



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. MICHAL BOBEK
presentadas el 6 de mayo de 2021¹

Asunto C-819/19

**Stichting Cartel Compensation,
Equilib Netherlands BV,
contra
Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV,
Martinair Holland NV,
Deutsche Lufthansa AG,
Lufthansa Cargo AG,
British Airways plc,
Société Air France SA,
Singapore Airlines Ltd,
Singapore Airlines Cargo Pte Ltd,
Swiss International Air Lines AG,
Air Canada,
Cathay Pacific Airways Ltd,
Scandinavian Airlines System Denmark-Norway-Sweden
SAS AB
SAS Cargo Group A/S**

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Rechtbank Amsterdam (Tribunal de Primera Instancia de Ámsterdam, Países Bajos)]

«Petición de decisión prejudicial — Artículo 101 TFUE y artículo 53 del Acuerdo EEE — Disposiciones de aplicación del artículo 103 TFUE — Régimen transitorio de los artículos 104 TFUE y 105 TFUE — Acuerdos y prácticas concertadas sobre diversos elementos de los precios de los servicios de transporte aéreo de mercancías (establecimiento de recargos por combustible y recargos por seguridad y negativa a pagar una comisión sobre los recargos) — Pretensión de indemnización — Efecto directo — Competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales»

¹ Lengua original: inglés.

I. Introducción

1. Stichting Cartel Compensation y Equilib Netherlands BV (en lo sucesivo, «demandantes») solicitan frente a las demandadas² una sentencia declaratoria y una indemnización por infracción del artículo 101 TFUE, apartado 1, y del artículo 53, apartado 1, del Acuerdo del Espacio Económico Europeo (en lo sucesivo, «Acuerdo EEE») al haber coordinado diversos elementos del precio cobrado por los servicios de transporte aéreo de mercancías en las rutas entre aeropuertos situados en la Unión Europea y en el Espacio Económico Europeo (en lo sucesivo, «EEE») y desde estos territorios.

2. Dicha práctica se llevó a cabo supuestamente durante un período en el cual el Consejo aún no había adoptado las disposiciones de aplicación para determinados aspectos del sector del transporte aéreo con el fin de dar «pleno efecto» a los principios establecidos en el artículo 101 TFUE. Por este motivo, las demandadas alegan que la competencia para hacer cumplir el artículo 101 TFUE seguía correspondiendo en exclusiva a las autoridades administrativas de los Estados miembros y a la Comisión Europea en virtud del «régimen transitorio» establecido en los artículos 104 TFUE y 105 TFUE.

3. El presente asunto plantea la cuestión de la competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales para aplicar el artículo 101 TFUE, apartado 1, y el artículo 53, apartado 1, del Acuerdo EEE a las prácticas contrarias a la competencia que se produjeron durante dicho «régimen transitorio». No obstante, este problema cuya trascendencia técnica y temporal es quizá limitada suscita, a su vez, una cuestión de mayor calado relativa a la (inter)dependencia de la vigilancia pública (administrativa) y privada (judicial) del respeto de las normas sobre la competencia de la Unión.

II. Marco jurídico

A. TFUE

4. Las normas sobre la competencia se establecen en los artículos 101 TFUE a 105 TFUE. Las siguientes disposiciones son pertinentes en el caso de autos:

«Artículo 101

(antiguo artículo 81 TCE)

1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:

[...]

² Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV, Martinair Holland NV, Deutsche Lufthansa AG, Lufthansa Cargo AG, British Airways plc, Société Air France SA, Singapore Airlines Ltd, Singapore Airlines Cargo Pte Ltd, Swiss International Air Lines AG, Air Canada, Cathay Pacific Airways Ltd, Scandinavian Airlines System Denmark-Norway-Sweden, SAS AB y SAS Cargo Group A/S (en lo sucesivo, conjuntamente, «demandadas»).

2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.

3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

- cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas,
- cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas,
- cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas,

que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

- a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;
- b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

[...]

Artículo 103

(antiguo artículo 83 TCE)

1. El Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará los reglamentos o directivas apropiados para la aplicación de los principios enunciados en los artículos 101 y 102.

2. Las disposiciones a que se refiere el apartado 1 tendrán especialmente por objeto:

[...]

- b) determinar las modalidades de aplicación del apartado 3 del artículo 101, teniendo en cuenta la necesidad, por una parte, de asegurar una vigilancia eficaz y, por otra, de simplificar en lo posible el control administrativo;
- c) precisar, eventualmente, respecto de los distintos sectores económicos, el ámbito de aplicación de los artículos 101 y 102;

[...]

Artículo 104

(antiguo artículo 84 TCE)

Hasta la entrada en vigor de las disposiciones adoptadas en aplicación del artículo 103, las autoridades de los Estados miembros decidirán sobre la admisibilidad de los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas y sobre la explotación abusiva de una posición dominante en el mercado interior, de conformidad con su propio Derecho y las disposiciones del artículo 101, en particular las de su apartado 3, y las del artículo 102.

Artículo 105

(antiguo artículo 85 TCE)

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 104, la Comisión velará por la aplicación de los principios enunciados en los artículos 101 y 102. A instancia de un Estado miembro o de oficio, y en colaboración con las autoridades competentes de los Estados miembros, que le prestarán su asistencia, la Comisión investigará los casos de supuesta infracción de los principios antes mencionados. Si comprobare la existencia de una infracción, propondrá las medidas adecuadas para poner término a ella.

2. En caso de que no se ponga fin a tales infracciones, la Comisión hará constar su existencia mediante una decisión motivada. Podrá publicar dicha decisión y autorizar a los Estados miembros para que adopten las medidas necesarias, en las condiciones y modalidades que ella determine, para remediar esta situación.

3. La Comisión podrá adoptar reglamentos relativos a las categorías de acuerdos sobre las que el Consejo haya adoptado un reglamento o una directiva con arreglo a la letra b) del apartado 2 del artículo 103.»

B. Acuerdo EEE

5. La finalidad del Acuerdo EEE es la de «promover un reforzamiento continuo y equilibrado de las relaciones comerciales y económicas entre las Partes Contratantes, en igualdad de condiciones de competencia y en observancia de unas normas comunes, con miras a crear un [EEE] homogéneo [...]».³

6. A tenor del artículo 6 del Acuerdo EEE:

«Sin perjuicio de la evolución futura de la jurisprudencia, las disposiciones del presente Acuerdo, en la medida en que sean idénticas en sustancia a las normas correspondientes del Tratado [FUE] y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y de los actos adoptados en aplicación de estos dos Tratados, se interpretarán, en su ejecución y aplicación, de conformidad con las resoluciones pertinentes del Tribunal de Justicia de [la Unión Europea] dictadas con anterioridad a la fecha de la firma del presente Acuerdo.»

7. El artículo 53 del Acuerdo EEE es idéntico al artículo 101 TFUE.

8. A tenor del artículo 55 del Acuerdo EEE:

«1. Sin perjuicio de las disposiciones de aplicación de los artículos 53 y 54 incluidas en el Protocolo 21 y en el Anexo XIV del presente Acuerdo, la Comisión de las CE y el Órgano de

³ Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (DO 1994, L 1, p. 3), artículo 1, apartado 1.

Vigilancia de la AELC establecido en virtud del apartado 1 del artículo 108 velarán por la aplicación de los principios enunciados en los artículos 53 y 54.

El órgano de vigilancia competente, según lo dispuesto en el artículo 56, investigará, por iniciativa propia, o a instancia de un Estado del territorio sobre el que tenga competencia o del otro órgano de vigilancia, los casos de supuesta infracción de los principios antes mencionados. El órgano de vigilancia competente realizará estas investigaciones en colaboración con las autoridades nacionales competentes del territorio sobre el que tenga competencia y con el otro órgano de vigilancia, que le prestará asistencia con arreglo a su normativa interna.

Si comprobase la existencia de una infracción, propondrá las medidas adecuadas para poner término a ella.

2. En caso de que no se ponga fin a la infracción, el órgano de vigilancia competente hará constar esta infracción de los principios mediante una decisión motivada.

El órgano de vigilancia competente podrá publicar su decisión y autorizar a los Estados del territorio sobre el que tenga competencia a que adopten las medidas necesarias, en las condiciones y modalidades que determine, para remediar esta situación. Podrá también solicitar al otro órgano de vigilancia que autorice a los Estados del territorio sobre el que este último tenga competencia a que adopten estas medidas.»

III. Hechos, procedimiento nacional y cuestión prejudicial

9. El 9 de noviembre de 2010 la Comisión Europea adoptó la Decisión C(2010) 7694 final, relativa a un procedimiento en virtud del artículo 101 [TFUE], el artículo 53 del Acuerdo EEE y el artículo 8 del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre el transporte aéreo⁴(Asunto COMP/39258 — Transporte aéreo de mercancías) (en lo sucesivo, «Decisión de 2010»)⁵.

10. En los artículos 1 a 4, la Decisión de 2010 contenía las apreciaciones de que una serie de transportistas estaban implicados en la coordinación de diversos elementos del precio que se cobraba por los servicios de transporte aéreo de mercancías en las rutas entre aeropuertos situados en el interior de la Unión y/o del EEE; entre aeropuertos situados en el interior de la Unión y/o del EEE y de terceros países, y entre aeropuertos situados en el interior de la Unión y de Suiza, en infracción del artículo 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo EEE, así como del artículo 8 del Acuerdo Suizo, durante distintos períodos de tiempo (en lo sucesivo, «conducta controvertida»). Según la Decisión de 2010, la infracción, en total, se extendió desde diciembre de 1999 hasta febrero de 2006.

⁴ En lo sucesivo, «Acuerdo suizo».

⁵ Asunto C.39258 — Transporte aéreo de mercancías (DO 2014, C 371, p. 11).

11. En sus sentencias de 16 de diciembre de 2015, el Tribunal General de la Unión Europea anuló parcialmente la Decisión de 2010 en relación con los demandantes en los asuntos de los que conocía.⁶ En esencia, consideró que la Decisión de 2010 adolecía de contradicciones entre sus fundamentos y la parte dispositiva.⁷

12. El 17 de marzo de 2017 la Comisión adoptó la Decisión C(2017) 1742 final, relativa a un procedimiento en virtud del artículo 101 TFUE, el artículo 53 del Acuerdo EEE y el artículo 8 del Acuerdo Suizo (asunto AT.39258 — Transporte aéreo de mercancías) (en lo sucesivo, «Decisión de 2017»)⁸. En esencia, la Decisión de 2017 mantuvo el contenido de la Decisión de 2010, y también confirmó la extensión de la infracción desde diciembre de 1999 hasta febrero de 2006.

