CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER presentadas el 11 de febrero de 2003 [1]

Índice

I. Los hechos del litigio ..... I - 173

II. El procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia y la sentencia recurrida .. I - 175

III. El procedimiento ante el Tribunal de Justicia ..... I - 178

IV. El recurso de casación ..... I - 178

1. El acceso al expediente y las medidas de reorganización procedimental decretadas por el Tribunal de Primera Instancia ..... I - 179

A. La posición de las partes ..... I - 179

1. El primer motivo (parte) ..... I - 179

2. El segundo motivo ..... I - 180

3. El tercer motivo ..... I - 180

a) Apartado 4 ..... I - 180

b) Apartado 5 ..... I - 181

4. Cuarto motivo, apartado 8 ..... I - 181

B. La competencia del Tribunal de Primera Instancia para decretar las medidas de reorganización procedimental ..... I - 181

C. La ausencia de indebida inversión de la carga de la prueba ..... I - 187

D. La suficiencia de la motivación sobre las sentencias del Tribunal de Primera Instancia Solvay/Comisión e ICI/Comisión ..... I - 190

2. Un caso particular de documento cuya consulta fue negada en la vía administrativa: las notas del Sr. Toscano (motivo primero —parte— y apartado 8 del motivo tercero) ..... I - 190

A. La posición de las partes ..... I - 190

B. Una mera discrepancia sobre los hechos ..... I - 191

1 — Lengua original: español.

3. La apreciación de la pertinencia de ciertas pruebas documentales ..... I - 191

A. La declaración del Sr. Kalogeropulos (apartados 6 del motivo tercero y 1 del motivo cuarto) ..... I - 191

1. La posición de las partes ..... I - 191

2. Una vez más, una mera valoración de la prueba ..... I - 192

3. La falta de fundamento de este motivo ..... I - 193

4. Una suficiente motivación ..... I - 193

B. Las notas Blue Circle y más sobre la declaración del Sr. Kalogeropulos (apartados 7 del motivo tercero y 5 del motivo cuarto) ..... I - 194

1. La posición de las partes ..... I - 194

2. Un motivo admisible... ..... I - 195

3. ... pero infundado ..... I - 195

4. Una respuesta suficientemente motivada ..... I - 196

C. El escrito de convocatoria de la reunión de 14 de enero de 1983 —el Sr. Braz de Oliveira— (apartado 6 del motivo cuarto) ..... I - 197

1. La posición de las partes ..... I - 197

2. Otra queja inadmisible e infundada ..... I - 197

4. La multa ..... I - 198

A. Tercer motivo, apartado 13 ..... I - 198

B. Cuarto motivo, apartado 4 ..... I - 199

C. Tercer motivo, apartado 14, tercer argumento ..... I - 199

D. Los criterios utilizados por la Comisión para la imposición de las multas I - 200

E. La satisfacción del principio de proporcionalidad ..... I - 204

V. Las costas ..... I - 207

VI. Conclusión ..... I - 207

1. Irish Cement Limited (en lo sucesivo, «Irish») interpone recurso de casación contra la sentencia pronunciada el 15 de marzo de 2000 por la Sala Cuarta ampliada del Tribunal de Primera Instancia, en el asunto conocido como Cimenteries CBR y otros/Comisión. [2]

I. Los hechos del litigio

2. Son relevantes, a los efectos de este recurso de casación, los siguientes hechos, tal y como se desprenden del contenido de la sentencia recurrida:

— Entre los meses de abril de 1989 y julio de 1990, al amparo de lo dispuesto en el artículo 14, apartados 2 y 3, del Reglamento nº 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE (actualmente artículos 81 CE y 82 CE), [3] los servicios de la Comisión giraron visitas de inspección a varios productores europeos de cemento y a asociaciones profesionales del sector. A resultas de esa actividad inspectora, la Comisión decidió, el 12 de noviembre de 1991, incoar expediente sancionador [4] contra Irish, entre otras empresas. [5]

— El 25 de noviembre de 1991 la Comisión remitió el pliego de cargos a las setenta y seis empresas y asociaciones empresariales expedientadas, frente al que Irish tuvo ocasión de formular alegaciones escritas y, después, orales en las audiencias que se organizaron entre el 1 de marzo y el 1 de abril de 1993. [6]

— El texto del pliego de cargos, contenido en un único documento, no fue comunicado íntegramente a las empresas ni a las asociaciones interesadas. A cada destinatario le fueron enviados el índice completo del pliego y la lista de todos los documentos, con mención de los que podía consultar. Algunas empresas y asociaciones encausadas reclamaron a la Comisión el envío de los capítulos no incluidos en el texto del pliego de cargos que les había sido remitido, así como el acceso a todos los documentos del expediente, salvo los que fueran internos o confidenciales. La Comisión se negó a lo solicitado. [7]

— En Decisión 94/815/CE, de 30 de noviembre de 1994 (en lo sucesivo, «Decisión»), [8] la Comisión imputó a

2 — Asuntos acumulados T-25/95, T-26/95, T-30/95 a T-32/95, T-34/95 a T-39/95, T-42/95 a T-46/95, T-48/95, T-50/95 a T-65/95, T-68/95 a T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 y T-104/95, Rec. p. II-491.

3 — DO 1962 13, p. 204; EE 08/01, p. 22.

4 — Asuntos IV/33.126 y 33.322 — Cemento.

5 — Apartados 2 y 3 de la sentencia.

6 — Apartados 3, 9 y 12 de la sentencia recurrida.

7 — Apartados 4 a 6 de la sentencia.

8 — DO L 343, p. 1.

Irish las siguientes conductas contrarias a la competencia, todas infractoras del artículo 85, apartado 1, del Tratado,[9] por su participación:

1° Desde el 14 de enero de 1983, en un acuerdo cuyo objeto era el respeto de los mercados nacionales y la regulación de las transferencias de cemento de un país a otro (artículo 1). Es el denominado «acuerdo Cembureau».

2° Desde el 14 de enero de 1983 al 14 de abril de 1986, en acuerdos adoptados en las reuniones de los jefes de delegación y del Comité Ejecutivo de Cembureau — Association européenne du ciment (en lo sucesivo, «Cembureau»), referentes a intercambios de datos sobre los precios, cuyo fin era facilitar la ejecución del acuerdo descrito en el artículo 1 de la Decisión (artículo 2, apartado 1).

3° Entre el 1 de enero de 1984 y el 31 de diciembre de 1988, con el mismo designio, en prácticas concertadas referentes a la circulación de datos sobre:

a) los precios mínimos para las entregas de cemento por camión de los productores belgas y neerlandeses y los precios, descuentos incluidos, del productor luxemburgués;

b) los baremos individuales de los precios de los fabricantes daneses e irlandeses, los baremos fijados por la profesión en Grecia, en Italia y en Portugal, así como las medias de precios practicadas en Alemania, en Francia, en España y en el Reino Unido (artículo 2, apartado 2).

4° Desde el 28 de mayo de 1986, en un acuerdo para la constitución de la Cembureau Task Force o European Task Force (artículo 4, apartado 1).

5° Del 17 de junio de 1986 al 15 de marzo de 1987, en prácticas concertadas encaminadas a que la empresa italiana Calcestruzzi dejase de ser cliente de los productores griegos y, en particular, de Titan Cement Company S.A. [artículo 4, apartado 3, letra a)].

9 — Apartado 22 de la sentencia.

6° En el marco del European Cement Export Commitee, desde el 14 de marzo de 1984 al 22 de septiembre de 1989, en prácticas concertadas referentes al intercambio de información sobre la situación de la oferta y de la demanda en los terceros países importadores, los precios aplicables a la exportación, la situación de las importaciones en los países miembros y la situación de la oferta y de la demanda de los mercados internos, destinadas a evitar incursiones de los competidores en los respectivos mercados nacionales de la Comunidad (artículo 5).

— La Comisión intimó a Irish para que cesara en la realización de las infracciones descritas y se abstuviera en lo sucesivo de todo acuerdo o práctica contrarios a la libre competencia en los mercados de los cementos gris y blanco (artículo 8), imponiéndole una multa de 3.524.000 ecus, cuyo importe devengaría intereses a partir del vencimiento del plazo establecido para el pago, que era de tres meses contados desde la notificación de la Decisión (artículos 9 y 11).

3. Disconforme con el pronunciamiento de la Comisión, Irish lo impugnó ante el Tribunal de Primera Instancia.

II. El procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia y la sentencia recurrida

4. La empresa interesó en la demanda la anulación de la Decisión, así como la de la multa impuesta o la reducción de su importe. En todo caso, pidió que la Comisión fuese condenada a pagar las costas del proceso.

5. En una diligencia de ordenación, notificada a las partes demandantes entre el 19 de enero y el 2 de febrero de 1996, el Tribunal de Primera Instancia requirió a la Comisión para que aportase una serie de documentos, lo que cumplió el 29 de febrero, mediante la remisión de: [10]

1° el pliego de cargos tal y como había sido notificado a las empresas expedientadas, después demandantes;

2° el acta del trámite de audiencia de cada una de las empresas;

3° la lista de todos los documentos incorporados a los expedientes;

10 — Véase el apartado 163, en relación con los apartados 5 y 95, los tres de la sentencia impugnada.

4° las cajas que contenían los documentos en los que la Comisión basaba las conclusiones de hecho incorporadas al pliego de cargos; y

5° la correspondencia intercambiada durante el procedimiento administrativo entre la Institución y las empresas demandantes.

6. Otras dos diligencias de ordenación fueron notificadas a las partes el 2 de octubre de 1996, la primera, y los días 18 y 19 de junio de 1987, la segunda, por las que el Tribunal de Primera Instancia adoptó las providencias precisas para que las demandantes pudieran examinar todos los documentos originales del expediente, a excepción de los que contuvieran secretos comerciales u otros datos confidenciales y de los documentos internos de la Comisión. [11]

7. Después de darles traslado del expediente en su integridad, el Tribunal de Primera Instancia invitó a las empresas y a las asociaciones empresariales demandantes a presentar un escrito limitado a identificar con precisión los documentos a los que no hubieran tenido acceso durante el procedimiento sancionador, cuyo desconocimiento hubiera afectado a su defensa, y a explicar los motivos por los que, en su opinión, la vía administrativa habría podido alcanzar un resultado distinto si hubieran tenido ocasión de consultarlos. Al escrito debían acompañar copia de los documentos examinados. Las demandantes, menos una, [12] evacuaron el traslado. La Comisión respondió a todas. [13]

8. En la sentencia impugnada, el Tribunal de Primera Instancia estimó en parte el recurso interpuesto por Irish y resolvió:

«— Anular el artículo 1 de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 31 de diciembre de 1988 en la infracción imputada.

