.

Los asuntos de funcionarios alegados por IBM tampoco me parecen de gran ayuda para resolver un recurso con arreglo al artículo 173.

Si no hubiera habido jurisprudencia sobre la cuestión, por lo que a mí respecta habría albergado más dudas sobre si dichos asuntos no deben considerarse equivalentes a un «Decisión», de forma que, con arreglo al artículo 173, el Tribunal de Justicia podría examinar un asunto cuando fuera evidente que estaba viciado desde el principio, como por ejemplo cuando alguien que no estaba autorizado para notificar un pliego de cargos lo hubiera hecho.

No obstante, en las circunstancias del caso de autos, considero que la Dra. Korah resumió acertadamente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en (1981) 6 El Review 14, p. 32:

«El recurso de anulación sólo puede interponerse contra una medida final que afecta a los derechos del ciudadano y no contra los actos de trámite del procedimiento que conducen a la medida final.»

En estas circunstancias, no parece necesario ni acertado analizar en estas conclusiones si,

en cualquier caso, las críticas realizadas por IBM respecto al pliego de cargos justifican un intervención del Tribunal de Justicia en esta fase o si el principio descrito por el Profesor Meesen se aplica en esta fase tan temprana del procedimiento y no cuando, después de tomar en consideración todos los hechos y alegaciones, la Comisión adopta su Decisión final, o si la Comisión puede delegar sus funciones en sus miembros y actuar a través de sus funcionarios (a diferencia de los órganos externos a los que se referían los asuntos antes mencionados) en sus actividades con arreglo a los artículos 85 y 86, o si la máxima *omnia praesumuntur rite esse acta* se aplica en esta situación.

En consecuencia, sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, considero que los actos impugnados no constituyen «Decisiones» a efectos del artículo 173 del Tratado y que debe declararse la inadmisibilidad del presente recurso.