13. De acuerdo con el Resumen de la Decisión de 2017, la Comisión llegó a la conclusión de que una serie de transportistas participaban en el cártel relativo a la conducta controvertida. Dicha conducta infringía el artículo 101 TFUE, el artículo 53 del Acuerdo EEE y el artículo 8 del Acuerdo Suizo. En particular, afectaba a: i) rutas entre aeropuertos situados en el interior de la Unión (en lo sucesivo, «rutas UE»); ii) rutas entre aeropuertos situados en el interior de la Unión y aeropuertos situados fuera del EEE (en lo sucesivo, «rutas UE-terceros países»); iii) rutas entre aeropuertos situados en el interior del EEE (en lo sucesivo, «rutas EEE»); iv) rutas entre aeropuertos situados en países que son partes contratantes del Acuerdo EEE pero no Estados miembros de la Unión y aeropuertos situados en terceros países (en lo sucesivo, «rutas EEE-terceros países no miembros de la Unión»), y v) rutas entre aeropuertos situados en el interior de la Unión y Suiza (en lo sucesivo, «rutas UE-Suiza»).

14. El Resumen de la Decisión de 2017 especifica la infracción y la imposición de multas en relación con diferentes períodos y con distintas rutas del siguiente modo:

- Para las rutas UE, la Comisión era competente para constatar infracciones e imponer multas por la conducta que afectaba al transporte aéreo entre aeropuertos de la Unión antes del 1 de mayo de 2004. Esto es así porque *antes* de esta fecha el Reglamento (CEE) n.º 3975/87⁹ solo concedía a la Comisión competencias de ejecución para aplicar el artículo 101 TFUE respecto al transporte aéreo entre aeropuertos de la Unión. En cambio, el transporte aéreo entre aeropuertos de la Unión y aeropuertos de terceros países quedaba excluido del ámbito de aplicación de este Reglamento.
- Por este mismo motivo, respecto a las rutas UE-terceros países, la competencia de la Comisión se limitaba a la conducta *posterior* al 1 de mayo de 2004.

⁶ Sentencias de 16 de diciembre de 2015, Air Canada/Comisión (T-9/11, no publicada, EU:T:2015:994); de 16 de diciembre de 2015, Koninklijke Luchtvaart Maatschappij/Comisión (T-28/11, no publicada, EU:T:2015:995); de 16 de diciembre de 2015, Japan Airlines/Comisión (T-36/11, no publicada, EU:T:2015:992); de 16 de diciembre de 2015, Cathay Pacific Airways/Comisión (T-38/11, no publicada, EU:T:2015:985); de 16 de diciembre de 2015, Cargolux Airlines/Comisión (T-39/11, no publicada, EU:T:2015:991); de 16 de diciembre de 2015, Latam Airlines Group y Lan Cargo/Comisión (T-40/11, no publicada, EU:T:2015:986); de 16 de diciembre de 2015, Singapore Airlines y Singapore Airlines Cargo/Comisión (T-43/11, no publicada, EU:T:2015:989); de 16 de diciembre de 2015, Deutsche Lufthansa y otros/Comisión (T-46/11, no publicada, EU:T:2015:987); de 16 de diciembre de 2015, British Airways/Comisión (T-48/11, no publicada, EU:T:2015:988); de 16 de diciembre de 2015, SAS Cargo Group y otros/Comisión (T-56/11, no publicada, EU:T:2015:990); de 16 de diciembre de 2015, Air France-KLM/Comisión (T-62/11, no publicada, EU:T:2015:996); de 16 de diciembre de 2015, Air France/Comisión (T-63/11, no publicada, EU:T:2015:993), y de 16 de diciembre de 2015, Martinair Holland/Comisión (T-67/11, EU:T:2015:984).

⁷ Véase, por ejemplo, la sentencia de 16 de diciembre de 2015, Air Canada/Comisión (T-9/11, no publicada, EU:C:2015:994), apartado 60.

⁸ La Decisión de 2017 no se ha publicado. No obstante, hay disponible un resumen de las conclusiones. Véase el Resumen de la Decisión de la Comisión, de 17 de marzo de 2017, relativa a un procedimiento en virtud del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el artículo 53 del Acuerdo EEE y el artículo 8 del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre el transporte aéreo (DO 2017, C 188, p. 14) (en lo sucesivo, «Resumen de la Decisión de 2017»).

⁹ Reglamento del Consejo, de 14 de diciembre de 1987, por el que se establecen las normas de desarrollo de las reglas de competencia para empresas del sector del transporte aéreo (DO 1987, L 374, p. 1).

- Para las rutas EEE, la Comisión era competente para constatar infracciones e imponer multas para todo el período de 1999 a 2006.
- Para las rutas EEE-terceros países no miembros de la Unión, la Decisión n.º 130/2004¹⁰ y la Decisión n.º 40/2005¹¹ entraron en vigor el 19 de mayo de 2005. A partir de esa fecha, el Reglamento (CE) n.º 411/2004¹² y el Reglamento (CE) n.º 1/2003¹³ pasaron a ser aplicables en el ámbito del Acuerdo EEE. Por lo tanto, la Comisión no constató infracciones ni impuso multas por conductas en relación con las rutas entre países del EEE que no eran Estados miembros de la UE y terceros países antes del 19 de mayo de 2005.

15. La Decisión de 2017 ha sido impugnada también ante el Tribunal General,¹⁴ asuntos que aún están pendientes.

16. Al mismo tiempo, las demandantes incoaron un procedimiento civil contra las demandadas ante el Rechtbank Amsterdam (Tribunal de Primera Instancia de Ámsterdam, Países Bajos). Dicho tribunal aclara que las mencionadas sociedades demandantes se constituyeron específicamente para ejercitar las acciones que les fueron cedidas respecto a los daños y perjuicios resultantes de las infracciones de las normas sobre competencia constatadas por la Comisión.

17. Las demandantes pretenden obtener una sentencia declaratoria y una indemnización. En primer lugar, solicitan que se declare que las demandadas actuaron ilícitamente durante el período comprendido entre 1999 y 2006, es decir, i) antes del 1 de mayo de 2004 (respecto a las rutas UE-terceros países); ii) antes del 19 de mayo de 2005 (para las rutas EEE-terceros países no miembros de la Unión), y iii) antes del 1 de junio de 2002 para las rutas UE-Suiza (en lo sucesivo, «períodos controvertidos»). En segundo lugar, solicitan al órgano jurisdiccional remitente que condene a las demandadas, con carácter solidario, a pagar una indemnización más intereses por la conducta contraria a la competencia de que se trata.

18. Según el órgano jurisdiccional remitente, en sus demandas los demandantes invocan el efecto directo del artículo 101 TFUE para fundamentar la competencia del tribunal nacional, respecto a los períodos controvertidos, con independencia de la tutela administrativa del respeto de las normas sobre la competencia.

19. En su resolución, el órgano jurisdiccional remitente considera que es competente para aplicar el artículo 101 TFUE a la conducta de que se trata y respecto a los períodos controvertidos. No obstante, señala expresamente que dicha postura se aparta de la sentencia de la High Court of

¹⁰ Decisión del Comité Mixto del EEE n.º 130/2004, de 24 de septiembre de 2004, por la que se modifican el anexo XIV (Competencia), el Protocolo 21 (sobre la aplicación de las normas de competencia relativas a las empresas) y el Protocolo 23 (relativo a la cooperación entre los órganos de vigilancia) del Acuerdo EEE (DO 2005, L 64, p. 57).

¹¹ Decisión del Comité Mixto del EEE n.º 40/2005, de 11 de marzo de 2005, por la que se modifica el anexo XIII (Transporte) y el Protocolo 21 (sobre la aplicación de las normas de competencia relativas a las empresas) del Acuerdo EEE (DO 2005, L 198, p. 38).

¹² Reglamento del Consejo, de 26 de febrero de 2004, por el que se deroga el Reglamento (CEE) n.º 3975/87 y se modifican el Reglamento (CEE) n.º 3976/87 y el Reglamento (CE) n.º 1/2003, en lo que respecta al transporte aéreo entre la Comunidad y terceros países (DO 2004, L 68, p. 1).

¹³ Reglamento del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (DO 2003, L 1, p. 1).

¹⁴ Asuntos Air Canada/Comisión (T-326/17), Koninklijke Luchtvaart Maatschappij/Comisión (T-325/17), Japan Airlines/Comisión (T-340/17), Cathay Pacific Airways/Comisión (T-343/17), Cargolux Airlines/Comisión (T-334/17), Latam Airlines Group y Lan Cargo/Comisión (T-344/17), Singapore Airlines y Singapore Airlines Cargo PTE/Comisión (T-350/17), Deutsche Lufthansa y otros/Comisión (T-342/17), British Airways/Comisión (T-341/17), SAS Cargo Group y otros/Comisión (T-324/17), Air France — KLM/Comisión (T-337/17), Air France/Comisión (T-338/17) y Martinair Holland/Comisión (T-323/17).

Justice (England and Wales) en el asunto Emerald Supplies Ltd/British Airways Plc,¹⁵ confirmada por la Court of Appeal (England and Wales) en el asunto La Gaitana Farms SA & Ors/British Airways Plc.¹⁶

20. Al albergar dudas en cuanto a su competencia para aplicar el artículo 101 TFUE, apartado 1, y el artículo 53, apartado 1, del Acuerdo EEE a los períodos controvertidos, el Rechtbank Amsterdam (Tribunal de Primera Instancia de Ámsterdam) decidió suspender el procedimiento y plantear la siguiente cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia:

«En un litigio entre partes perjudicadas (en el caso de autos, los transportistas, clientes de servicios de transporte aéreo) y compañías aéreas, ¿son competentes los órganos jurisdiccionales nacionales —ya en virtud del efecto directo del artículo 101 TFUE o, en su caso, del artículo 53 del [Acuerdo EEE], ya en virtud del (efecto directo del) artículo 6 del Reglamento n.º 1/2003— para aplicar en su totalidad el artículo 101 TFUE o, en su caso, el artículo 53 del [Acuerdo EEE], en relación con acuerdos/prácticas concertadas de compañías aéreas respecto a servicios de transporte aéreo de mercancías en vuelos realizados antes del 1 de mayo de 2004 en rutas entre aeropuertos situados en la [Unión] y aeropuertos situados fuera del EEE o, en su caso, antes del 19 de mayo de 2005 en rutas entre Islandia, Liechtenstein, Noruega y aeropuertos situados fuera del EEE, o en vuelos realizados antes del 1 de junio de 2002 entre aeropuertos situados dentro de la [Unión] y Suiza, en particular respecto al período en que se hallaba en vigor el régimen transitorio establecido en los artículos 104 TFUE y 105 TFUE, o bien se opone dicho régimen transitorio a ello?»