— Anular el artículo 2, apartado 1, de la Decisión 94/815, en la medida en que declara que se produjeron acuerdos relativos a intercambios de datos sobre los precios durante las reuniones del Comité Ejecutivo de Cembureau — Association européenne du ciment y en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 19 de marzo de 1984 en la infracción imputada.

11 — Véanse los apartados 164 a 168 de la sentencia recurrida.

12 — Ciments Luxembourgeois S.A.

13 — Apartados 169 y 170 de la sentencia.

— Anular, por lo que respecta a la demandante, el artículo 2, apartado 2, de la Decisión 94/815, en la medida en que declara que la difusión periódica de datos entre Cembureau — Association européenne du ciment y sus miembros tenía por objeto, por lo que refiere a los precios belgas y neerlandeses, los precios mínimos relativos a las entregas de cemento por camión de los productores de estos dos países y, por lo que se refiere a Luxemburgo, los precios, descuentos incluidos, del productor de este país.

— Anular el artículo 4, apartado 1, de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con anterioridad al 9 de septiembre de 1986 y con posterioridad al 31 de mayo de 1987 en la infracción imputada.

— Anular el artículo 4, apartado 3, letra a), de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con anterioridad al 9 de septiembre de 1986 en la infracción imputada.

— Anular, por lo que respecta a la demandante, el artículo 5 de la Decisión 94/815.

— Fijar en 2.065.000 euros el importe de la multa impuesta a la demandante por el artículo 9 de la Decisión 94/815.

— Desestimar el recurso en todo lo demás.

— Cargar a la demandante con sus propias costas y con un tercio de las ocasionadas a la Comisión.

— Imponer a la Comisión el abono de dos tercios de sus propias costas.»

9. Es decir, el Tribunal de Primera Instancia declara a Irish responsable de conductas contrarias a la competencia por haber participado:

1° En el acuerdo Cembureau sobre el respeto de los mercados nacionales del cemento gris (artículo 1 de la Decisión), desde el 14 de enero de 1983 al 31 de diciembre de 1988.

2° En intercambios puntuales de información sobre los precios del cemento gris (artículo 2, apartado 1, de la Decisión), desde el 14 de enero de 1983 al 19 de marzo de 1984.

3° Entre el 1 de enero de 1984 y el 31 de diciembre de 1988, en la circulación periódica de datos sobre los baremos

individuales de los precios de los productores daneses e irlandeses, los baremos fijados por la profesión en Grecia, en Italia y en Portugal, así como sobre las medias de precios practicadas en Alemania, en Francia, en España y en el Reino Unido [artículo 2, apartado 2, letra b), de la Decisión].

4° En el acuerdo referente a la constitución de la European Task Force (artículo 4, apartado 1, de la Decisión), entre el 9 de septiembre de 1986 y el 31 de mayo de 1987.

5° En las prácticas concertadas destinadas a que Calcestruzzi dejara de ser cliente de los productores griegos [artículo 4, apartado 3, letra a), de la Decisión], entre el 9 de septiembre de 1986 y el 15 de marzo de 1987.

III. El procedimiento ante el Tribunal de Justicia

10. Una vez presentado el recurso y tramitada la fase escrita del proceso, el Tribunal de Justicia, haciendo uso de la facultad que le otorga el artículo 119 del Reglamento de Procedimiento, [14] en auto de 5 de junio de 2002, ha rechazado los apartados 1, 2, 3, 9, 10, 11, 12 y parte del 14 del tercer motivo, y los apartados 2, 3 y 7 del cuarto.

11. En relación con los otros medios de impugnación, el 4 de julio de 2002 se ha celebrado una vista oral conjunta de los seis recursos de casación, interpuestos contra la sentencia del Tribunal de Primera Instancia, a la que han comparecido las empresas recurrentes y la Comisión.

IV. El recurso de casación

12. Irish pide al Tribunal de Justicia que, en lo que le concierne, anule en su integridad la sentencia impugnada, por haber confirmado la Decisión, o que, al menos, lo haga en parte. Si no es así, demanda, a título sucesivamente subsidiario, que la Decisión sea declarada nula o anulada o, en último lugar, que el importe de la multa impuesta sea reducido. También pide que el pago de las costas recaiga sobre la Comisión.

13. Para fundamentar las anteriores pretensiones, Irish articula cuatro motivos de casación, si bien algunos se ramifican en numerosas quejas. De esos motivos, como acabo de indicar, han quedado en el camino los apartados 1, 2, 3, 9, 10, 11, 12 y parte del 14 del tercer motivo, así como los apartados 2, 3 y 7 del cuarto.

14 — Texto refundido publicado en el DO 2001, C 34, p. 1.

14. A continuación se exponen las quejas de Irish y la respuesta dada por la Comisión, analizándolas para razonar mis sugerencias.

1. *El acceso al expediente y las medidas de reorganización procedimental decretadas por el Tribunal de Primera Instancia*

A. La posición de las partes

1. El primer motivo (parte)

15. Sostiene Irish que, una vez que la Comisión ha adoptado una decisión vulnerando reglas fundamentales del procedimiento, el Tribunal de Primera Instancia es competente para anularla, pero no para intentar remediar *a posteriori* los vicios cometidos por dicha Institución. Quien es sometido a un expediente sancionador tiene derecho a que el procedimiento sea seguido, de manera equitativa, en todas sus fases y no cabe presumir que, de haberse tramitado de forma correcta, el resultado habría sido el mismo.

16. Para la empresa recurrente, el primer elemento de apreciación utilizado por el Tribunal de Primera Instancia es adecuado; a saber, si un documento no divulgado en el curso del expediente administrativo no presenta ninguna vinculación objetiva con uno de los hechos imputados en la Decisión, el procedimiento no habría desembocado en un resultado diferente, aun cuando hubiera estado a disposición de las partes. Sin embargo, el segundo de los criterios aplicados en la sentencia recurrida es, en su opinión, improcedente. Cuando entre el documento vedado y los hechos imputados existe un vínculo objetivo, el Tribunal de Primera Instancia es incompetente para apreciar si, de haberse dado vista del documento, cabría una posibilidad, incluso limitada, de que el resultado del procedimiento hubiera sido otro.

17. Según la Comisión, el Tribunal de Primera Instancia no ha reparado de manera retroactiva los vicios de procedimiento. Simplemente ha verificado si la indefensión invocada por las recurrentes era cierta y la medida en que los derechos de defensa resultaron conculcados. Era imposible determinar *a priori* si los documentos cuya consulta les fue negada en la vía administrativa podrían haber tenido influencia en el resultado del procedimiento, [15] por lo que el órgano jurisdiccional dio acceso a las empresas y a las asociaciones empresariales recurrentes al conjunto del expediente, con el fin de

15 — La Comisión dice que en el presente caso la situación es distinta de las contempladas en las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 29 de junio de 1995, Solvay/Comisión (T-30/91, Rec. p. II-1775) e ICI/Comisión (T-36/91, Rec. p. II-1847), en las que se juzgó que, por su propia naturaleza, ciertos documentos no divulgados eran pertinentes en la medida en que permitían dar una interpretación diferente de los hechos. Por contra, en la sentencia de la misma fecha, ICI/Comisión (T-37/91, Rec. p. II-1901), se consideró que los documentos en cuestión eran irrelevantes y no habrían tenido ninguna utilidad para la demandante.

permitirles designar los documentos que les habrían sido útiles y cuya falta de divulgación afectó negativamente a su derecho de defensa.

18. Continúa razonando la Comisión que la premisa subyacente en el argumento invocado por Irish es que esa falta de divulgación de determinados documentos es un vicio de procedimiento que, necesariamente, conduce a la anulación de la resolución final. Esta afirmación es contraria a la jurisprudencia y a los principios generales del derecho.

2. El segundo motivo

19. En este motivo Irish reitera los argumentos que expone en el primero. La Comisión afirma que la parte recurrente se limita a repetir que el Tribunal de Primera Instancia no era competente para organizar el acceso al expediente en el marco en el que lo hizo, por lo que se remite a la contestación al primer motivo del recurso.

3. El tercer motivo

a) Apartado 4

20. Irish precisa que la sentencia impugnada [16] ha admitido el argumento de la Comisión según el cual no estaba obligada a considerar los alegatos sobre el contexto económico de las reuniones ni los documentos deducidos como pruebas en apoyo de interpretaciones alternativas; pero ha rechazado su razonamiento de que, cuando hay pruebas específicas susceptibles de diferentes enfoques, la Comisión debe reconsiderarlas a la luz del contexto económico y de los documentos complementarios. Al no haberlo estimado así, la recurrida cometió una injusticia y una violación del derecho comunitario, del mismo modo que el Tribunal de Primera Instancia cuando aprobó su comportamiento.

21. La Comisión explica que la tesis de la contraparte es reductora, extremadamente abstracta y confunde dos conceptos muy distintos: la calificación jurídica de unos medios de prueba y su valoración. La Comisión utilizó para sancionar documentos que el Tribunal de Primera Instancia adjetivó de pruebas directas, por lo que las realidades económicas que pudieran dar una explicación alternativa a los hechos carecerían de relevancia. La sentencia impugnada ha valorado esas pruebas y ha examinado y rechazado los argumentos expuestos por las distintas demandantes para oponerse a la manera en que habían sido interpretadas. Para la citada Institución el motivo es inadmisible en la medida en que Irish se esfuerza en poner en duda el modo en que el Tribunal de Primera Instancia ha apreciado los elementos de prueba.

16 — Apartados 263, 264, 1243 y 1251.

b) Apartado 5

22. En el recurso de casación, la recurrente mantiene que el criterio del Tribunal de Primera Instancia la priva de la posibilidad de hacer valer sus derechos de defensa, cuando la Comisión invoca pruebas documentales específicas para acreditar una infracción.

23. La Comisión responde que el Tribunal de Primera Instancia no se ha limitado a aceptar el que, en la medida en que la Decisión se apoya sobre pruebas documentales directas y específicas, no era necesario examinar las explicaciones alternativas de los hechos ofrecidas por las empresas expedientadas; también ha analizado y ha rechazado los argumentos avanzados para poner en duda los elementos fácticos obtenidos por la Comisión con fundamento en tales pruebas. Basta, para comprobarlo, leer, en lo que a Irish afecta, los apartados 1244 a 1251 de la sentencia. Añade que en este punto la tesis de la actora aparece tan vaga que resulta difícil de responder y es inadmisible en cuanto que invita igualmente al Tribunal de Justicia a revisar las apreciaciones de hecho de los jueces de primera instancia.

4. Cuarto motivo, apartado 8

24. En este motivo de casación Irish reprocha al Tribunal de Primera Instancia la respuesta que ha dado a la invocación de sus sentencias de 29 de junio de 1995, Solvay/Comisión [17] e ICI/Comisión, [18] que considera insuficiente. La distinción que, en la sentencia impugnada, hace entre esos dos asuntos y el presente es, en su opinión, manifiestamente errónea, puesto que la situación es la misma en todos los supuestos.

25. Para la Comisión, la recurrente no se refiere a un defecto de motivación, sino que, lisa y llanamente, discrepa del Tribunal de Primera Instancia y, más en particular, de su apreciación de los hechos, por lo que el motivo no puede ser admitido. Añade que, además, es también manifiestamente infundado.

B. La competencia del Tribunal de Primera Instancia para decretar las medidas de reorganización procedimental

26. En relación con el acceso al expediente administrativo, Irish plantea tres cuestiones bien diferenciadas. La primera, la más abstracta y de mayor calado, a la que se refieren los dos primeros motivos de casación, atañe a la legitimidad de las

17 — Asunto T-30/91; citada en la nota 15.
18 — Asunto T-36/91; citada en la nota 15.

medidas de reorganización procedimental decretadas y, en especial, a la competencia del Tribunal de Primera Instancia para adoptarlas y resolver el litigio a la luz de su resultado.

27. La segunda cuestión, a la que se dedican los apartados 4 y 5 del tercer motivo del recurso es la supuesta inversión de la carga de la prueba que se deriva de la posición asumida por el Tribunal de Primera Instancia sobre las pruebas documentales directas y específicas.

28. Finalmente, en el apartado 8 del cuarto motivo, Irish se queja de que el Tribunal de Primera Instancia razone indebidamente al diferenciar el presente asunto de los abordados en las sentencias Solvay/Comisión e ICI/Comisión, ya citadas.

29. El Tribunal de Primera Instancia, para dar respuesta a las reclamaciones sobre la regularidad del procedimiento administrativo y para, en su caso, restañar las heridas causadas por la falta de acceso a determinados documentos, requirió de la Comisión el envío del expediente íntegro, poniéndolo a disposición de las partes, [19] a fin de que, a la vista de los que no pudieron examinar durante la instrucción, los identificasen, explicando las razones por las que el procedimiento habría alcanzado un resultado distinto, si hubieran tenido ocasión de consultarlos.

30. La sentencia recurrida ha analizado los instrumentos señalados por las partes y las observaciones presentadas, resolviendo, respecto de Irish, en el apartado 29 de su parte dispositiva, según ha quedado expresado en el punto 8 de estas conclusiones. El Tribunal de Primera Instancia ha realizado la tarea aplicando el siguiente principio: los derechos de defensa de las recurrentes habrían sido conculcados si hubiera existido una posibilidad, aun reducida, de que el procedimiento administrativo alcanzase un resultado distinto, en el supuesto de que hubieran podido ser invocados los documentos cuyo acceso les fue negado. [20]

31. Irish cuestiona la labor realizada por el Tribunal de Primera Instancia y afirma, en síntesis, que, una vez constatado que en la vía administrativa no se dio un acceso completo al expediente, debió limitarse a anular la Decisión, pues carecía de competencia para valorar la manera en que los documentos, velados en la vía administrativa y expuestos a la luz en la judicial, podrían haber conducido a un resultado

19 — Con excepción de los documentos que contenían secretos comerciales u otros datos confidenciales y de los documentos internos de la Comisión.

20 — Véase el apartado 241 de la sentencia. El Tribunal de Primera Instancia distingue entre aquellos documentos que no guardan relación objetiva con ninguno de los cargos imputados, que rechaza *ab initio*, y los documentos que sí la tienen, en cuyo caso analiza la medida en que facilitan datos que hubieran podido conducir a una solución distinta.

distinto del expediente sancionador. Al no hacerlo así, ha desconocido que su posición no es la misma que la de la Comisión y ha ignorado los efectos del transcurso del tiempo. Como puede apreciarse, Irish discute desde su raíz la labor realizada por el Tribunal de Primera Instancia en la sentencia impugnada.

32. El procedimiento para constatar la existencia de infracciones de los artículos 81 CE y 82 CE tiene naturaleza sancionadora. Además del cese de las prácticas anticompetitivas, persigue la retribución de las conductas que las provocan, atribuyendo a la Comisión la potestad de castigar a los autores con sanciones pecuniarias. A tal fin, dicha Institución tiene amplias facultades de investigación y de instrucción, pero, precisamente por esa naturaleza y por la acumulación en un mismo órgano de poderes de pesquisa y de decisión, los derechos de defensa de quienes son sometidos al procedimiento deben ser reconocidos sin vacilación y respetados. [21]

33. Éste es el sentido que tienen las disposiciones contenidas en el Reglamento nº 17, en particular el artículo 19, y en el Reglamento (CE) nº 2842/98 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1998, relativo a las audiencias en determinados procedimientos en aplicación de los artículos 81 CE y 82 CE; [22] no otro es el alcance que les han dado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia [23] y la del de Primera Instancia. [24] El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha extendido la aplicación de las garantías que incorpora el artículo 6 del Convenio de Roma a los procedimientos administrativos de naturaleza disciplinaria. [25]

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [26] profundiza en esta línea, puesto que, junto con el derecho del acusado a defender sus posiciones jurídicas en un procedimiento judicial equitativo y público, seguido ante un juez independiente e imparcial, predeterminado por la ley, [27] garantiza también el derecho de toda

21 — Sobre el derecho de defensa en los procedimientos en materia de competencia puede consultarse el trabajo de K. Lenaerts e I. Maselis titulado «Le justiciable face à la Commission européenne dans les procédures de constatation d'infraction aux articles 81 et 82 CE», publicado en *Journal des tribunaux*, nº 5973 (2000), pp. 496 a 504. También tiene interés el estudio de L. Goossens, «Concurrence et droits de la défense: la phase administrative devant la Commission», que aparece en *Journal des tribunaux. Droit européen*, nº 52 (1998), pp. 169 a 175, y nº 53 (1998), pp. 200 a 204. Pese a su relativa antigüedad, no deja de tener interés la publicación de O. Due, antiguo presidente del Tribunal de Justicia, «Le respect des droits de la défense dans le droit administratif communautaire», publicado en *Cahiers de Droit Européen*, nºs 1 y 2 (1987), pp. 383 a 396.

22 — DO L 354, p. 18. Ha sustituido al Reglamento nº 99/63/CEE de la Comisión, de 25 de julio de 1963, relativo a las audiencias previstas en el artículo 19, apartados 1 y 2, del Reglamento nº 17 (DO L 127, p. 2268; EE 08/01, p. 62), vigente en las fechas en las que, en el presente caso, fue sustanciado el procedimiento administrativo.

23 — Véase, por todas y entre las más recientes, la sentencia de 8 de julio de 1999, Hercules Chemicals/Comisión (C-51/92 P, Rec. p. I-4235), apartados 75 y ss.

24 — La propia sentencia objeto de este recurso de casación es un ejemplo (véanse los apartados 142 a 144 y 240).

25 — Véanse las sentencias de 8 de junio de 1976, Engel y otros c. Países Bajos (Serie A nº 22), para los procedimientos disciplinarios militares; y de 23 de junio de 1981, Le Compte, Van Leuven y De Meyere c. Bélgica (Serie A, nº 43), para los procedimientos disciplinarios en el seno de un colegio de médicos.

26 — DO 2000, C 364, p. 1.

27 — Véanse los artículos 47, párrafo segundo, y 48, apartado 2.

persona a ser oída por las Instituciones de la Unión Europea antes de que adopten una medida individual que le pueda afectar desfavorablemente, así como el derecho a acceder al expediente. [28]

34. La consulta del expediente es una herramienta más al servicio del derecho de defensa. [29] No es un fin en sí mismo. [30] Las garantías formales del procedimiento, jurisdiccional o administrativo, se explican en función de esa meta, que no es otra que la efectiva tutela de los derechos y de los legítimos intereses de todos. Cuando hay una falla procedimental, cuando las formas declinan, se producen consecuencias jurídicas, al haber disminución de los medios de defensa. En otras palabras, el concepto de indefensión es material, de modo que, por muchas que sean las quiebras en el proceso, carecen de relevancia siempre que el interesado haya dispuesto, a pesar de todo, de los medios adecuados de defensa.

35. Ahora bien, el carácter instrumental del derecho de acceso al expediente trae consigo una consecuencia más. Aun en el caso de que su indebida o defectuosa satisfacción haya disminuido las posibilidades de defensa del interesado, sólo procede la anulación de la decisión que lo resuelve cuando se constata que, de haberse respetado de manera escrupulosa el cauce procedimental, el resultado acaso hubiera sido otro más favorable para el interesado o cuando, precisamente por la presencia del defecto de forma, no se puede saber si la decisión hubiera sido distinta. En ambos supuestos procedería anular el pronunciamiento final y, llegado el caso, repetir el camino para enderezarlo.

36. En suma, los defectos de forma no tienen vida propia separada de la sustancia del litigio. Si se anula una decisión dictada después de un cauce formal defectuoso, porque, debido a los vicios del *iter* seguido para su adopción, es incorrecta en cuanto al fondo, la anulación está determinada por esa incorrección de la resolución, no por la presencia de la tara procedimental. El defecto de forma sólo alcanza entidad propia cuando, por haberse producido, no es posible hacer un juicio sobre la resolución adoptada.

37. Las anteriores consideraciones dan sentido a las medidas de organización del procedimiento decretadas por el Tribunal de Primera Instancia.

28 — Artículo 41, apartado 2, guiones primero y segundo.

29 — Como lo son también los derechos a ser oído, a ser informado de la acusación, a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa o, en su caso, a la asistencia letrada.

30 — Véanse las conclusiones presentadas el 25 de octubre de 2001 por el abogado general Sr. Mischo en los asuntos C-244/99 P y C-251/99 P, puntos 331 y 125, respectivamente, en los que ha sido dictada sentencia el 15 de octubre de 2002, PVC II (asuntos acumulados C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P y C-254/99 P, Rec. p. I-8375).

38. Denunciada por las empresas y las asociaciones demandantes, constatada después judicialmente, la infracción de las exigencias formales, por haber negado la Comisión el acceso a todos los documentos de descargo incorporados al expediente, resultaba obligado analizar la incidencia de la tacha procedimental en sus derechos de defensa. Con este fin, era menester conocer los elementos de excusa cuya consulta se les denegó y su opinión sobre el particular. A la vista de tales elementos, el Tribunal de Primera Instancia ha examinado la medida en que, de haber podido ser consultados e invocados ante la Comisión, la Decisión hubiera sido otra, más favorable para los presuntos infractores.