21. Han presentado observaciones escritas las demandantes, las demandadas, el Gobierno noruego, el Órgano de Vigilancia de la AELC y la Comisión. Esas mismas partes, a excepción del Gobierno noruego, también formularon observaciones orales en la vista celebrada el 21 de enero de 2021.

IV. Análisis

22. Las presentes conclusiones seguirán la estructura siguiente. En primer lugar, comenzaré analizando el contexto jurídico del presente asunto (A). A continuación, me ocuparé de la aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1, por el órgano jurisdiccional remitente (B). Más adelante, consideraré las normas equivalentes que contiene el Acuerdo EEE (C). Por último, terminaré con unas observaciones más generales sobre la vigilancia judicial del cumplimiento de las reglas de la competencia (D).

A. El marco del Tratado y el «régimen transitorio»

23. Dada la importancia que adquiere en el presente asunto el marco del Tratado relativo a las normas sobre la competencia, estimo necesario comenzar las presentes conclusiones exponiendo los diversos elementos del artículo 101 TFUE y examinando detenidamente la supuesta «transitoriedad» del régimen de ejecución establecido en los artículos 104 TFUE y 105 TFUE (1). Más adelante, resumiré brevemente las alegaciones de las partes y las situaré en el contexto de la cuestión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional remitente (2).

¹⁵ Sentencia de la High Court of Justice of England and Wales (Chancery Division) (Tribunal Superior de Inglaterra y Gales, Sala de Derecho de Sociedades y Propiedad Industrial e Intelectual, Reino Unido), de 4 de octubre de 2017, en el asunto Emerald Supplies Ltd/British Airways Plc [2017] EWHC 2420 (Ch).

¹⁶ Sentencia de la Court of Appeal of England and Wales (Civil Division) [Tribunal de Apelación (Inglaterra y Gales) (Sala de lo Civil), Reino Unido] de 29 de enero de 2019, en el asunto La Gaitana Farms SA & Ors/British Airways Plc [2019] EWCA Civ 37.

1. ¿«Transitoriedad» respecto a qué?

24. La estructura del artículo 101 TFUE es sencilla. En su apartado 1 prohíbe *todos* los acuerdos que tengan por objeto o efecto restringir la competencia. El apartado 2 expone la consecuencia de dicha prohibición: que *todos* los acuerdos afectados por el apartado 1 son nulos de pleno derecho. A continuación, el apartado 3 establece una excepción a la prohibición del apartado 1: «[...] las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables» en determinados casos.

25. El artículo 101 TFUE es una disposición completa en sí misma y autónoma. Está redactado en términos generales, no hace referencia a medida de aplicación alguna ni presenta ningún elemento que pueda sugerir que su ámbito de aplicación es limitado. Para el presente asunto, lo más importante es que el artículo 101 TFUE es institucionalmente neutro: no favorece a ninguna institución (o clase de instituciones) frente a otra. A este respecto, su tenor literal puede contrastarse con el del artículo 65, apartado 4, del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero. Este especificaba que «la Alta Autoridad tendrá competencia exclusiva» para determinar si un acuerdo prohibido sería compatible con dicha disposición.

26. Por lo tanto, solo a partir de su tenor literal es difícil afirmar que el artículo 101 TFUE deba aplicarse de forma diferente de *cualquier otra* disposición del Tratado relativa a una institución que aplique el Derecho de la Unión, ya sea una institución de los Estados miembros o de la Unión Europea.

27. Solo en virtud de los artículos 103 TFUE a 105 TFUE se introducen en la aplicación del artículo 101 TFUE ciertos elementos de diferenciación y «transitoriedad».

28. Así, en su apartado 1, el artículo 103 TFUE explica que le corresponde al Consejo establecer «los reglamentos o directivas apropiados para la aplicación de los principios enunciados en» el artículo 101 TFUE. El apartado 2 contiene una lista no exhaustiva de ejemplos de cómo se puede ejercer dicha facultad. A los efectos del presente asunto, el mayor interés lo revisten las letras b) y c), que se ocupan, respectivamente, de las «modalidades de aplicación del apartado 3 del artículo 101, teniendo en cuenta la necesidad [...] de asegurar una vigilancia eficaz y [...] de simplificar en lo posible el control administrativo», y de la definición, «respecto de los distintos sectores económicos, [d]el ámbito de aplicación» del artículo 101 TFUE. En otras palabras, el artículo 103 TFUE impone al Consejo la carga de determinar el ámbito de aplicación y la vigilancia administrativa del artículo 101 TFUE.

29. Dicho esto, ¿qué sucede hasta que el momento en que el Consejo decide ejercer sus competencias previstas en el artículo 103 TFUE?

30. Ahí es donde entran en juego los artículos 104 TFUE y 105 TFUE. En ellos se establece el «régimen transitorio», en virtud del cual las autoridades (administrativas) de los Estados miembros tenían la responsabilidad de vigilar el respeto de los principios que (ahora) contiene el artículo 101 TFUE. Esta función incluía la concesión de excepciones con arreglo al artículo 101 TFUE, apartado 3. Durante el período de aplicación de dicho sistema, la Comisión solo desempeñó un papel menor respecto al cumplimiento de las reglas de competencia, y solo «sin perjuicio» de las funciones que correspondían a las autoridades nacionales de los Estados miembros.

31. Habida cuenta de este marco constitucional, el concepto de régimen «transitorio» resulta un tanto engañoso. Es cierto que, en su redacción *original*, el artículo 87 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (en lo sucesivo, «Tratado CEE») disponía que el Consejo debía ejercer sus competencias previstas en (lo que hoy es) el artículo 103 TFUE *en el plazo de tres años*. Este plazo transcurrió sin que el Consejo ejerciera dichas competencias. No obstante, el Tratado de Ámsterdam sustituyó la (entonces obsoleta) referencia al plazo de tres años por una obligación general del Consejo de establecer los reglamentos o las directivas apropiados para «dar cumplimiento» a (lo que hoy es) el artículo 101 TFUE.¹⁷ Así fue como, confirmando *de iure* lo que ya sucedió *de facto* durante algún tiempo, desapareció la supuesta «transitoriedad» del régimen «transitorio» establecido en los (actuales) artículos 104 TFUE y 105 TFUE.

32. Visto así, el artículo 104 TFUE sí estableció una *regla general* para valorar la licitud de los acuerdos comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE. De conformidad con dicha disposición, las autoridades de los Estados miembros conservarían la competencia para garantizar el cumplimiento de las normas del Tratado sobre competencia durante un período indefinido *hasta* que el Consejo se hiciese cargo estableciendo un mecanismo administrativo diferente para hacer cumplir dichas normas.

33. Dicho de otra manera, si bien inicialmente se concibió para un período de tiempo limitado, el régimen «transitorio» se fue haciendo con el tiempo cada vez menos «transitorio», ya que no se trataba de una «transición», en el sentido habitual de la palabra, de una situación a otra. Antes bien, el régimen era «potencialmente modular» en relación con los elementos concretos de descentralización (y reasignación) de la competencia para hacer cumplir ciertas partes del artículo 101 TFUE. Esto último ha venido confirmado por la evolución del sistema en su conjunto, que, a lo largo de los años, ha ido avanzando y retrocediendo: desde la descentralización total hacia la centralización de algunos aspectos, y después de nuevo a la descentralización parcial, sin que plantease ningún problema la acomodación literal de las normas de competencia del artículo 103 TFUE, apartado 2, a dichos cambios.

2. *El papel de los órganos jurisdiccionales nacionales dentro del «régimen transitorio»*

34. Los artículos 103 TFUE a 105 TFUE nada dicen en cuanto al papel que desempeñan los órganos jurisdiccionales nacionales en la aplicación del artículo 101 TFUE, ya sea en el contexto del régimen «transitorio» o en cualquier otro. Este es el objeto del presente asunto. En efecto, el órgano jurisdiccional remitente desea saber si los órganos jurisdiccionales nacionales pueden aplicar la prohibición que contiene el artículo 101 TFUE, apartado 1, habida cuenta de que las prácticas contrarias a la competencia de que se trata tuvieron lugar, en su mayor parte, durante el período de aplicación del «régimen transitorio».

35. Aparentemente, este debate puede referirse a una época ya pasada. Todas las partes en el presente asunto están de acuerdo en que el Reglamento (CE) n.º 1/2003 concedió plenamente a los órganos jurisdiccionales nacionales la competencia para aplicar el artículo 101 TFUE o, al menos, confirmó su existencia. Sin embargo, desde un punto de vista práctico, la respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el Rechtbank Amsterdam (Tribunal de Primera Instancia de Ámsterdam) afectará al ejercicio más amplio de derechos privados dirigido a obtener el

¹⁷ Artículo 6, punto 46, del Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos (DO 1997, C 340, p. 1).

resarcimiento de los perjuicios causados por una conducta que pueda restringir o falsear la competencia, con independencia de cuándo se produjo tal conducta y de qué autoridad administrativa la investigó.

36. Son estos derechos los que pretenden ejercitar las demandantes en el procedimiento principal. En efecto, en su Decisión de 2017, la Comisión halló pruebas de prácticas continuadas de coordinación de los precios entre 1999 y 2006 en el sector del transporte aéreo de mercancías. Sin embargo, debido al sistema de legislación derivada desarrollado por el Consejo en virtud del artículo 103 TFUE, la Comisión limitó sus constataciones de infracción del artículo 101 TFUE, apartado 1, y del artículo 53, apartado 1, del Acuerdo EEE, respectivamente, al período posterior al 1 de mayo de 2004 respecto a las rutas UE-terceros países, y al período posterior al 19 de mayo de 2005 respecto a las rutas EEE-terceros países no miembros de la Unión. En consecuencia, si se estimasen las objeciones de las demandadas a la competencia del tribunal nacional, el período anterior a dichas fechas quedaría efectivamente fuera del alcance de las acciones indemnizatorias privadas basadas en la conducta contraria a la competencia en virtud del artículo 101 TFUE, apartado 1.

37. En gran medida, pues, la cuestión subyacente y general del presente asunto es si la aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1, por los órganos jurisdiccionales nacionales se puede ver restringida o totalmente excluida por una legislación derivada que limita la vigilancia administrativa del cumplimiento de las normas de competencia de la Unión.

38. En las alegaciones de las partes, la respuesta a esta cuestión queda oculta bajo múltiples capas de jurisprudencia y Derecho derivado. En esencia, las demandantes, el Órgano de Vigilancia de la AELC y el Gobierno noruego aducen que el «régimen transitorio» solo limitaba la aplicación de los principios subyacentes al artículo 101 TFUE, apartado 1, a través de la «vía administrativa». Sin embargo, ello no ha limitado el efecto directo del artículo 101 TFUE, apartado 1, y del artículo 53, apartado 1, del Acuerdo EEE cuando se han invocado ante los órganos jurisdiccionales nacionales, es decir, por la «vía judicial» independiente.