39. Así pues, el Tribunal de Primera Instancia no ha suplantado a la Comisión ni ha ocupado indebidamente su posición. Al contrario, se ha limitado a ejercer, en el marco de sus competencias, con exquisita pulcritud, la potestad jurisdiccional, controlando la corrección de la actividad sancionadora desarrollada. Y en esta tesitura, el juicio, que se proyecta sobre el pasado, ha de expresarse con todos los elementos de los que se dispone en el presente, lo que le otorga una mayor riqueza y un porcentaje más elevado de acierto. [31]

40. Nada hay de irregular en la tarea desarrollada en el proceso judicial. El acceso al expediente facilitado por el Tribunal de Primera Instancia fue procesalmente «igual» al que las empresas y asociaciones expedientadas deberían haber tenido en la vía administrativa. Cierto es que, entre uno y otro momento, el tiempo no se detuvo y que, por consiguiente, se produjeron acontecimientos, algunos relevantes para la resolución del expediente y para su enjuiciamiento, pero ninguno en menoscabo de los derechos de defensa de quien hoy recurre en casación. Es más, para la decisión de la contienda, los jueces de primera instancia y las partes han disfrutado de elementos de juicio de los que carecían con anterioridad, dato que, como he apuntado, abunda en el acierto de la resolución.

41. He señalado en las conclusiones que he presentado en esta misma fecha en el asunto C-204/00 P [32] que, en el modo de proceder del Tribunal de Primera Instancia, no hay quiebra alguna de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En la sentencia Hercules Chemicals/Comisión, ya citada, se afirma que, producida una violación del derecho de defensa, no puede quedar subsanada por un acceso tardío a los documentos del expediente que permita a las empresas afectadas deducir motivos y alegaciones para fundamentar sus pretensiones, pues no las coloca en la situación en

31 — El juez, como el historiador, reconstruye el pasado y, en esa labor, debe cribar pruebas y testimonios para reproducir los hechos tal y como acontecieron. Uno y otro no pueden situarse en la posición de quienes son objeto de su indagación, deben trascenderla. Sobre las relaciones entre derecho e historia puede consultarse el libro de C. Ginzburg, *El juez y el historiador (Consideraciones al margen del proceso Sofri)*, edición de Anaya y Mario Muchnik, Madrid, 1993.

32 — Rec. 2004, p. I-133, punto 34.

la que se habrían encontrado si hubieran podido basarse en esos documentos para presentar sus alegaciones escritas y orales ante la Comisión.[33]

42. El Tribunal de Primera Instancia no ha pretendido subsanar *a posteriori* una indefensión ya consumada, se ha contentado, en un estadio anterior, con indagar si esa indefensión había tenido lugar.[34] Cuando así lo ha estimado, ha anulado la decisión.[35] Si, por el contrario, la indefensión no se produjo, ha declarado que el defecto formal cometido durante la sustanciación del expediente administrativo fue irrelevante.

43. Además, no otro es el alcance de la propia sentencia Hercules Chemicals/Comisión. Si se lee su apartado 80, se observa que lo decisivo no es el defecto formal en sí mismo considerado, sino su incidencia sobre el derecho de defensa, que puede ser nula si la propia empresa afectada no demuestra que la imposibilidad de conocer determinadas pruebas de descargo le hurtó instrumentos para convencer a la Comisión de su inocencia.

44. El Tribunal de Primera Instancia tampoco ha desconocido su propia doctrina, expuesta en las sentencias Solvay/Comisión e ICI/Comisión, ya citadas. Al contrario, la ha aplicado con toda corrección.

45. En ambas sentencias el Tribunal de Primera Instancia estimó el respectivo recurso de casación, porque, habida cuenta de los documentos que no estuvieron a disposición de las partes en la vía administrativa, no cabía excluir «la posibilidad de que la Comisión hubiera considerado que la infracción era menos larga y menos grave y, por consiguiente, hubiera impuesto una multa menos elevada».[36] Sin embargo, en otra sentencia de esa fecha, también llamada ICI/Comisión,[37] desestimó una queja sustancialmente igual, porque, aun habiéndose producido el mismo defecto procedimental, no se perjudicó el ejercicio del derecho de defensa.[38]

46. Esta última sentencia pone de manifiesto que para el Tribunal de Primera Instancia lo decisivo, como no podía ser de otra forma, es que la tara procedimental incida negativamente en la esfera del derecho de defensa de las sociedades expedientadas. La solución que se da a los asuntos Solvay/Comisión e ICI/Comisión es distinta a la del presente caso, pero tiene una clara explicación. En las dos primeras sentencias revisó un acuerdo de la Comisión sancionatorio de las empresas recu-

33 — Apartados 78 y 79.

34 — Este es el criterio seguido recientemente por el Tribunal de Justicia en la sentencia PVC II, ya citada, apartados 315 y siguientes, en particular, apartado 325.

35 — Tal es el caso de la empresa Cedest, S.A. (T-38/95). Véanse los apartados 2211 y 2286 de la sentencia.

36 — Respectivamente, apartados 98 y 108.

37 — Asunto T-37/91; citada en la nota 15.

38 — Véanse los apartados 66 y 70.

rrentes por participar en una práctica concertada sobre reparto de mercados, cuya conducta, a diferencia del asunto que ahora centra mi atención, sólo pudo ser acreditada a través de pruebas indirectas, fundamentalmente su comportamiento paralelo y pasivo.[39] En tal situación, las pruebas de descargo que no cupo utilizar durante la sustanciación del expediente, al ser susceptibles de proporcionar una explicación alternativa del comportamiento paralelo, habrían influido en la fuerza probatoria de esos indicios.[40] La situación de Irish es distinta. Su intervención en los hechos fue obtenida por la Comisión de pruebas directas y específicas,[41] cuyo contenido, según la apreciación soberana del Tribunal de Primera Instancia, no era puesto en entredicho por los documentos a los que no tuvo ocasión de acceder en la fase administrativa.

C. La ausencia de indebida inversión de la carga de la prueba

47. Irish, rebelándose contra este planteamiento, alega que las llamadas pruebas documentales directas o específicas no lo eran tanto, puesto que admitían interpretaciones alternativas; añade que los documentos desvelados en la vía jurisdiccional ofrecían un enfoque diferente del facilitado por la Comisión.

48. Este motivo, así planteado, es inadmisible en cuanto concierne a la fijación de los hechos del litigio, que es competencia del Tribunal de Primera Instancia, al que corresponde valorar los elementos de prueba disponibles. El tribunal de casación sólo ha de adentrarse en este terreno si en la obtención de las pruebas se ha infringido una disposición o un principio general del derecho comunitario o si, al apreciarlas, se ha hecho lo propio con las normas sobre la carga y la valoración de las pruebas, por ser esta última ilógica o arbitraria y, por consiguiente, desnaturalizadora de sus elementos. El Tribunal de Justicia únicamente puede reparar la infracción de derecho en que hubiera incurrido el tribunal de la instancia, nunca fijar los hechos, sin perjuicio del control sobre su calificación jurídica.[42]

39 — Véanse el apartado 61 de la sentencia Solvay/Comisión y el 71 de la sentencia ICI/Comisión.

40 — Véanse los apartados 98 y 108, respectivamente, de ambas sentencias.

41 — Véanse los apartados 263 y 264 de la sentencia impugnada.

42 — Véanse el punto 27 de las conclusiones que presenté el 3 de mayo de 2001 en el asunto en que fue dictada la sentencia de 10 de julio de 2001, Ismeri Europa/Tribunal de Cuentas (C-315/99 P, Rec. p. I-5281), y las sentencias que se citan en la nota 17 de dichas conclusiones, así como el apartado 19 de la propia sentencia Ismeri Europa/Tribunal de Cuentas. Entre los pronunciamientos más recientes del Tribunal de Justicia puede consultarse la sentencia de 21 de junio de 2001, Moccia Irme y otros/Comisión (asuntos acumulados C-280/99 P a C-282/99 P, Rec. p. I-4717), apartado 78.

49. Ninguna de las circunstancias anteriores se da en este asunto, ni tan siquiera así se ha alegado por la recurrente, que se limita a discutir la valoración que el Tribunal de Primera Instancia ha hecho de las pruebas documentales directas y de los documentos que, no habiendo estado a disposición de las partes durante la tramitación del expediente, fueron facilitados en el proceso jurisdiccional.

50. En cualquier caso, el motivo es infundado y, por lo tanto, debe ser desestimado.

51. La Decisión no se basó «en un paralelismo de conductas comprobado en el mercado», [43] aseveración de la sentencia que se inserta en el texto para negar virtualidad a los documentos que pudieran proporcionar una explicación económica alternativa al comportamiento de las empresas sancionadas. [44]

52. En este contexto, alcanza todo su sentido el criterio del Tribunal de Primera Instancia de limitar el abanico de pruebas capaces de destruir las apreciaciones de hecho fijadas por la Comisión a las que contuvieran «documentos directamente relacionados con infracciones» imputadas en la Decisión. [45] Es decir, resulta correcta la regla conforme a la que se habría vulnerado el derecho de defensa si, durante la tramitación del expediente administrativo, se hubiera vedado el acceso a elementos probatorios capaces de contradecir las pruebas utilizadas por la Comisión [46] y no solamente de proporcionar explicaciones complementarias o alternativas, muy respetables, pero que no desdicen los documentos invocados en la Decisión.

53. Con un ejemplo basta para entenderlo. La Comisión dedujo de ciertos documentos [47] que, en las reuniones entre los productores europeos de cemento celebradas los días 14 de enero de 1983, 19 de marzo y 7 de noviembre de 1984, se adoptaron acuerdos anticompetitivos. Parece razonable establecer el listón de la indefensión por referencia a aquellas pruebas que hubieran podido desdecir el contenido de tales elementos, que es la exigencia establecida por el Tribunal de Primera Instancia, al hablar de «vínculo objetivo» con alguna de las imputaciones formuladas en la Decisión. [48]

54. La Comisión, basándose en los documentos que obraban en el expediente,

43 — Apartado 264 de la sentencia recurrida.

44 — Véanse los apartados 264 y 1116, en general. Para el caso particular de Irish, pueden consultarse los apartados 1243 a 1251.

45 — Apartado 262 de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia.

46 — Véase el apartado 263 de la sentencia recurrida.

47 — Los indicados en los puntos 18, 19 y 45 de la Decisión.

48 — Véase el apartado 247 de la sentencia recurrida.

estimó que, en la reunión de jefes de delegación de 14 de enero de 1983, Cembureau y sus miembros directos llegaron a un acuerdo de respeto de los mercados nacionales y de regulación de ventas internacionales, cuyo contenido fue confirmado en las reuniones de 19 de marzo y de 7 de noviembre de 1984. Únicamente habría causado indefensión a la recurrente la imposibilidad de utilizar en su descargo elementos de prueba que negaran que en dichas reuniones se hubiera adoptado y ratificado la entente en cuestión; o que, acreditada su ausencia en las sesiones, dejaran patente que, aun habiendo estado presente, se desmarcó de lo pactado.

55. Una vez probada la adopción y la ratificación del acuerdo en tales concilios, los elementos de prueba susceptibles de aportar una explicación económica alternativa al comportamiento de Irish resultaban irrelevantes, por lo que su falta de consulta durante la tramitación del expediente no le pudo causar indefensión. Si se leen con detenimiento los apartados 1243 a 1251 de la sentencia, se observa que los documentos que se impidió consultar a la compañía recurrente eran instrumentos que, como no pretendían refutar las pruebas directas utilizadas en la Decisión, cabría calificar de «extraños» y de intrascendentes para su defensa.

56. En otras palabras, la Comisión dedujo de ciertas pruebas [49] que las empresas y las asociaciones a las que decidió sancionar eran autoras de las conductas contrarias a la competencia que define en los siete primeros artículos de la Decisión. A su vez, Irish quiso esgrimir ciertos documentos, porque proporcionaban una versión distinta de los hechos, pero la Comisión le impidió el acceso a dichos instrumentos de prueba. El Tribunal de Primera Instancia, ejerciendo adecuadamente su potestad jurisdiccional y promoviendo la defensa de los litigantes, restauró la situación, poniendo a disposición de los demandantes la integridad del expediente. Después de oírlos sobre el particular, razonó que los documentos en cuestión no eran susceptibles de suministrar una interpretación diferente de lo acontecido.

57. En este comportamiento no hay inversión de la carga de la prueba, que siempre cayó sobre la Comisión, [50] quien tuvo que acreditar la intervención en los hechos de Irish y de los demás sancionados. Ahora bien, una vez que dicha Institución cumplió con la obligación que le incumbía, las empresas y las asociaciones inculpadas tenían que desvirtuar las pruebas de cargo con todos los medios a su alcance. El Tribunal de Primera Instancia, aplicando el criterio de enjuiciamiento establecido en los apartados 241 y 247 de la sentencia, estimó que el defecto formal, la falta de

49 — Las señaladas en los puntos 18, 19 y 45 de la Decisión.

50 — No en vano le correspondía destruir la presunción de inocencia de las empresas y las asociaciones encausadas.

acceso en la vía administrativa a esos documentos, fue irrelevante desde el punto de vista del derecho de defensa.

D. La suficiencia de la motivación sobre las sentencias del Tribunal de Primera Instancia Solvay/Comisión e ICI/Comisión

58. Esta queja encubre una mera discrepancia con el criterio que, sobre el particular, el Tribunal de Primera Instancia expone en la sentencia recurrida, cuya corrección ya he señalado en los apartados 44 a 46.

59. De acuerdo con los razonamientos avanzados, los anteriores motivos del recurso de Irish deben ser desestimados.

2. *Un caso particular de documento cuya consulta fue negada en la vía administrativa: las notas del Sr. Toscano (motivo primero —parte— y apartado 8 del motivo tercero)*

A. La posición de las partes

60. Irish insiste en su queja sobre el criterio de enjuiciamiento del Tribunal de Primera Instancia para desentrañar si el incumplimiento formal de la Comisión causó indefensión a las empresas y a las asociaciones sancionadas. En los dos últimos párrafos del primer motivo añade que, mediante la utilización de los documentos cuyo acceso negó, la Comisión habría podido ser influenciada de distintas maneras, todas potencialmente favorables a las empresas expedientadas.

61. Cita, a título de ejemplo, las notas del Sr. Toscano, que clarificaban el contenido de la reunión de los jefes de delegación del 14 de enero de 1983. Además, el memorándum del Sr. Kalogeropulos hubiera permitido explicar la reacción de determinados productores de cemento ante el problema griego (la European Task Force o la Cembureau Task Force) como la manifestación de un acuerdo, más informal, pero también más antiguo, entre los principales fabricantes europeos.

62. En el apartado 8 del motivo tercero añade que las notas del Sr. Toscano eran pertinentes como elemento de descargo, al menos en dos aspectos. En primer lugar, apoyaban el argumento sobre la ausencia de una finalidad secreta en la reunión de 14 de enero de 1983; en segundo término, constituían un acta de las discusiones realmente desarrolladas en dicha reunión, mientras que las pruebas documentales

invocadas por la Comisión se remitían a meros elementos preparatorios.

63. Según la Comisión, el Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse sobre la manera en la que el órgano de primera instancia ha valorado los indicados documentos.

B. Una mera discrepancia sobre los hechos

64. Por más que Irish intente demostrar lo contrario, su planteamiento no trasciende la fijación del sustrato fáctico del litigio. Expresa una forma distinta de abordar los hechos que, en modo alguno, evidencian una arbitraria o ilógica apreciación del acervo probatorio por parte del Tribunal de Primera Instancia.

65. Aplicando el criterio de enjuiciamiento del apartado 241, de cuya legitimidad he dejado constancia líneas más arriba, la sentencia impugnada declara que los instrumentos desvelados no eran susceptibles de cambiar la versión de los hechos establecida por la Comisión, pues las notas del Sr. Toscano acreditan que en la reunión de jefes de delegación de 14 de enero de 1983 se abordaron cuestiones candentes en el sector del cemento, pero no descartan que se adoptaran acuerdos contrarios a la libre competencia, extremo que la Comisión dedujo de pruebas documentales directas. [51] Como se ve, las cuestiones suscitadas por Irish no trascienden la valoración del caudal probatorio ni la fijación de los hechos del litigio.

66. Otro tanto cabe decir respecto de la constitución de la European Task Force en la reunión de Baden-Baden.

3. *La apreciación de la pertinencia de ciertas pruebas documentales*

A. La declaración del Sr. Kalogeropulos (apartados 6 del motivo tercero y 1 del motivo cuarto)

1. La posición de las partes

67. Según Irish, las pruebas documentales invocadas por la Comisión para adoptar la

51 — Las indicadas en los puntos 18, 19 y 45 de la Decisión. De la sentencia, véanse los apartados 1122 y ss. (en particular 1130, 1131 y 1132).

Decisión no son susceptibles de cimentarla. Esta afirmación es particularmente clara en lo que concierne a la declaración hecha por el Sr. Kalogeropulos, presidente del Consejo de Administración de Heracles desde el 1 de junio de 1986, en cuyo examen el Tribunal de Primera Instancia se equivoca cuando afirma que, «por lo que respecta a la fecha inicial de la infracción contemplada en el artículo 1 de la Decisión impugnada, debe señalarse que el hecho de que la Comisión tomara el 14 de enero de 1983 como fecha inicial de dicha infracción *y no una fecha anterior,* a la vista de la duración de treinta años del acuerdo al que se refiere el Sr. Kalogeropulos, *no perjudica en absoluto a las demandantes ni afecta al valor probatorio de la declaración* por lo que se refiere a la existencia misma de un acuerdo entre productores europeos de cemento». [52]

68. Irish añade que, en abstracto, el Tribunal de Primera Instancia puede tener razón cuando, en el apartado 906 de la sentencia, declara que el hecho de que en 1986 existiera, desde hacía una treintena de años, entre los fabricantes europeos de cemento un acuerdo sobre el respeto de los mercados nacionales no excluye el que, en el marco de la reunión de 14 de enero de 1983, se corroborase un concurso de voluntades con el mismo fin. Sin embargo, considera que esta constatación carece de pertinencia para sostener la posición de la Comisión sobre la existencia de un acuerdo adoptado en el curso de la citada reunión.

69. En relación con las pruebas sobre el contenido de las discusiones desarrolladas durante la reunión de 14 de enero de 1983, el Tribunal de Primera Instancia habría confirmado las apreciaciones de la Comisión, que, contrariamente a lo que se alega en el recurso, no son incompatibles con la declaración del Sr. Kalogeropulos.

70. También según la Comisión, la recurrente no dijo nada ante el Tribunal de Primera Instancia sobre el particular; se limitó a calificar la declaración del mencionado señor de incompatible con la afirmación de que un acuerdo había sido adoptado el 14 de enero de 1983, en la reunión de jefes de delegación, argumento que recibió respuesta en los apartados 904 y siguientes de la sentencia.

2. Una vez más, una mera valoración de la prueba

71. Si se analiza con detenimiento el contenido de las tesis utilizadas por Irish, se constata que se limita a discrepar de la valoración que el Tribunal de Primera Instancia ha hecho de la declaración del Sr. Kalogeropulos de que hay «desde hace tiempo un acuerdo entre todos los fabricantes europeos de cemento, en virtud del cual nadie puede introducirse en los territorios nacionales de los demás». [53] Para el tribunal de instancia, esta afirmación es un

52 — Apartado 904. El subrayado es de la recurrente.

53 — Véase el apartado 903 la sentencia.

indicio inequívoco de la existencia, desde fecha indeterminada, de un pacto entre los fabricantes europeos de cemento, que fue corroborado en la reunión de 14 de enero de 1983. Para el juez de la instancia, aquella indeterminación llevó a la Comisión a fijar el inicio de la infracción en la fecha en que se desarrolló la citada reunión.

72. Irish simplemente discrepa de esa idea, que no adolece de ninguna de las taras que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia,[54] le abrirían en casación, y como excepción, las puertas de los hechos del litigio para corregirlos después de constatar la existencia de un error jurídico.

3. La falta de fundamento de este motivo

73. El motivo es, pues, inadmisible, pero también carece de fundamento. La Comisión no ha declarado acreditada la perpetración de la infracción sancionada en el artículo 1 de la Decisión, basándose en la nota del Sr. Kalogeropulos. Dedujo la existencia del acuerdo Cembureau de las pruebas que menciona en los puntos 18, 19 y 45 de su pronunciamiento sancionador. Dicha manifestación es, como apunta el Tribunal de Primera Instancia, un indicio más que ratifica la deducción, obtenida de las pruebas referidas en los citados puntos de la Decisión, de que en la reunión de 14 de enero de 1983 se dio carta de naturaleza a un pacto de reparto de mercados existente desde tiempo atrás.