39. Las demandadas, en gran parte con el apoyo de la Comisión, rebaten este argumento. En su opinión, los órganos jurisdiccionales nacionales no eran competentes para aplicar el artículo 101 TFUE, apartado 1, por dos motivos. Por una parte, el Consejo, actuando en virtud del artículo 103 TFUE, restringió el ámbito de aplicación *ratione materiae* del artículo 101 TFUE. Por lo tanto, antes de la entrada en vigor del Reglamento n.º 1/2003 el sector del transporte aéreo no estaba plenamente sujeto a los «principios» que contiene esta disposición. Por otra parte, conforme al «régimen transitorio», solo una autoridad nacional de defensa de la competencia y, en algunos casos, la Comisión pueden pronunciarse sobre la compatibilidad de un acuerdo contrario a la competencia con el artículo 101 TFUE. Dadas las limitaciones del artículo 101 TFUE, apartado 1, el principio de homogeneidad exige que el efecto directo del artículo 53, apartado 1, del Acuerdo EEE esté limitado del mismo modo.

40. En mi opinión, la respuesta correcta a este argumento se deduce directamente del artículo 101 TFUE, del artículo 53 del Acuerdo EEE y de la legislación sobre competencia en sentido amplio. Por consiguiente, abordaré a continuación esta cuestión.

B. La aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1, por el órgano jurisdiccional remitente en el presente asunto

41. En términos generales, es preciso aclarar tres aspectos relativos a la aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1, por los órganos jurisdiccionales nacionales. En primer lugar, los posibles efectos limitadores del «régimen transitorio» previsto en los artículos 104 TFUE y 105 TFUE sobre el artículo 101 TFUE en lo que respecta a las competencias ordinarias de los órganos jurisdiccionales nacionales (1). En segundo lugar, en qué medida invoca el efecto directo de los principios que actualmente contiene el artículo 101 TFUE, apartado 1, un justiciable que trata de hacer valer sus derechos ante los órganos jurisdiccionales nacionales (2). En tercer lugar, en qué medida es de aplicación *ratione materiae* el artículo 101 TFUE, apartado 1, al presente asunto, es decir, al sector del transporte aéreo (3). Me voy a ocupar de estos aspectos de forma sucesiva.

1. El efecto del «régimen transitorio» sobre el artículo 101 TFUE

42. En sus observaciones, las demandadas alegan, en esencia, que el «régimen transitorio» que contienen los artículos 104 TFUE y 105 TFUE priva a los órganos jurisdiccionales nacionales de su competencia para aplicar el artículo 101 TFUE. En respuesta a una pregunta formulada por el Tribunal de Justicia, la Comisión adoptó la misma postura. Utilizando sus propias palabras, los artículos 104 TFUE y 105 TFUE podrían tener como efecto «pausar» la competencia del poder judicial nacional para aplicar el artículo 101 TFUE en determinadas circunstancias.

43. No comparto esta aseveración.

44. En el tenor de los artículos 104 TFUE y 105 TFUE no aprecio nada que constituya un «botón de pausa» con respecto a la competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales. En realidad, ninguna de las dos disposiciones restringe la aplicación del artículo 101 TFUE respecto a dichos órganos. Los artículos 104 TFUE y 105 TFUE se limitan a establecer la forma en que se debe llevar a cabo la vigilancia administrativa del cumplimiento del artículo 101 TFUE hasta que el Consejo decida adoptar medidas con arreglo al artículo 103 TFUE. Sin embargo, esta actuación no afecta a la aplicación *judicial* del artículo 101 TFUE por los órganos jurisdiccionales nacionales.

45. Seré más preciso: en mi opinión, la aplicación judicial del artículo 101 TFUE, apartado 1, *no se limita* necesariamente al *control judicial* de las decisiones administrativas que previamente hayan aplicado las reglas de competencia de la Unión y hayan impuesto su cumplimiento. Sin duda, el control de una decisión administrativa que aplique el artículo 101 TFUE, apartado 1, es una de las formas en que los órganos jurisdiccionales nacionales pueden tener que aplicar dicha disposición. Existen, no obstante, otras áreas del Derecho y otras vías de recurso por las cuales los tribunales nacionales pueden verse en la tesitura, en virtud del Derecho de la Unión o del Derecho nacional, de aplicar la misma disposición: piénsese, por ejemplo, en otros tipos de control administrativo, en las demandas civiles o incluso en los procesos penales.

46. Creo que es importante recalcar este aspecto desde el principio. En efecto, parece haber una marcada tendencia reduccionista en las observaciones de las demandadas y de la Comisión a este respecto. En su opinión, en esencia, la «aplicación» del artículo 101 TFUE significa «hacer cumplir» dicha disposición, lo cual, a su vez, guarda relación con la «investigación y la imposición de sanciones administrativas», función que se ha encomendado en exclusiva a la Comisión o a las autoridades administrativas nacionales. Siguiendo esta lógica, implícitamente a

los órganos jurisdiccionales nacionales, dentro del «régimen transitorio», únicamente les incumbe el control judicial de la aplicación administrativa efectuada por la autoridad administrativa nacional, cuando así se les requiera.

47. No comparto esta aseveración. Si un órgano jurisdiccional nacional ha de aplicar el artículo 101 TFUE, apartado 1, dentro de sus competencias y en un procedimiento en curso, antes de que el Consejo haya desarrollado una legislación derivada para «dar cumplimiento» a los principios subyacentes al artículo 101 TFUE, entonces es *evidente* que dicho órgano jurisdiccional nacional habrá de dar pleno cumplimiento a la citada disposición.¹⁸

48. Esto es ilustrativo de una característica común que el artículo 101 TFUE comparte con otras muchas disposiciones del Tratado, como los artículos 45 TFUE y 46 TFUE (libre circulación de trabajadores), los artículos 49 TFUE y 50 TFUE, apartado 2 (libertad de establecimiento), y el artículo 157 TFUE (principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo). En todos estos casos, y en otros tantos, la disposición del Tratado en cuestión establece en primer lugar el principio, para después designar a la institución o instituciones de la Unión correspondientes que han de «dar cuerpo» a ese principio adoptando normas adicionales y concretas, y en ocasiones incluso indica exactamente cuál ha de ser el objeto de tales normas «de aplicación». Sin embargo, durante décadas la postura del Tribunal de Justicia ha sido que, incluso cuando no existan aún las normas «de aplicación», el «principio básico» establecido en la disposición del Tratado es, por sí solo, directamente efectivo y debe aplicarse de forma independiente por todas las autoridades nacionales competentes, en particular las judiciales, cuando hayan de aplicar la correspondiente disposición en un asunto concreto.

49. El artículo 157 TFUE y el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo podrían servir como ilustración a este respecto: incluso antes de que el legislador de la Unión hubiese adoptado una legislación derivada en esta materia, era obvio que a los órganos jurisdiccionales nacionales les correspondía salvaguardar la plena efectividad de este principio y debían aplicarlo en los asuntos civiles de que conociesen, con independencia de toda «medida administrativa de cumplimiento». ¹⁹ Esta conclusión no ha de sorprender: el Tribunal de Justicia ha reiterado continuamente que la ausencia de medidas de aplicación, sea cual sea su forma, no impide a los justiciables invocar las disposiciones del Derecho de la Unión directamente efectivas. ²⁰

50. En consecuencia, desde el punto de vista de la estructura del Tratado, la aplicabilidad de (lo que hoy es) el artículo 101 TFUE por los órganos jurisdiccionales nacionales ha existido desde la misma entrada en vigor del Tratado CEE. Además, los apartados 1 y 2 de (lo que hoy es) el artículo 101 TFUE desplegaban plenos efectos incluso antes de que el Consejo actuase conforme a la habilitación que contiene el artículo 103 TFUE, apartado 1. ²¹

51. No obstante, con estos antecedentes, resulta necesario examinar en qué medida el artículo 101 TFUE, apartado 1, tenía realmente *efecto directo* antes de que el Consejo adoptase las «modalidades de aplicación del apartado 3 del artículo 101 [TFUE]».

¹⁸ En línea con la sentencia de 16 de diciembre de 1976, Rewe-Zentralfinanz y Rewe-Zentral (33/76, EU:C:1976:188), apartado 5.

¹⁹ Véase la sentencia de 8 de abril de 1976, Defrenne (43/75, EU:C:1976:56), apartados 12, 24 y 39.

²⁰ Véanse, a título ilustrativo, las sentencias de 9 de marzo de 1978, Simmenthal (106/77, EU:C:1978:49), apartados 19 y 20; de 17 de septiembre de 2002, Baumbast y R (C-413/99, EU:C:2002:493), apartado 80, y de 4 de febrero de 2016, Ince (C-336/14, EU:C:2016:72), apartado 59.

²¹ Como vuelvo a exponer más adelante, en los puntos 58 y 70 a 78 de las presentes conclusiones, el Consejo nunca ha limitado estos efectos.

2. El efecto directo del artículo 101 TFUE, apartado 1

52. En respuesta a una pregunta formulada por el Tribunal de Justicia, las demandadas y la Comisión consideraron que, antes de que el Consejo procediese de conformidad con el artículo 103 TFUE, apartado 2, letra b), el artículo 101 TFUE, apartado 1, carecía de efecto directo. Entienden que no cabe otra conclusión, ya que desde 1962 el Tribunal de Justicia ha interpretado que el artículo 101 TFUE constituye un «todo indivisible».²² Además, en la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Courage y Crehan*²³ queda patente la necesidad de una actuación previa del Consejo, pues allí se reconoció la existencia del efecto directo solamente *después* de que el Consejo hubiese adoptado medidas de aplicación del artículo 101 TFUE. Por lo tanto, esta disposición, por sí sola, no podía tener efecto directo.

53. En cambio, las demandantes rebaten esta postura y se remiten, ante todo, a la sentencia SABAM²⁴ para argumentar que el efecto directo del artículo 101 TFUE, apartado 1, no exige medidas de aplicación previas.

54. Yo estoy de acuerdo con las demandantes. En mi opinión, la postura de las demandadas y de la Comisión pone «el carro delante de los bueyes».