74. Tal y como señala la Comisión en la contestación a la demanda, no existe contradicción alguna entre los hechos fijados en la Decisión con fundamento en los documentos que sacaban a la luz el contenido de los debates de la reunión de 14 de enero de 1983 y la declaración del presidente del Consejo de Administración de Heracles.

4. Una suficiente motivación

75. Irish sostiene que el Tribunal de Primera Instancia no ha dado respuesta a su argumento sobre la falta de pertinencia del hecho de que existiera desde hacía tiempo un acuerdo de reparto de mercados, para defender la existencia de un pacto adoptado en el curso de la repetida reunión de 1983. Basta leer los apartados 903 y siguientes de la sentencia para comprobar la falsedad de su afirmación.

76. También se lamenta de no haber recibido contestación a su alegato sobre la dimensión política de la declaración del

54 — Véase el anterior punto 48.

Sr. Kalogeropulos y sobre las consecuencias que deberían anudarse a esta caracterización. Me remito al apartado 907 de la sentencia, donde el argumento recibe cumplida respuesta.

77. Creo necesario recordar que la motivación exigible a las Instituciones comunitarias [55] y, más en particular, a las resoluciones adoptadas por sus órganos judiciales, no impone un discurso que siga al pie de la letra todos los argumentos utilizados por las partes en litigio, siendo suficiente que contenga los fundamentos precisos para que los interesados puedan conocer las razones del pronunciamiento, así como que el órgano jurisdiccional competente disponga de los elementos de juicio adecuados para ejercer su potestad de control. [56]

B. Las notas Blue Circle y más sobre la declaración del Sr. Kalogeropulos (apartados 7 del motivo tercero y 5 del motivo cuarto)

1. La posición de las partes

78. Irish cree que la declaración del Sr. Kalogeropulos y determinadas notas internas de Blue Circle no podían ser utilizadas en su contra, porque no intervino en su confección y no tuvo oportunidad de interrogar a sus autores. Este argumento, que expuso por primera vez en el acto de la vista ante el Tribunal de Primera Instancia, fue desestimado en el apartado 1399 de la sentencia, sin ser declarado inadmisible. En la medida en que ha sido desestimado por la razón de que el procedimiento administrativo no prevé ninguna forma de *cross-examination,* en opinión de la recurrente, el citado órgano judicial ha desconocido sus derechos de defensa.

79. La Comisión responde invocando la inadmisibilidad de este motivo, porque la queja fue utilizada por primera vez en el acto de la vista. A renglón seguido, sostiene que, en cuanto al fondo, es desestimable, pues el derecho comunitario de la competencia no prevé ninguna regla general de exclusión como la evocada por la sociedad recurrente. Añade que el argumento de Irish ha sido rechazado en la sentencia, no solamente a causa de que el «contrainterrogatorio» no está previsto por las reglas de procedimiento, sino, sobre todo, porque no es susceptible de poner en duda los principales documentos utilizados por la Comisión para afirmar la existencia del acuerdo Cembureau y la participación de Irish.

80. La empresa recurrente estima también que el Tribunal de Primera Instancia no ha dado respuesta al argumento de que el pacto al que se hace referencia en las notas

55 — Véase el artículo 253 CE.

56 — Véanse, entre las más recientes, la sentencia de 19 de octubre de 2000, Italia y Sardegna Lines/Comisión (asuntos acumulados C-15/98 y C-105/99, Rec. p. I-8855), apartado 65, y la de 25 de octubre de 2001, Italia/Consejo (C-120/99, Rec. p. I-7997), apartado 28.

internas de Blue Circle no es el acuerdo Cembureau, adoptado en la reunión de jefes de delegación de 14 de enero de 1983, ni al que se alude en la declaración del Sr. Kalogeropulos.

81. Para la Comisión, con este motivo la demandante intenta sugerir de nuevo la existencia de medidas vinculadas a un acuerdo distinto, del que no sería parte. En cualquier caso, el Tribunal de Primera Instancia habría dado respuesta a estos argumentos y, en especial, al consistente en la incompatibilidad entre las importaciones procedentes de Alemania y la existencia del acuerdo Cembureau.

2. Un motivo admisible...

82. Es verdad que el razonamiento que sustenta el apartado 7 del motivo tercero fue expuesto por primera vez en el acto de la vista ante el Tribunal de Primera Instancia, pero no es menos cierto que, lejos de rechazarlo por haber sido promovido de forma intempestiva, dicho órgano judicial lo examinó en cuanto al fondo, si bien para desestimarlo.

83. El tribunal de casación no puede cerrar los ojos ante una línea de defensa abierta en un momento inadecuado, pero a la que el juez de la instancia, dueño del proceso y moderador del debate, no rechazó por extemporánea, estimando pertinente su análisis.

3. ...pero infundado

84. Para resolver este motivo de casación no es necesario examinar si el «contra-interrogatorio» y las consecuencias de su inaplicación son operativos en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador comunitario de la competencia. Se trata de un debate que debe ser abordado frontalmente, en profundidad y con el necesario sosiego cuando resulte ineluctable, pero no en un caso como el presente, en el que ha sido puesto en la palestra, casi de forma inadvertida, en un momento procesal inadecuado y en el que no resulta imprescindible para satisfacer la pretensión de la empresa recurrente.

85. La respuesta se facilita desde un terreno más adjetivo, en el que se contemplan razones de índole utilitaria. En efecto, aunque siguiendo a la recurrente, se llegara a la certeza de que las notas internas de Blue Circle no podían ser empleadas en su contra, el sentido de la Decisión no cambiaría.

86. En el apartado 1399 de la sentencia impugnada se ha expresado con claridad meridiana: la inoperancia de las notas internas de Blue Circle como prueba de cargo deja intactos los demás documentos mencionados en el punto 19 de la Decisión, de los que la Comisión dedujo, mediante una apreciación corroborada por el Tribunal de Primera Instancia, que en la reunión de jefes de delegación de 14 de enero de 1983 fue adoptado el acuerdo Cembureau, después ratificado en las subsiguientes de 19 de marzo y de 7 de noviembre de 1984, en las que estuvo representada Irish. [57]

87. Aunque se diera la razón a la recurrente sobre el planteamiento de fondo de este motivo, su pretensión no podría prosperar, ya que, eliminadas las notas internas de Blue Circle como prueba de cargo, seguirían existiendo otros elementos que la incriminan, según ha afirmado el Tribunal de Primera Instancia, dueño de la prueba del proceso.

88. En tal hipótesis, no podría quejarse de haber sufrido un procedimiento injusto, pues ha sido sancionada con pruebas de cargo susceptibles de desvirtuar su presunción de inocencia: carta de convocatoria de la reunión de 14 de enero de 1983 y proyecto de prólogo del presidente, notas de las reuniones de 19 de marzo y de 7 de noviembre de 1984, entre otras; pruebas que, según la Comisión y el Tribunal de Primera Instancia, proporcionaban unos datos que las notas Blue Circle se limitaron a confirmar. [58]

4. Una respuesta suficientemente motivada

89. A la vista del contenido de la sentencia impugnada, resulta incomprensible la queja de Irish sobre la falta de motivación acerca del valor probatorio de las notas internas de Blue Circle y de los datos de hechos que proporcionan. Los apartados 875 a 901 son más que suficientes.

90. En particular, el argumento sobre la falta de identidad entre el pacto al que se refieren dichas notas y el acuerdo Cembureau es tratado en los apartados 876, 878 y 881, y el relativo a las importaciones procedente de Alemania Federal en el apartado 897.

91. Sospecho que la recurrente confunde falta de motivación con motivación discon-

57 — Véanse los apartados 921 a 1095, 1344, 1345, 1350 y 1352 de la sentencia, que se citan en el apartado 1399.

58 — Véase el punto 45, apartado (3), de la Decisión.

forme con su pretensión. Sobre el alcance de esta exigencia de todo pronunciamiento jurisdiccional, me remito a las consideraciones que he realizado en el anterior punto 77.

C. El escrito de convocatoria de la reunión de 14 de enero de 1983 —el Sr. Braz de Oliveira— (apartado 6 del motivo cuarto)

1. La posición de las partes

92. Irish razonó en la primera instancia que el escrito del Sr. Braz de Oliveira no era una carta de convocatoria de la reunión de jefes de delegación de 14 de enero de 1983, puesto que no había actuado como representante oficial de Cembureau, sino como representante de la asociación ante Irlanda y Dinamarca, Estados con los que compartía un puesto en el Comité Ejecutivo. Añade que, no obstante haber reconocido el error de calificación de tal documento, el Tribunal de Primera Instancia ha persistido en otorgarle una significación equivocada, por lo que su valor probatorio debe ser puesto en tela de juicio.

93. La Comisión recuerda que en la sentencia (apartados 930 a 941) ha sido valorado correctamente el escrito del Sr. Braz de Oliveira

2. Otra queja inadmisible e infundada

94. Este motivo del recurso puede ser contemplado en una doble dimensión. En la primera es claramente inadmisible y en la segunda carece de fundamento.

95. El argumento de Irish se dirige a discutir la valoración que, a efectos de prueba, ha realizado el Tribunal de Primera Instancia y, por consiguiente, es inadmisible.

96. El juez de la instancia reconoce la existencia de dos versiones de la carta de convocatoria para la reunión. Una «oficial», dirigida a todos los miembros de la asociación, y otra, la firmada por el Sr. Braz de Oliveira, miembro delegado del Comité Ejecutivo de Cembureau, cuyos destinatarios fueron únicamente Aalborg e Irish, de la que la Comisión dedujo que en la reunión de 14 de enero de 1983 se proyectaba establecer «reglas de juego» en el mercado europeo del cemento. El pasaje que permitió a la citada Institución obtener esa inferencia no estaba presente en la carta

«oficial». El Tribunal de Primera Instancia estimó que esta segunda convocatoria «no contradice en absoluto el contenido de la del Sr. Gil Braz de Oliveira», [59] cuyo valor para probar el objetivo de la reunión de 14 de enero de 1983 es pertinente, por las razones que expresa en los apartados 936 a 941 y 977 a 987 de su resolución.

97. Como puede apreciarse, el planteamiento del motivo no trasciende del campo probatorio, sin que la recurrente haya justificado, ni siquiera alegado, que concurran algunas de las circunstancias que justificarían la intromisión del Tribunal de Justicia en dicho ámbito para corregir al de Primera Instancia.

98. El motivo carece de fundamento, si lo que pretende denunciar Irish es que el Tribunal de Primera Instancia no ha contestado a sus reclamaciones sobre el particular. Remito al Tribunal de Justicia a los apartados 930 a 941 de la sentencia recurrida.

4. *La multa*

99. Una vez pronunciado el auto de inadmisión parcial, quedan en pie dos quejas de Irish en relación con la sanción impuesta en la Decisión, que ha sido rebajada por el Tribunal de Primera Instancia. La primera se refiere a la distinción realizada por la Comisión entre participantes directos y participantes indirectos en las reuniones de jefes de delegación (tercer motivo, apartado 13, y cuatro motivo, apartado 4), la segunda atañe al principio de proporcionalidad (tercer motivo, apartado 14, tercer argumento).

100. Voy a analizar ambas quejas conjuntamente, no sin antes dejar constancia de la posición de las partes.

A. Tercer motivo, apartado 13

101. Irish reprocha al Tribunal de Primera Instancia que haya admitido la distinción realizada por la Comisión entre participantes directos e indirectos en las reuniones de jefes de delegación, por estimar que se trata de un error que conduce a resultados absurdos.

102. Para la Comisión, la cuestión que plantea la recurrente afecta a la valoración de las pruebas y no puede ser abordada en casación. En cualquier caso la distinción estaría justificada.

59 — Véase el apartado 935 de la sentencia.

B. Cuarto motivo, apartado 4

103. En relación con la queja anterior, Irish reprocha al Tribunal de Primera Instancia no haber dado respuesta a su argumento de que la distinción entre participantes directos e indirectos produce efectos perversos. Facilita un ejemplo: la recurrente era el único productor de cemento en Irlanda; el Sr. Quirke fue el representante irlandés en la reunión de 14 de enero de 1983, de donde la Comisión dedujo que era empleado suyo, por lo que su participación en dicha reunión resultaba indiscutible; si, por el contrario, en la época hubiera habido algún otro productor irlandés de cemento, la presencia del mencionado señor en la reunión, pese a ser empleado de Irish, no habría conducido a la idea de que la representaba y sólo se la habría hecho responsable de la adopción de medidas de ejecución del acuerdo Cembureau.

104. La Comisión cree que el Tribunal de Primera Instancia no estaba obligado a dar respuesta a este argumento, que es falaz, aunque debía determinar si quedó demostrado que Irish se adhirió a la entente.

C. Tercer motivo, apartado 14, tercer argumento

105. Según la empresa recurrente, se ha cometido un error manifiesto de apreciación en el apartado 4964 de la sentencia que combate, cuando declara que el análisis realizado por la Comisión constituye una apreciación pertinente del grado de responsabilidad de cada una de las empresas sancionadas. No es correcto afirmar que quienes participan de manera secundaria, adoptando medidas de ejecución insignificantes en un acuerdo anticompetitivo, deban ser sancionados de igual manera que quienes lo promovieron y ejecutaron decididamente. Este planteamiento es contrario al principio de proporcionalidad, no disuade a los participantes en la entente con mayor responsabilidad e inflige una sanción excesiva a las empresas cuyo grado de culpabilidad es menor.

106. Añade que el Tribunal de Primera Instancia ha inaplicado los criterios definidos por el Tribunal de Justicia en la sentencia Musique Diffusion française y otros/Comisión. [60]

107. Termina matizando que el Tribunal de Primera Instancia no ha examinado los argumentos tendentes a demostrar que su conducta no pudo tener efectos directos sobre el cierre de los mercados nacionales y que no hubo de ser clasificada en la categoría de las empresas con mayor responsabilidad. El propio órgano de instancia ha reconocido que su participación en la infracción sancionada en el artículo 2, apartado 2, descrita en los capítulos 4, 5 y 6 de la Decisión, era casi inexistente o, en

60 — Sentencia de 7 de junio de 1983 (asuntos acumulados 100/80 a 103/80, Rec. p. 1825).

todo caso, limitada, por lo que debió colegir que su responsabilidad también lo era. Esta afirmación sería incompatible con el mantenimiento de la multa.

108. La Comisión expresa que este argumento de Irish es inadmisible, porque no se refiere a un error de derecho, sino a la manera en que el Tribunal de Primera Instancia ha apreciado la gravedad de la infracción y a la cuantía de la multa. Añade que, de todas formas, el montante de la sanción ha sido reducido en la sentencia.

109. En cuanto al fondo, razona que la multa ha sido impuesta contemplando el acuerdo Cembureau en su conjunto. No han sido calculadas multas distintas para cada una de las medidas de aplicación del acuerdo.

D. Los criterios utilizados por la Comisión para la imposición de las multas

110. En la comprensión de estas quejas, procede dejar constancia de la estructura de la Decisión y de los criterios esgrimidos para sancionar.

111. La Decisión contempla dos mercados diferenciados, el del cemento gris y el del cemento blanco. En relación con el primero, imputa la adopción del acuerdo Cembureau, por el que se convino el respeto de los mercados nacionales y la regulación de las transferencias de cemento de un país a otro. Los artículos 2 a 6 recogen conductas, bilaterales o multilaterales, encaminadas a ejecutar o a facilitar la ejecución de ese acuerdo «único y continuo», así como a remover los obstáculos que pudieran erigirse a su efectividad, por ejemplo, la llamada «amenaza griega». El artículo 7 se refiere a conductas anticompetitivas en el marco del cemento blanco.

112. La Comisión estableció sanciones separadas para las infracciones a uno y otro mercado. [61]

113. En el mercado del cemento gris, único en el que reprocha conductas anticompetitivas a Irish, decidió no sancionar cada comportamiento aislado, imponiendo una multa global a cada empresa, dada la interrelación existente entre el acuerdo Cembureau y todas sus medidas de

61 — Véase el punto 65, apartado (7), de la Decisión.

aplicación. [62] Esta forma de proceder es legítima y tiene su fundamento en la potestad de la Comisión para pronunciarse en una sola decisión sobre varias infracciones. [63]

114. Entendió, además, que todas las empresas y las asociaciones destinatarias de la Decisión se sumaron al acuerdo Cembureau, detallando los elementos que determinaron la contribución de cada una. Así, Irish se adhirió, en calidad de miembro de Cembureau, al acuerdo o principio de respeto de los mercados nacionales en el momento en que fue debatido y aprobado, cooperando en la adopción de medidas y acuerdos encaminados a completarlo para contribuir a su aplicación. [64]

115. «No obstante, ha tenido presente, dentro de esta consideración general, el papel desempeñado por cada empresa en la celebración del acuerdo», así como en las medidas y los convenios decididos para complementarlo y aplicarlo. También ha ponderado la duración de unas y otros. [65]

116. De conformidad con lo anterior, singularizó dos grupos de empresas y asociaciones: por un lado, las que intervinieron en el acuerdo Cembureau y, por otro lado, el resto de las empresas, con una intervención menos decisiva, de menor gravedad. [66]

117. Dentro de la primera categoría, la Comisión distinguió tres subgrupos: 1) el constituido por las empresas y las asociaciones que colaboraron de manera directa, en calidad de miembros de Cembureau, en la adopción del acuerdo sobre respeto de los mercados nacionales, así como en las medidas de protección directa de esos mercados, grupo en el que incluyó a Irish; 2) un segundo subgrupo formado por las compañías que asumieron, a través de sus principales directivos, la función de jefes de delegación en Cembureau, tanto en la época en la que se llegó al acuerdo, como en la de su ejecución; y 3) el último, integrado por las sociedades que compartieron la aplicación del acuerdo con medidas encaminadas a proteger los mercados nacionales. [67]

62 — Véase el punto 65, apartado (8), primer guión, de la Decisión.

63 — Véase la sentencia de 16 de diciembre de 1975, Suiker Unie y otros/Comisión (asuntos acumulados 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, Rec. p. 1663), apartado 111. Sobre la determinación de la cuantía de las multas en las infracciones complejas puede consultarse E. David, «La détermination du montant des amendes sanctionnant les infractions complexes: régime commun ou régime particulier?», *Revue trimestrielle de droit européen*, nº 36(3), julio-septiembre de 2000, pp. 511 a 545.

64 — Véase la Decisión, punto 65, apartado (3), letra a), y apartado (9), letra a), primer guión.

65 — Punto 65, apartado (9), párrafo primero, de la Decisión. Véase también el apartado 4950 de la sentencia. La Comisión «ha fijado una multa global para cada empresa, teniendo en cuenta su participación en el acuerdo o principio Cembureau y en sus medidas de aplicación» [punto 65, apartado (8), segundo guión].

66 — Punto 65, apartado (9), letras a) y b), de la Decisión.

67 — Punto 65, apartado (9), letra a), de la Decisión.

118. En la segunda categoría también diferenció entre tres géneros de responsables: 1) las empresas que sólo contribuyeron a canalizar los excedentes de producción hacia terceros países; 2) las que, no obstante haber coadyuvado a proteger directamente los mercados nacionales, trataron de no aplicar el principio Cembureau; y 3) la sociedad Ciments Luxembourgeois que, pese a ser miembro directo de la asociación y haber asistido a las reuniones de jefes de delegación durante las que se adoptó el acuerdo, no se asoció a ninguna medida de ejecución. [68]

119. La Comisión sancionó a las empresas y a las asociaciones incluidas en la primera categoría con el 4 % de la respectiva cifra de negocios en el mercado del cemento gris durante 1992. Las catalogadas en la segunda fueron castigadas con una multa del 2,8 % de igual parámetro. [69]

120. El Tribunal de Primera Instancia estimó en parte el recurso de Irish porque, para cuantificar la multa, la Comisión apreció que estuvo en la entente Cembureau a lo largo de 122 meses, aunque sólo se habían acreditado 71,5 meses, [70] por lo que redujo proporcionalmente el importe de la multa. [71]

121. A este modo de proceder, ratificando la distinción entre participantes directos y participantes indirectos, la recurrente achaca la vulneración del artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17 y lo moteja de manifiestamente erróneo y absurdo.

122. El motivo, así planteado, es inadmisible por dos órdenes de razones.

123. En primer lugar, porque la recurrente se limita a reproducir los mismos argumentos expuestos en la demanda, a los que se dio respuesta en los apartados 4965 y siguientes de la sentencia impugnada. Irish no alega nada nuevo en este motivo, que no haya sido objeto de discusión y de decisión en el proceso judicial. Aprovecha que el

68 — Punto 65, apartado (9), letra b) de la Decisión.

69 — Véase el escrito enviado el 7 de julio de 1998 por la Comisión al Tribunal de Primera Instancia, en particular, los apartados 2 y 3. También los apartados 4738, 4957 y 4963 de la sentencia recurrida.

70 — Véanse los apartados 4807 a 4814 de la sentencia, en concreto, el segundo guión de este último apartado.

71 — Véanse el apartado 4815 y el séptimo guión del punto 29 de la parte dispositiva de la sentencia recurrida.