55. Es jurisprudencia reiterada que la cuestión del efecto directo debe examinarse atendiendo a la naturaleza, el sistema general y los términos de la disposición de que se trata.²⁵ Una disposición tendrá efecto directo siempre que sea suficientemente clara y precisa²⁶ e incondicional.²⁷ Por consiguiente, no hay necesidad de que toda la disposición sea directamente efectiva o directamente aplicable al pie de la letra. Por el contrario, el Tribunal de Justicia actúa por extracción, es decir, intenta determinar si de la (quizás más larga y compleja) norma de Derecho de la Unión puede extraerse una norma de conducta específica que sea aplicable.²⁸

56. Las sentencias SABAM y *Courage y Crehan* son perfectos ejemplos de esta concepción «relativa» del efecto directo. En la sentencia SABAM, el Tribunal de Justicia consideró que la prohibición contenida en el artículo 85, apartado 1, del Tratado CEE (actualmente, artículo 101 TFUE, apartado 1) podía utilizarse como «escudo» *en relación con* el derecho específico del autor de una canción a que no se incluya una cláusula de cesión exclusiva en un contrato con una sociedad de gestión de derechos de autor, cuyo cumplimiento se le exige.²⁹ De igual manera, en la sentencia *Courage y Crehan* el Tribunal de Justicia consideró que la misma disposición podía servir como «espada» en relación con una acción indemnizatoria derivada de una cláusula contractual contraria al artículo 85 del Tratado CEE (actualmente,

²² Sentencia de 6 de abril de 1962, de Geus (13/61, EU:C:1962:11), p. 52.

²³ Sentencia de 20 de septiembre de 2001, *Courage y Crehan* (C-453/99, EU:C:2001:465) (en lo sucesivo, «sentencia *Courage*»).

²⁴ Sentencia de 30 de enero de 1974, *BRT y Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs* (127/73, EU:C:1974:6) (en lo sucesivo, «sentencia SABAM»).

²⁵ Véase, por ejemplo, la sentencia de 4 de diciembre de 1974, *Van Duyn* (41/74, EU:C:1974:133), apartado 12.

²⁶ Véanse, por ejemplo, las sentencias de 1 de julio de 2010, *Gassmayr* (C-194/08, EU:C:2010:386), apartado 45; de 7 de septiembre de 2017, *H.* (C-174/16, EU:C:2017:637), apartado 69, y de 6 de noviembre de 2018, *Bauer y Willmeroth* (C-569/16 y C-570/16, EU:C:2018:871), apartado 72.

²⁷ Véanse, por ejemplo, las sentencias de 15 de mayo de 2014, *Almos Agrárkülkereskedelmi* (C-337/13, EU:C:2014:328), apartado 32; de 12 de octubre de 2017, *Lombard Ingatlan Lízing* (C-404/16, EU:C:2017:759), apartado 36, y de 14 de enero de 2021, *RTS infra y Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel* (C-387/19, EU:C:2021:13), apartado 46.

²⁸ Sentencia de 8 de abril de 1976, *Defrenne* (43/75, EU:C:1976:56), apartados 30 a 39. Véanse también las conclusiones del Abogado General Trabucchi presentadas en el asunto *Defrenne* (43/75, EU:C:1976:39), parte dispositiva, y mis conclusiones presentadas en el asunto *Klohn* (C-167/17, EU:C:2018:387), punto 42.

²⁹ Sentencia SABAM, apartado 16.

artículo 101 TFUE).³⁰ Así pues, en ambos casos el Tribunal de Justicia extrajo del *conjunto del* artículo 101 TFUE la parte de la disposición que produce efecto directo entre particulares: la prohibición de determinados acuerdos contrarios a la competencia, contenida en el apartado 1 del artículo.³¹

57. Dicha prohibición es inequívoca y establece una obligación jurídica clara y exigible: «no incurrirás en prácticas colusorias». No hay ninguna condición a este respecto: *todo* acuerdo de este tipo entre empresas es «incompatible con el mercado interior». Es este derecho directamente aplicable que el Tratado confiere directamente a los particulares el que estos pueden invocar en apoyo de su pretensión y el que los órganos jurisdiccionales nacionales deben tutelar.³²

58. Contrariamente a lo alegado por la Comisión en la vista oral, la naturaleza de los derechos protegidos por el artículo 101 TFUE, apartado 1, no se ve afectada por la *asignación procesal*, en virtud del artículo 103 TFUE, apartado 2, letra b), a la institución que, desde el punto de vista del procedimiento, ha de «convalidar» un acuerdo con arreglo al artículo 101 TFUE, apartado 3. En efecto, es evidente que, en determinados casos, el órgano jurisdiccional solo tiene que aplicar el artículo 101 TFUE, apartado 1, para conceder una indemnización civil en caso de conducta contraria a la competencia.³³ De igual manera, dicho órgano solo habrá de invocar el artículo 101 TFUE, apartado 2, para determinar la supresión de las cláusulas contractuales ilícitas.³⁴ En otras palabras, habida cuenta de la *naturaleza específica de ciertas pretensiones* ante un órgano jurisdiccional nacional, los distintos componentes del artículo 101 TFUE pueden ser perfectamente *deslindables*. En tales circunstancias, los órganos jurisdiccionales nacionales no necesitan recurrir al artículo 101 TFUE, apartado 3.

59. En efecto, las sentencias SABAM y Courage y Crehan demuestran perfectamente la relación independiente que existe entre los apartados 1 y 3 del artículo 101 TFUE. Ambos asuntos se plantearon en una época en que el Consejo ya había ejercido la facultad que le confiere el artículo 103 TFUE, apartado 2, letra b), y había asignado a la Comisión la competencia exclusiva de adoptar decisiones en virtud del artículo 85, apartado 3, del Tratado CEE (actualmente, artículo 101 TFUE, apartado 3). El hecho de que otra institución, la Comisión, hubiese de decidir sobre la aplicabilidad del que era entonces el artículo 85, apartado 3, del Tratado CEE no afectaba a la exigibilidad de los derechos reconocidos en el apartado 1 del mismo artículo.³⁵

60. No desvirtúa esta conclusión la descripción del «todo indivisible» que en la sentencia de Geus³⁶ se hace del artículo 85 del Tratado CEE. En dicho asunto, un distribuidor alemán de frigoríficos Bosch invocó en su defensa el artículo 85 del Tratado CEE para anular una cláusula de «prohibición de exportar» en un acuerdo de distribución exclusiva que había suscrito con Bosch. Sin embargo, los hechos de dicho asunto sucedieron antes de la entrada en vigor del Reglamento n.º 17/62, de manera que no existía *ningún procedimiento administrativo* para tratar los efectos derivados del artículo 85, apartados 1 y 2, del Tratado CEE (actualmente, artículo 101 TFUE, apartados 1 y 2). Así las cosas, el Tribunal de Justicia no tuvo otra elección que admitir la validez

³⁰ Sentencia Courage, apartados 24 a 26.

³¹ Sentencias SABAM, apartado 16, y Courage, apartados 23 y 24.

³² Véase, en este sentido, la sentencia de 5 de junio de 2014, Kone y otros (C-557/12, EU:C:2014:1317), apartados 20 y 22 y jurisprudencia citada.

³³ Véase, por ejemplo, la sentencia Courage, apartado 26.

³⁴ Sentencia de 18 de diciembre de 1986, VAG France (10/86, EU:C:1986:502), apartado 15.

³⁵ Véanse también las sentencias SABAM, apartado 21, y Courage, apartados 22 y 28.

³⁶ Véanse las sentencias de 6 de abril de 1962, de Geus (13/61, EU:C:1962:11), p. 52, y de 9 de julio de 1969, Portelange (10/69, EU:C:1969:36), apartados 10 y 13.

del acuerdo controvertido *hasta que existiese algún procedimiento administrativo* que permitiese ocuparse de la posible aplicación del artículo 85, apartado 3, del Tratado CEE (actualmente, artículo 101 TFUE, apartado 3).³⁷

61. Fue en estas circunstancias de hecho específicas en las que el Tribunal de Justicia calificó el artículo 85 del Tratado CEE como un «todo indivisible».³⁸ La interpretación contraria habría dado lugar a un resultado inadmisibles: «sancionar con la nulidad de pleno derecho a determinados acuerdos antes de que se pudiera saber y, por consiguiente, determinar a qué acuerdos se aplica la totalidad del artículo 85».³⁹

62. Así pues, la sentencia de Geus recayó ante el fracaso institucional de proporcionar un mecanismo administrativo para tratar los efectos de la «aplicabilidad [del artículo 85 del Tratado CEE] a partir de la entrada en vigor del Tratado».⁴⁰ Tal como declara correctamente el Órgano de Vigilancia de la AELC, en aquel momento no se planteaba la cuestión del efecto directo (y, por ende, de la invocación individual del artículo 85, apartado 1, del Tratado CEE ante los órganos jurisdiccionales nacionales), ya que la sentencia de Geus se dictó *antes* de que el Tribunal de Justicia aclarase el concepto del efecto directo de las disposiciones del Tratado CEE.⁴¹

63. Por todo ello, considero que pocas conclusiones pueden extraerse de una sentencia del Tribunal de Justicia dictada en 1962, cuando las circunstancias jurídicas y constitucionales eran muy distintas. En particular, a falta de todo efecto directo de las disposiciones del Tratado, solo habría sido concluyente, naturalmente, la cuestión de la expresa atribución de la competencia para la vigilancia administrativa o, mejor dicho, de la ausencia de tal competencia.

64. Tampoco me convencen las alegaciones de las demandadas respecto a las sentencias Asjes y otros⁴² y Saeed Flugreisen y Silver Line Reisebüro,⁴³ a las que se remiten en apoyo de su postura sobre la cuestión del efecto directo del artículo 101 TFUE, apartado 1. En dichos asuntos no había una parte que hubiese invocado el efecto directo de dicha disposición. De lo que se trataba era de la *nulidad*, a efectos del artículo 85, apartado 2, del Tratado CEE, de unas tarifas aéreas aprobadas por el Gobierno antes de que una autoridad administrativa se pronunciase sobre su compatibilidad con el artículo 85, apartado 3, del Tratado CEE, ya fuera con arreglo al sistema aplicable durante el «período transitorio» a que se refieren los artículos 88 y 89 del Tratado CEE (actualmente, artículos 104 TFUE y 105 TFUE) o con arreglo al Reglamento (CEE) n.º 3975/87.⁴⁴ Dado que ni las «autoridades de los Estados miembros»⁴⁵ ni la Comisión⁴⁶ se habían pronunciado sobre la aplicabilidad del artículo 85 del Tratado CEE a los acuerdos controvertidos, el Tribunal de Justicia consideró que no cabía presumir automáticamente la nulidad de dichos acuerdos por el solo hecho de que el artículo 85 del Tratado CEE quizá les fuese aplicable.

³⁷ Sentencia de 6 de abril de 1962, de Geus (13/61, EU:C:1962:11), pp. 51 a 53.

³⁸ *Ibid.*, página 52.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.*, página 51.

⁴¹ Sentencia de 5 de febrero de 1963, Van Gend en Loos (26/62, EU:C:1963:1), p. 13.

⁴² Sentencia de 30 de abril de 1986, Asjes y otros (209/84 a 213/84, EU:C:1986:188) (en lo sucesivo, «sentencia Asjes»).

⁴³ Sentencia de 11 de abril de 1989, Saeed Flugreisen y Silver Line Reisebüro (66/86, EU:C:1989:140) (en lo sucesivo, «sentencia Saeed»).

⁴⁴ Sentencias Saeed, apartado 29, y Asjes, apartados 52 a 56 y 59.

⁴⁵ Sentencias Saeed, apartados 4 y 29, y Asjes, apartado 57.

⁴⁶ Sentencias Saeed, apartados 4 y 29, y Asjes, apartado 59.

65. Así pues, las sentencias *Asjes y otros* y *Saeed Flugreisen* y *Silver Line Reisebüro* quedan atrapadas también en la lógica de su tiempo: en unas circunstancias en las que ni las autoridades de los Estados miembros ni la Comisión habían adoptado una decisión administrativa sobre supuestos acuerdos o prácticas contrarios a la competencia con arreglo al artículo 85, apartado 3, del Tratado CEE, pero *seguida siendo posible una futura autorización retroactiva* de conformidad con el sistema entonces vigente, era evidente que los operadores económicos debían poder contar, de buena fe, con que sus relaciones comerciales no cesaran automáticamente *hasta* que las autoridades administrativas competentes hubiesen adoptado una decisión sobre sus acuerdos o prácticas.⁴⁷

66. En el presente asunto —y esto es aún más importante— las demandadas *no pueden invocar el riesgo de conflicto* resultante de una posible aprobación retroactiva de la conducta controvertida. En efecto, el sistema de «exención» del Reglamento n.º 1/2003, en su versión modificada, que derogó el anterior régimen de los Reglamentos n.º 17/62 y n.º 3975/87, no permite la actuación retroactiva. Además, como queda patente en el artículo 34, apartado 1, del Reglamento n.º 1/2003, los acuerdos que estaban comprendidos en el ámbito de aplicación de los Reglamentos n.º 17/62 y n.º 3975/87 y que *fueron* notificados a la Comisión expiraron con efectos a partir del 1 de mayo de 2004. Dicho de otra manera, aunque las demandadas hubiesen notificado sus acuerdos a la Comisión,⁴⁸ dichas notificaciones no les servirían en cualquier caso como «malla de protección» frente al tratamiento de esos acuerdos conforme al sistema establecido por el Reglamento n.º 1/2003.

67. Una vez más, por tanto, procede señalar específicamente que en las circunstancias del presente asunto no se dan la coherencia interna fundamental del «imperativo del artículo 101 TFUE» ni la necesidad de seguridad jurídica para los operadores económicos. Este capítulo hace tiempo que se ha cerrado.

68. En resumen, queda claro, pues, que el artículo 101 TFUE, apartado 1, y sus predecesores eran directamente aplicables desde la entrada en vigor del Tratado CEE. Gozaron de efecto directo durante todo ese tiempo, de manera que los justiciables podían hacer valer sus derechos ante los órganos jurisdiccionales competentes. Lo que es más importante, esta competencia independiente conferida a los órganos jurisdiccionales nacionales para aplicar el artículo 101 TFUE, apartado 1, de conformidad con esa facultad y en función del tipo de procedimiento incoado ante ellos con arreglo al Derecho nacional nunca había sido, de hecho, limitada por el Consejo mediante la aplicación de lo que hoy es el artículo 103 TFUE.

69. Sin embargo, sigue pendiente la cuestión de si hay o ha habido alguna limitación en cuanto a la aplicación *ratione materiae* del artículo 101 TFUE, apartado 1, al caso concreto del sector del transporte aéreo.

3. El ámbito de aplicación material del artículo 101 TFUE, apartado 1

70. Las demandadas y la Comisión alegan que, al no haber ejercido el Consejo su competencia para someter completamente el sector del transporte aéreo a las reglas de competencia del Tratado con arreglo al artículo 103 TFUE, apartado 2, letra c), los órganos jurisdiccionales

⁴⁷ Véase, por analogía, el razonamiento seguido por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 22 de marzo de 1961, *Snupat/Alta Autoridad* (42/59 y 49/59, EU:C:1961:5), p. 87.

⁴⁸ Extremo que niegan las demandantes en el procedimiento principal, pero que en último término le corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente.

nacionales no podrían haber conocido de una demanda ejercitada en virtud del artículo 101 TFUE, apartado 1, para declarar inválidos dichos acuerdos, aunque hubiese existido el efecto directo. Las demandadas aluden a la exclusión expresa de todo el sector del transporte aéreo del Reglamento n.º 17/62 y a la limitada apertura de las reglas de competencia a las «rutas UE» en el transporte aéreo mediante el Reglamento n.º 3975/87. Solo desde el 1 de mayo de 2004, fecha de entrada en vigor del Reglamento n.º 1/2003, en su versión modificada, quedó dicho sector totalmente sujeto a las reglas de competencia de la Unión.⁴⁹

71. No estoy de acuerdo con esas alegaciones.

72. Con arreglo al artículo 103 TFUE, apartado 1, el Consejo establecerá «los reglamentos o directivas apropiados para la aplicación de los principios enunciados en» el artículo 101 TFUE. A continuación, el artículo 103 TFUE, apartado 2, enumera ejemplos de la forma en que el Consejo puede alcanzar dicho objetivo. La letra c) establece que el Consejo podrá «precisar, eventualmente, respecto de los distintos sectores económicos», el ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE.

73. El carácter expresamente *facultativo* de esta acción es lo que diferencia la letra c) de la letra b) del artículo 103 TFUE, apartado 2, y de la *obligación* de «dar cuerpo» al artículo 101 TFUE, apartado 3. En efecto, la utilización de la expresión «eventualmente»⁵⁰ en la letra c) del artículo 103 TFUE, apartado 2, da a entender claramente que el ámbito de aplicación de los principios recogidos en el artículo 101 TFUE había de comprender, *por defecto*, todos los sectores económicos, y correspondía al Consejo decidir si se apartaba de esta regla general respecto a sectores concretos.

74. Resulta sorprendente el imperativo del mercado único que subyace a este sistema: por supuesto, el ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE podría haber sido concebido con miras a la ampliación gradual, en porciones «digeribles», del ámbito de aplicación de las normas sobre la competencia de la Unión. De este modo, en el ámbito concreto del transporte, al igual que sucedió con la política agrícola común, podría haberse dado preferencia a estos planteamientos sectoriales (específicos) sobre las reglas (generales) de la competencia.⁵¹

75. Pero no es así.⁵² Por lo tanto, en mi opinión y, en particular, habida cuenta de la estructura de los artículos 101 TFUE y 103 TFUE, el Tratado parte del planteamiento de la plena aplicación de las reglas de la competencia a todos los sectores de la economía. Para conseguirlo, establece un ámbito de aplicación material del artículo 101 TFUE en general ilimitado, en aras del buen funcionamiento del mercado único,⁵³ con la única salvedad de que «eventualmente» se puede excluir un sector específico en virtud del artículo 103 TFUE, apartado 2, letra c).

76. En contra de lo alegado por las demandadas y la Comisión, los Reglamentos n.º 17/62 y n.º 3975/87 no demuestran que el Consejo tratase de limitar el ámbito de aplicación material del artículo 101 TFUE, apartado 1. En efecto, el Reglamento n.º 17/62 establece principalmente un *procedimiento* para la aplicación por la Comisión de (lo que era entonces) el artículo 85,

⁴⁹ Véase el artículo 45 del Reglamento n.º 1/2003.

⁵⁰ De manera similar, «v případě potřeby» en checo, «in voorkomende gevallen» en neerlandés, «eventualmente» en italiano, «le cas échéant» en francés, «gegebenfalls» en alemán o «if need be» en la versión lingüística inglesa.

⁵¹ Véanse, en este sentido, el artículo 42 TFUE y la sentencia de 14 de noviembre de 2017, APVE y otros (C-671/15, EU:C:2017:860), apartados 36 a 38.

⁵² Sentencia Asjes, apartado 45.

⁵³ Véase, en ese sentido, la sentencia de 1 de junio de 1999, Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269), apartado 36.

apartados 1 y 3, del Tratado CEE (actualmente, artículo 101 TFUE, apartados 1 y 3).⁵⁴ Nada disponía dicho Reglamento sobre el ámbito de aplicación material del artículo 101 TFUE, apartado 1. De igual manera, el Reglamento (CEE) n.º 141/62 del Consejo, que modificó el Reglamento n.º 17/62, se limitaba a disponer que el sistema *administrativo* establecido en el Reglamento n.º 17/62 no se debía aplicar al sector de los transportes (incluido el aéreo).⁵⁵ Sin embargo, esta exclusión no se refería al ámbito de aplicación material del artículo 101 TFUE, apartado 1, cuando lo aplicasen los órganos jurisdiccionales nacionales al sector del transporte aéreo.

77. Por último, el Reglamento n.º 3975/87 incluyó parcialmente el sector del transporte aéreo, solo en cuanto a la aplicación *administrativa* de las reglas de competencia de la Unión. Tal como se explica en el considerando 2 de dicho Reglamento, esta inclusión parcial era necesaria porque «la Comisión carec[ía] [...] de medios que le permit[ier]an investigar directamente los casos de presunta infracción de los artículos 85 y 86 del Tratado en el sector del transporte aéreo». ⁵⁶ No obstante, una vez más, este Reglamento no contenía limitación alguna al ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1, en caso de acción indemnizatoria privada ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

78. Dicho de otra manera, todo el planteamiento de excluir supuestamente el sector del transporte aéreo de (lo que hoy es) el artículo 101 TFUE se limitaba a la vigilancia *administrativa* del cumplimiento de los principios contenidos en dicha disposición. ⁵⁷ Los Reglamentos n.º 17/62 y n.º 3975/87 no afectaron a la aplicación *judicial* por los órganos jurisdiccionales nacionales, dentro de los respectivos ámbitos de competencias que les atribuía de forma independiente el Derecho nacional, de los principios ahora contenidos en el artículo 101 TFUE, apartado 1. ⁵⁸ En efecto, a este respecto estoy de acuerdo con las demandantes y el Órgano de Vigilancia de la AELC: la «vía paralela» para hacer cumplir la prohibición establecida en el artículo 101 TFUE, apartado 1, no se vio afectada por la legislación derivada adoptada por el Consejo.

79. Por lo tanto, la ausencia de normas específicas en la legislación nacional que rige la aplicación judicial del artículo 101 TFUE no puede impedir al Rechtbank Amsterdam (Tribunal de Primera Instancia de Ámsterdam) aplicar el artículo 101 TFUE, apartado 1, al sector del transporte aéreo cuando dicha disposición sea invocada ante él con el fin de obtener una sentencia declaratoria y una indemnización de los daños ocasionados por la conducta contraria a la competencia de las demandadas respecto a las rutas UE-terceros países antes del 1 de mayo de 2004.