Tribunal de Primera Instancia emplea igual criterio de cuantificación de las multas que la Comisión para reproducir un debate que no es, en realidad, crítica de la sentencia recurrida, sino del pronunciamiento administrativo sancionador.

124. En segundo término, porque el planteamiento de Irish no trasciende del ámbito de la valoración de la prueba y del terreno de las meras hipótesis, [72] puesto que lo decisivo es que, por entonces, era la única productora irlandesa de cemento y quien presidía la delegación de su país en la reunión de 14 de enero de 1983 era uno de sus empleados.

125. Va de suyo también la manifiesta ausencia de fundamento de la queja de Irish sobre la falta de respuesta por parte del Tribunal de Primera Instancia a sus argumentos. La contestación que la recurrente echa en falta está en la sentencia. En el apartado 4940 se hace referencia a las reclamaciones deducidas por Irish sobre el particular y en los números 4965 y siguientes se reflexiona, en respuesta a los argumentos de todas las partes, sobre la corrección jurídica del criterio seguido por la Comisión. Respecto de la motivación exigible a las resoluciones del Tribunal de Primera Instancia, me remito a lo expresado en el anterior punto 77, sin que sea menester dar una respuesta individualizada a todos y cada una de las alegaciones deducidas por las partes. Las motivaciones implícitas en la decisión judicial son también legítimas en la medida en que satisfacen las finalidades perseguidas con esta garantía del ejercicio racional del poder.

126. En este recurso de casación, como en los otros cinco que han sido interpuestos contra la sentencia, se repiten las quejas que se basan en una supuesta falta de motivación. No me resisto a señalar que tales lamentos, sobre todo por la insistencia con que se realizan, son inapropiados. Una resolución judicial que ocupa casi 1.200 páginas de la Recopilación, que contiene 5.134 apartados, en la que, con un gran esfuerzo de síntesis, se ordenan, depuran y sistematizan los razonamientos expuestos por cuarenta y una demandantes, para dar respuesta a todos, sería lo que se quiera menos inmotivada.

127. Por supuesto que la contestación expresa a algún argumento aislado puede haberse quedado en el tintero, pero, precisamente, por constituir un texto único e integrado, la solución en muchos casos, como el suscitado por Irish, está implícita en el discurso argumental. Cuando el Tribunal de Primera Instancia afirma que la Comisión decidió «acertadamente» sancionar la participación en el acuerdo Cembureau en cuanto tal, con independen-

72 — Véase el anterior punto 103.

cia de los comportamientos aislados y del número de medidas de ejecución adoptadas por cada empresa,[73] cuando dice que es fundada la distinción realizada por la Comisión entre participantes directos e indirectos,[74] cuando expresa que, por consiguiente, «no estaba obligada a evaluar el papel concreto desempeñado por cada una [de las compañías] en los diversos hechos constitutivos de infracción»[75] y cuando razona que «el número de infracciones específicas cometidas por una empresa determinada en el marco del acuerdo Cembureau no constituye, en el supuesto de autos, un criterio pertinente de evaluación de su grado de responsabilidad»,[76] le está diciendo a Irish que el criterio seguido por la Institución mencionada no es erróneo.

E. La satisfacción del principio de proporcionalidad

128. La queja relativa a la vulneración del principio de proporcionalidad también carece de fundamento.

129. La sanción tiene una doble finalidad: represiva y disuasoria. Quiere castigar una conducta y desalentar a los autores, además de a otros eventuales infractores, de la realización de comportamientos anticompetitivos. Debe ser, pues, apropiada a tales fines, guardando el equilibrio adecuado para que la multa retribuya la conducta que se sanciona y, a la par, sea ejemplar.

130. En el primer aspecto, el retributivo, como corolario del principio de personalidad de las penas, la sanción ha de ser proporcionada a la gravedad de la infracción y a las demás circunstancias, subjetivas y objetivas, que concurran en cada caso. Por esta razón, el artículo 15, apartado 2, *in fine,* del Reglamento nº 17 dispone que la cuantía de la multa se fije tomando en consideración la gravedad de la infracción y también, si procede, su duración.

131. El Tribunal de Justicia ha declarado que la gravedad de las infracciones ha de apreciarse en función de un gran número de factores, como las circunstancias específicas del asunto, su contexto y el alcance disuasorio de las multas, habiendo añadido que no existe una lista taxativa o exhaustiva de criterios.[77]

73 — Apartados 4975 y 4966.

74 — Apartado 4968.

75 — Apartado 4965.

76 — Apartado 4966.

77 — Véanse la sentencia Musique Difussion française y otros/Comisión, ya citada, apartado 120, y la de 17 de julio de 1997, Ferriere Nord/Comisión (C-219/95 P, Rec. p. I-4411), apartado 33; también el auto de 25 de marzo de 1996, SPO y otros/Comisión (C-137/95 P, Rec. p. I-1611), apartado 54.

132. Creo que hay tres criterios centrales para esa apreciación: la naturaleza de la infracción, el impacto sobre la competencia y la delimitación geográfica del mercado afectado; cada uno contemplado en una dimensión objetiva, la de la infracción misma, y en otra subjetiva, la de la empresa responsable. [78]

133. Así han de apreciarse el contenido de las conductas anticompetitivas, la extensión del mercado sobre el que inciden y, muy específicamente, el deterioro sufrido por el orden público económico, a cuyo efecto no son desdeñables datos como la duración de la práctica prohibida, la índole material del mercado en cuestión, el número y la intensidad de las medidas de aplicación puestas en marcha.

134. En el plano subjetivo, el de las empresas responsables, se hacen presentes circunstancias como la de su importancia relativa o cuota de mercado en el sector económico de que se trate, así como la reiteración en la realización de conductas contrarias a la competencia.

135. La exigencia de que la sanción sea proporcionada a la gravedad de la conducta produce la consecuencia de que, cuando una infracción sea cometida por varias personas, [79] haya que examinar, utilizando las expresadas pautas, la gravedad relativa de la participación de cada una. [80] Es un imperativo del principio de igualdad, que demanda que la multa sea idéntica para todas las empresas en la misma situación e impide que las que se encuentran en trance distinto sean castigadas con sanción similar.

136. El Tribunal de Primera Instancia así lo ha hecho, al ratificar y aplicar los criterios utilizados por la Comisión para fijar el importe de las multas. Esos criterios, lejos de responder a una clasificación arbitraria de las sociedades y las asociaciones responsables, son el resultado de un análisis detallado de la participación y del comportamiento de cada una. Buena prueba son los apartados (3), (5) y (9) del punto 65 de la Decisión, en la que, no debe olvidarse, existe una extensa primera parte, que contiene los hechos, donde aparece descrita la intervención de las distintas entidades y asociaciones expedientadas.

137. Todos los comportamientos, que necesariamente no son idénticos, perse-

78 — En la obra ya citada, E. David afirma que «la gravité s'apprécie selon trois critères: la nature de l'infraction, son impact sur le marché lorsqu'il est mesurable et le marché géographique et à deux niveaux: ceux de l'infraction et de l'entreprise» (p. 522).

79 — Las infracciones del artículo 81 CE suponen por definición un comportamiento colectivo.

80 — Véanse las sentencias, ya citadas, Suiker Unie y otros/ Comisión, apartado 623, y Hercules Chemicals/Comisión, apartado 110.

guían un mismo objetivo anticompetitivo, por lo que, a efectos sancionatorios, podían ser agrupados por su gravedad en una o en varias categorías en función de la incidencia sobre el mercado y de la afectación de la libre competencia.

138. Nada hay de irregular en este proceder, pues, como ya he apuntado, la gravedad de una infracción es susceptible de ser apreciada atendiendo a la lesión que las conductas hayan causado al orden público económico. Tal y como se expresa en el apartado 4966 de la sentencia recurrida, cada una de las empresas que colaboró en el acuerdo Cembureau «intentó garantizar el respeto de los mercados nacionales a través del número de medidas que consideró necesarias, dependiendo de sus intereses comerciales y de la situación geográfica de su mercado natural. Por consiguiente, el hecho de haber tomado parte, teniendo en cuenta estos elementos, en un número limitado de medidas ilícitas no traduce una adhesión menos fuerte al acuerdo Cembureau y, por tanto, una responsabilidad menor». En relación con el perjuicio para la competencia, su situación era la misma.

139. Las razones que expone la Comisión, asumidas por el Tribunal de Primera Instancia,[81] para distinguir entre las dos categorías de empresas responden a un criterio objetivo y razonable, como es el de la incidencia de las conductas en la competencia y, en particular, en la división y la separación de los mercados nacionales. De este modo, los comportamientos descritos en los artículos 2, 3 y 4 de la Decisión, en cuanto perseguían la protección directa de dichos mercados, fueron reputados los más graves, en tanto que los descritos en los artículos 5 y 6, «con efectos menos directos»,[82] podían ser calificados de menos graves.

140. Por lo demás, la queja de Irish se manifiesta inadmisible cuando afirma que el Tribunal de Primera Instancia no ha dado respuesta al argumento sobre la incapacidad de su conducta para afectar al cierre de los mercados nacionales. Remito al Tribunal de Justicia a los apartados 4966 y 4975 de la sentencia y a las consideraciones que he realizado en los anteriores puntos 125 a 127.

141. La misma suerte debe correr el motivo en la medida en que Irish intenta convencer al Tribunal de Justicia sobre la irrelevancia de su intervención en los hechos y la nimia

81 — Véanse el punto 65, apartado (9), de la Decisión y el apartado 4968 de la sentencia de instancia.

82 — Apartado 4968, *in fine*, de la sentencia atacada.

responsabilidad que cabe atribuirle en su realización. Es una cuestión de hecho ajena al debate propio de un recurso de casación.

142. En atención a las anteriores consideraciones, los motivos relativos a la multa deben también ser declarados inadmisibles e infundados.

143. El rechazo de todos los motivos que fueron admitidos a trámite conduce a la total desestimación del recurso de casación.

V. Las costas

144. Habida cuenta de la petición realizada por la Comisión, las costas causadas en la tramitación de este recurso de casación deben ser impuestas a Irish, en virtud de lo preceptuado por el artículo 122, párrafo primero, en relación con el artículo 69, apartado 2, párrafo primero, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.

VI. Conclusión

145. De acuerdo con las precedentes reflexiones, propongo al Tribunal de Justicia que:

1) Desestime en su totalidad los motivos del recurso de casación interpuesto por Irish Cement Limited que no fueron rechazados en el auto de 5 de junio de 2002.

2) Confirme la sentencia impugnada en lo que a dicha empresa se refiere.

3) Condene a la sociedad recurrente al pago de las costas causadas en la tramitación de este recurso.