⁵⁴ Véanse, por ejemplo, los considerandos 2, 6 y 8 del Reglamento n.º 17/62. Véanse también los artículos 2; 6, apartado 1; 8, apartado 1, y 9, apartado 3, del mismo Reglamento.

⁵⁵ Según explica el considerando 1 del Reglamento n.º 141/62. Véase también su artículo 1.

⁵⁶ Considerando 2 del Reglamento n.º 3975/87.

⁵⁷ Como expuso la propia Comisión en sus observaciones en el asunto Asjes, «la ausencia de las medidas de aplicación mencionadas en el artículo 87 [relativas al ámbito de aplicación material del artículo 85 del Tratado CEE] no significa que los órganos jurisdiccionales nacionales, cuando así se plantee, no puedan pronunciarse sobre la compatibilidad de un acuerdo o práctica particular con las reglas de competencia, pues estas tienen efecto directo». Sentencia de 30 de abril de 1986, Asjes y otros (209/84 a 213/84, EU:C:1986:188), apartado 49.

⁵⁸ Como ya he expuesto en los puntos 43 a 47 de las presentes conclusiones, al limitarse a asignar la competencia administrativa a ciertas investigaciones relativas a posibles infracciones normas sobre la competencia, dichos Reglamentos asignaron indirectamente también la competencia para llevar a cabo el control judicial de tales decisiones administrativas (véanse el artículo 9 del Reglamento n.º 17/62 y el artículo 7 del Reglamento n.º 3975/87). No obstante, una vez más, obviamente estas disposiciones no tuvieron incidencia alguna sobre otras posibles situaciones de aplicación judicial del artículo 101 TFUE en *otros tipos de procedimiento* en los que tal aplicación se pudiera plantear ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

C. La relación entre el artículo 53 del Acuerdo EEE y el Derecho primario de la Unión en materia de competencia

80. El Gobierno noruego y el Órgano de Vigilancia de la AELC alegan que, dado que el artículo 53 del Acuerdo EEE es sustancialmente idéntico al artículo 101 TFUE, el principio de homogeneidad exige que ambas disposiciones se interpreten de manera uniforme. En la vista oral, el Órgano de Vigilancia de la AELC explicó también que la ausencia de una disposición equivalente al artículo 104 TFUE en el Acuerdo EEE no afecta a tal lectura homogénea del artículo 101 TFUE y el artículo 53 del Acuerdo EEE, ya que, en cualquier caso, el artículo 104 TFUE no pone límites al artículo 101 TFUE.

81. La Comisión está de acuerdo en que el artículo 101 TFUE y el artículo 53 del Acuerdo EEE deben entenderse de manera armónica. Sin embargo, en la vista cuestionó que la ausencia de una disposición equivalente al artículo 104 TFUE no afecte a este propósito, habida cuenta, sobre todo, de que los artículos 104 TFUE y 105 TFUE tienen por efecto sustraer la competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales para aplicar directamente el artículo 101 TFUE, apartado 1.

82. En esencia, las demandadas adoptan la misma postura que la Comisión a este respecto. En su opinión, el «régimen transitorio» de los artículos 104 TFUE y 105 TFUE se oponía al efecto directo del artículo 101 TFUE, apartado 1, de manera que el artículo 53, apartado 1, del Acuerdo EEE debe interpretarse también en el sentido de que no gozaba de efecto directo antes de que el Comité Mixto declarase que el Reglamento n.º 1/2003 era aplicable en el EEE desde el 19 de mayo de 2005.

83. En consonancia con mis apreciaciones expuestas en la sección B de las presentes conclusiones, estoy de acuerdo con la argumentación del Gobierno noruego y el Órgano de Vigilancia de la AELC.

84. Es indudable que el Acuerdo EEE forma parte integrante del Derecho de la Unión.⁵⁹ Cuando sus disposiciones sean incondicionales y suficientemente precisas, tienen efecto directo en los Estados miembros.⁶⁰ El Tribunal de Justicia ha declarado también que, conforme al principio de homogeneidad,⁶¹ las disposiciones del Acuerdo EEE que sean idénticas a las del Tratado deben interpretarse de manera uniforme.⁶²

85. Tanto el artículo 101 TFUE como el artículo 53 del Acuerdo EEE establecen una prohibición, definen su efecto y prevén una posible excepción a dicha prohibición. En consecuencia, de acuerdo con el principio de homogeneidad, ambas disposiciones se deben interpretar uniformemente.⁶³ Por consiguiente, tal como sucede con el artículo 101 TFUE, apartado 1, el

⁵⁹ Sentencias de 15 de junio de 1999, *Andersson y Wåkerås-Andersson* (C-321/97, EU:C:1999:307), apartados 26 y 27, y de 2 de abril de 2020, *Ruska Federacija* (C-897/19 PPU, EU:C:2020:262), apartado 49 y jurisprudencia citada.

⁶⁰ Véanse, a este respecto, las sentencias de 5 de febrero de 1976, *Conceria Bresciani* (87/75, EU:C:1976:18), apartado 25, y de 26 de octubre de 1982, *Kupferberg* (104/81, EU:C:1982:362), apartado 23. Con respecto al Acuerdo EEE, véase la sentencia de 22 de enero de 1997, *Opel Austria/Consejo* (T-115/94, EU:T:1997:3), apartados 101 y 102.

⁶¹ Véanse los artículos 6, 105 y 106 del Acuerdo EEE y el artículo 3 del Acuerdo entre los Estados de la AELC por el que se instituyen un Órgano de Vigilancia y un Tribunal de Justicia.

⁶² Sentencias de 23 de septiembre de 2003, *Ospelt y Schlössle Weissenberg* (C-452/01, EU:C:2003:493), apartado 29 y jurisprudencia citada, y de 6 de octubre de 2009, *Comisión/España* (C-153/08, EU:C:2009:618), apartados 48 y 49.

⁶³ Véase, por analogía, la sentencia del Tribunal de la AELC de 30 de mayo de 2018, *Fjarskipti/Síminn* (E-6/17, Recopilación de jurisprudencia de la AELC, 2018, p. 81), apartado 28.

artículo 53, apartado 1, del Acuerdo EEE también ha de producir efectos directos y engendrar derechos en favor de los justiciables, que los órganos jurisdiccionales nacionales deben salvaguardar.⁶⁴

86. Habida cuenta de la equivalencia entre el efecto del artículo 101 TFUE y el artículo 53 del Acuerdo EEE, no veo por qué mis reflexiones expuestas en los puntos 55 a 68 de las presentes conclusiones sobre el artículo 101 TFUE, apartado 1, deberían ser diferentes respecto al artículo 53, apartado 1, del Acuerdo EEE. Por lo tanto, los órganos jurisdiccionales nacionales están facultados para aplicar el artículo 53, apartado 1, del Acuerdo EEE para constatar determinadas conductas contrarias a la competencia incompatibles con dicha disposición.

87. Por razones similares a las relativas al artículo 101 TFUE, también debo rechazar los argumentos de las demandadas en cuanto al limitado ámbito de aplicación material del artículo 53, apartado 1, del Acuerdo EEE. Es cierto que el artículo 1 del Protocolo 21 del Acuerdo EEE declara que el Órgano de Vigilancia de la AELC, ante todo, ha de «hacer efectivos los principios enunciados» en el artículo 53 del Acuerdo EEE. Al menos a este respecto, reproduce lo dispuesto en el artículo 103 TFUE. Sin embargo, no hay ningún elemento en los autos que dé a entender que el artículo 1 del Protocolo 21 del Acuerdo EEE se haya utilizado para limitar bien el ámbito de aplicación del artículo 53 del acuerdo EEE, o bien la competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales para aplicarlo. En efecto, como ya he expuesto en los puntos 76 a 78 de las presentes conclusiones, los diversos actos de Derecho derivado adoptados por el Consejo en virtud del artículo 103 TFUE, apartado 2, letra c), e incorporados al Acuerdo EEE desde la fecha de su notificación, nunca han tenido como efecto limitar el ámbito de aplicación material del artículo 53 del Acuerdo EEE.

88. La ausencia de una disposición equivalente al artículo 104 TFUE en el Acuerdo EEE no desvirtúa esta conclusión. Como ya he expuesto en el punto 44 de las presentes conclusiones, el efecto del artículo 104 TFUE no consiste en restringir el ámbito de aplicación estructural del artículo 101 TFUE, por lo que su ausencia no puede afectar al alcance o a la aplicación del artículo 53 del Acuerdo EEE. En cualquier caso, el artículo 104 TFUE se concibió para regular el período comprendido entre la entrada en vigor de las reglas de competencia del Tratado y el momento en que el Consejo actuase adoptando un procedimiento administrativo en relación con el artículo 101 TFUE y, en particular, con su apartado 3.⁶⁵

89. No obstante, nunca hubo tal período transitorio para el Acuerdo EEE. Los Reglamentos n.º 17/62, n.º 141/62 y n.º 3975/87 se incorporaron al Acuerdo EEE en virtud de su anexo XIV desde la fecha de notificación de dicho Acuerdo. De igual manera, el artículo 56 del Acuerdo EEE no afecta a esta conclusión, pues se limita a establecer la competencia compartida (y duopolizada) entre la Comisión y el Órgano de Vigilancia de la AELC para aplicar el artículo 53 del Acuerdo EEE.⁶⁶

90. Por consiguiente, a mi parecer tampoco hay limitación alguna al ámbito de aplicación material del artículo 53, apartado 1, del Acuerdo EEE que impida a las demandantes invocar el efecto directo del artículo 53, apartado 1, de dicho Acuerdo ante el órgano jurisdiccional remitente con el fin de obtener una sentencia declaratoria y una indemnización en relación con

⁶⁴ *Ibid.*, apartados 29 y 32 y jurisprudencia citada. Véase también la sentencia del Tribunal de la AELC de 17 de septiembre de 2018, Nye Kystlink AS/Color Group AS y Color Line AS (E-10/17, Recopilación de jurisprudencia de la AELC, 2018, p. 293), apartado 71.

⁶⁵ Véanse los puntos 30 a 33 de las presentes conclusiones.

⁶⁶ Véase el apartado 29 de la Comunicación sobre la cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Órgano de Vigilancia de la AELC para la aplicación de los artículos 53 y 54 del Acuerdo EEE (DO 1995, C 112, p. 7), apartado 29.

la coordinación por las demandadas de diversos elementos del precio que se cobraba por los servicios de transporte aéreo de mercancías en las rutas EEE-terceros países no miembros de la Unión antes del 19 de mayo de 2005.

D. La perspectiva más amplia: vigilancia pública y privada del respeto de las reglas de competencia

91. Aunque también forma parte de la cuestión prejudicial planteada, habida cuenta de las reflexiones que ya he expuesto en las presentes conclusiones no veo necesario analizar por separado la naturaleza del artículo 6 del Reglamento n.º 1/2003. En efecto, tal como he sugerido en las secciones precedentes, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros siempre han sido competentes para aplicar (la prohibición sustantiva contenida en) el artículo 101 TFUE, apartado 1, *dentro de sus respectivas competencias y a los efectos de los procedimientos de los que conozcan*. Por lo tanto, no hay necesidad de que el Tribunal de Justicia entre a valorar en el presente asunto si en el Derecho derivado existía también una «fuente» habilitadora con arreglo al artículo 6 del Reglamento n.º 1/2003 y, si era así, exactamente a partir de qué momento.

92. De nuevo quisiera recalcar que dichos órganos jurisdiccionales nacionales ya gozan de «sus respectivas competencias» en virtud del Derecho nacional. Como acertadamente señalan las demandadas y la Comisión, el «régimen transitorio» de los artículos 103 TFUE y 104 TFUE no otorgaba ninguna facultad expresa a los órganos jurisdiccionales nacionales. En defecto de una disposición nacional que lo disponga expresamente, dichos órganos no pueden deducir del artículo 101 TFUE, apartado 1, ni del artículo 53, apartado 1, del Acuerdo EEE ninguna facultad de investigación o enjuiciamiento similar a las que se otorgan a las autoridades administrativas competentes de los Estados miembros normalmente encargadas de investigar las infracciones en materia de competencia en los pertinentes procedimientos administrativos o incluso penales. No obstante, por la misma razón, la mencionada normativa *tampoco podía sustraer facultad alguna* a los órganos jurisdiccionales nacionales. Dicho en pocas palabras, el referido marco constitucional nunca dio ni quitó nada a los tribunales nacionales. Ningún acto de Derecho primario ni de Derecho derivado de la Unión ha tratado de limitar la competencia de estos tribunales para aplicar directamente el artículo 101 TFUE, apartado 1, ni el artículo 53, apartado 1, del Acuerdo EEE cuando estas disposiciones hayan sido invocadas en un litigio del que conozcan, a fin de proteger los derechos subjetivos derivados del Derecho de la Unión.

93. La acción de responsabilidad ejercitada por las demandantes en el presente asunto es clara muestra de ello. Al igual que cualquier otro órgano jurisdiccional nacional de la Unión, el órgano jurisdiccional remitente es competente para determinar tal responsabilidad con arreglo a la legislación nacional aplicable. A fin de valorar un acto ilícito que dé lugar a dicha responsabilidad, lo primero que se ha de comprobar, por lo general, es si una empresa ha cumplido o no sus obligaciones legales. No obstante, esta valoración, naturalmente, forma parte de la decisión (de Derecho privado) sobre la posible responsabilidad, y no de un régimen público de vigilancia de Derecho público (impulsado por una autoridad administrativa).

94. De no ser así, tales actuaciones de vigilancia únicamente revestirían un carácter de «seguimiento», dependiente en esencia de una previa (y probablemente idéntica en cuanto a su alcance) declaración de Derecho público en este sentido. En cualquier otra situación, la actuación «autónoma» quedaría excluida del ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1.

95. Sin embargo, esta postura (o, mejor dicho, esta conclusión) resulta sencillamente incompatible con la naturaleza del sistema y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.⁶⁷ En efecto, habida cuenta de la onerosa carga probatoria que todo demandante ha de asumir en las demandas civiles «autónomas» por infracciones de las reglas de la competencia, es difícil que proliferen tales demandas en la práctica. Por lo tanto, la decisión de una autoridad pública, como la Comisión, en una investigación paralela o previa probablemente resulte de vital importancia para dichas demandas «autónomas».⁶⁸ Sin embargo, no es cierto que, desde el punto de vista jurídico, la necesidad de coherencia y coordinación en esta área del Derecho llegue a impedir a los órganos jurisdiccionales nacionales el ejercicio de sus funciones derivadas del Derecho de la Unión y del Derecho nacional: proteger los derechos individuales derivados también de disposiciones del Derecho de la Unión directamente efectivas.

96. La peculiar naturaleza de tal proposición se hace aún más patente si se tiene en cuenta la manera en que habitualmente se vela por el cumplimiento de cualquier otra área del Derecho administrativo, como pueden ser el medio ambiente, la salud pública, la seguridad pública o las disposiciones sobre seguridad en el trabajo. En ellas es posible que exista una autoridad específica y especializada en el ámbito nacional, dedicada a la supervisión y vigilancia de las correspondientes normas sustantivas. Sin embargo, ¿sería lógico afirmar que, solo porque una determinada autoridad no haya investigado ni perseguido una conducta (o lo haya hecho, pero por algún motivo haya interrumpido el procedimiento administrativo o haya limitado su alcance), la conducta de que se trate no podría dar lugar a una acción indemnizatoria de Derecho civil por parte de los posibles perjudicados?

97. Por todo ello, no comparto el exhaustivo análisis de la High Court of England & Wales (Tribunal Superior de Inglaterra y Gales) en la sentencia *Emerald Supplies Ltd/British Airways Plc*,⁶⁹ invocada por el órgano jurisdiccional remitente y debatida por las partes en el presente procedimiento. Tal como he tratado de recalcar en las secciones anteriores de las presentes conclusiones, la competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales para aplicar el contenido material del artículo 101 TFUE, apartado 1, de forma independiente dentro de sus competencias ya otorgadas por el Derecho nacional, como por ejemplo en un recurso de indemnización, no precisaba, a diferencia de la vigilancia administrativa, de una habilitación específica por el Derecho de la Unión.⁷⁰ En segundo lugar, considero que las sentencias de *Geus*, *Asjes* y *Saeed* están, en parte, obsoletas. No pueden aplicarse a las circunstancias particulares del procedimiento principal, pues en el presente asunto no se plantea realmente ninguna de las cuestiones que condicionaron la postura entonces adoptada.⁷¹

⁶⁷ Véanse, entre otras, las sentencias de 20 de septiembre de 2001, *Courage y Crehan* (C-453/99, EU:C:2001:465), apartado 26; de 13 de julio de 2006, *Manfredi y otros* (C-295/04 a C-298/04, EU:C:2006:461), apartado 60; de 6 de noviembre de 2012, *Otis y otros* (C-199/11, EU:C:2012:684), apartado 41; de 6 de junio de 2013, *Donau Chemie y otros* (C-536/11, EU:C:2013:366), apartado 21; de 14 de junio de 2011, *Pfleiderer* (C-360/09, EU:C:2011:389), apartado 28; de 5 de junio de 2014, *Kone y otros* (C-557/12, EU:C:2014:1317), apartado 21; de 14 de marzo de 2019, *Skanska Industrial Solutions y otros* (C-724/17, EU:C:2019:204), apartado 25, y de 12 de diciembre de 2019, *Otis Gesellschaft y otros* (C-435/18, EU:C:2019:1069), apartado 22.

⁶⁸ Asimismo, para prevenir todo riesgo de resoluciones contradictorias, véase, en general, la sentencia de 14 de diciembre de 2000, *Masterfoods y HB* (C-344/98, EU:C:2000:689), apartados 59 y 60, en su caso, propiciando una «petición *Zwartveld*»: véase el auto de 13 de julio de 1990, *Zwartveld y otros* (C-2/88-IMM, EU:C:1990:315), apartado 22.

⁶⁹ Sentencia de la High Court of Justice of England & Wales, Chancery Division (Tribunal Superior de Inglaterra y Gales, Sala de Derecho de Sociedades y Propiedad Industrial e Intelectual), de 4 de octubre de 2017, en el asunto *Emerald Supplies Ltd/British Airways Plc* [2017] EWHC 2420 (Ch), confirmada por la Court of Appeal of England & Wales [Tribunal de Apelación (Inglaterra y Gales)] de 29 de enero de 2019 en el asunto *La Gaitana Farms SA & Ors/British Airways Plc* [2019] EWCA Civ 37.

⁷⁰ Compárese con el asunto *Emerald Supplies Ltd/British Airways Plc* [2017] EWHC 2420 (Ch), apartados 41 a 52.

⁷¹ Compárese con el asunto *Emerald Supplies Ltd/British Airways Plc* [2017] EWHC 2420 (Ch), apartados 53 a 63.

98. En otras palabras, aunque reconozco sin reservas la necesidad de coherencia interna en el artículo 101 TFUE, en la situación concreta del presente asunto no suscribo la reducción *pars pro toto* propuesta por algunos de los interesados. El hecho de que una *parte del procedimiento* a efectos de la aplicación administrativa del artículo 101 TFUE estuviese *centralizada* en alguna de sus fases no significa, en absoluto, que *nadie más* pudiera aplicar en su esencia dichas *normas*, ni siquiera en los casos en que claramente no hubiese lugar a exención o excepción.

99. El presente procedimiento ha sido realmente un apasionante viaje en el tiempo, por no decir un ejercicio de arqueología jurídica que se ha remontado nada menos que a 1962. Sin embargo, aunque las presentes conclusiones se han circunscrito en gran medida a aquel marco jurídico ya desfasado, no sucede lo mismo con la lógica que las guía. Desde el punto de vista estructural, las disposiciones del Derecho de la Unión que tienen efecto directo pueden, por definición, invocarse ante los órganos jurisdiccionales nacionales, con independencia de la posible centralización de la competencia administrativa (o de una parte de ella) respecto a la vigilancia de su cumplimiento por parte de determinadas autoridades administrativas. En el ámbito concreto del Derecho de la competencia, esto significa que las empresas que infrinjan las normas de competencia leal no pueden escudarse en la ausencia de vigilancia administrativa y deben contar con que las personas supuestamente perjudicadas ejerciten directamente ante los tribunales competentes de los Estados miembros las acciones dirigidas a su resarcimiento.

V. Conclusión

100. Propongo al Tribunal de Justicia que responda a la cuestión prejudicial planteada por el Rechtbank Amsterdam (Tribunal de Primera Instancia de Ámsterdam, Países Bajos) del modo siguiente:

«La parte supuestamente perjudicada por la coordinación de diversos elementos del precio cobrado por los transportistas aéreos por los servicios de transporte aéreo de mercancías en las rutas entre aeropuertos situados en el interior de la Unión Europea y/o del Espacio Económico Europeo, así como entre los aeropuertos situados en estos territorios y terceros países, puede invocar la infracción del artículo 101 TFUE, apartado 1, y del artículo 53, apartado 1, del Acuerdo del Espacio Económico Europeo ante un órgano jurisdiccional nacional para obtener una reparación a cargo de los transportistas, incluso respecto al período en el que aún eran de aplicación los artículos 104 TFUE y 105 TFUE.»