CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. PAOLO MENGOZZI
presentadas el 6 de noviembre de 2008 [1]

Índice

I. Antecedentes, procedimiento y pretensiones de las partes . . . . . I - 5850

II. Análisis jurídico . . . . . I - 5852

A. Observación preliminar . . . . . I - 5852

B. Sobre el primer motivo, relativo a una vulneración del derecho de defensa en cuanto se atribuye a la recurrente la condición de líder del cártel . . . . . I - 5853

1. Consideraciones del Tribunal de Primera Instancia . . . . . I - 5853

2. Alegaciones de las partes . . . . . I - 5854

3. Apreciación . . . . . I - 5856

C. Sobre el recurso contra la Decisión impugnada: apreciación de la existencia de una vulneración del derecho de defensa en cuanto a la atribución a la recurrente de la condición de líder del cártel . . . . . I - 5863

D. Sobre el segundo motivo, relativo a la vulneración de las garantías procesales como consecuencia de la utilización del informe del FBI como prueba de la condición de líder del cártel de la recurrente . . . . . I - 5865

1. Consideraciones del Tribunal de Primera Instancia . . . . . I - 5865

2. Alegaciones de las partes . . . . . I - 5867

3. Apreciación . . . . . I - 5870

a) Interpretación de la sentencia impugnada . . . . . I - 5870

b) Sobre la exactitud de los criterios de análisis seguidos en la sentencia impugnada I - 5872

1 — Lengua original: italiano.

i) Sobre la inexistencia de una prohibición general de utilización por parte de la Comisión de pruebas obtenidas en el contexto de un procedimiento distinto del tramitado por ella . . . . . I - 5873

ii) Sobre la vulneración de garantías procesales específicas . . . . . I - 5876

— Sobre la existencia de condiciones para la utilización por parte de la Comisión de pruebas obtenidas en el marco de un procedimiento distinto del tramitado por ella: el respeto de los derechos procesales . . I - 5877

— Sobre los criterios elaborados por el Tribunal de Primera Instancia sobre las modalidades que la Comisión debe observar para garantizar el respeto de los derechos procesales y sobre su aplicación en el caso de autos . . I - 5880

E. Sobre el recurso contra la Decisión impugnada: ¿podía utilizar la Comisión el informe del FBI como prueba de la condición de líder del cártel de la recurrente? . . . . . I - 5887

F. Sobre los motivos (tercero, cuarto y quinto) relativos a la declaración escrita de Cerestar . . . . . I - 5887

G. Sobre el recurso contra la Decisión impugnada: ¿demostró suficientemente la Comisión el papel de líder desempeñado por ADM en el cártel? . . . . . I - 5889

H. Sobre el sexto motivo, relativo a la falta de reconocimiento de una circunstancia atenuante en relación con la cesación de la participación de ADM en el cártel desde las primeras intervenciones de las autoridades de defensa de la competencia estadounidenses . . . . . I - 5890

1. Consideraciones del Tribunal de Primera Instancia . . . . . I - 5890

2. Alegaciones de las partes . . . . . I - 5892

3. Apreciación . . . . . I - 5892

I. Sobre el noveno motivo, relativo a las repercusiones concretas del cártel en el mercado I - 5895

1. Consideraciones del Tribunal de Primera Instancia . . . . . I - 5895

2. Alegación de las partes . . . . . I - 5896

3. Apreciación . . . . . I - 5897

J. Sobre los motivos (séptimo y octavo) relativos a la vulneración del principio del respeto de la confianza legítima por cuanto respecta a la apreciación de la cooperación de ADM en el curso del procedimiento administrativo . . . . . I - 5901

1. Sobre el motivo relativo a las declaraciones realizadas por los agentes de la Comisión en el curso del procedimiento administrativo . . . . . I - 5902

2. Sobre el motivo relativo al incumplimiento de las condiciones previstas en la sección B de la Comunicación sobre la cooperación . . . . . I - 5903

K. Sobre el recurso contra la Decisión impugnada: ¿debe la recurrente ser considerada, de conformidad con la sección B, letra b), de la Comunicación sobre la cooperación, como la primera empresa en facilitar la Comisión elementos determinantes para probar la existencia del cártel? . . . . . I - 5904

L. Nueva determinación del importe de la multa impuesta a la recurrente . . . . . I - 5909

M. Sobre las costas . . . . . I - 5909

III. Conclusión . . . . . I - 5910

I. Antecedentes, procedimiento y pretensiones de las partes

1. Mediante la Decisión 2002/742/CE (en lo sucesivo, «Decisión impugnada»), [2] la Comisión, tras un procedimiento tramitado de conformidad con el Reglamento nº 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, [3] declaró, en su artículo 1, que Archer Daniels Midland Co (en lo sucesivo, «recurrente» o «ADM») y otras empresas habían vulnerado el artículo 81 CE, apartado 1, y el artículo 53, apartado 1, del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE) por participar en un acuerdo continuado y una práctica concertada en el sector del ácido cítrico.

2. En el considerando 158 de la Decisión impugnada la Comisión identificó, como elementos pertinentes en el caso de autos para constatar la citada infracción, la asignación de mercados y cuotas de mercado, la congelación, restricción y eliminación de capacidad de producción, acordar incrementos concertados de precios, la designación del productor que debía «encabezar» los incrementos de precios en cada mercado nacional, la elaboración de listas de precios máximos actuales y futuros para coordinar los incrementos de precios, la concepción y aplicación de un sistema de información y supervisión para garantizar la aplicación de los acuerdos restrictivos, el reparto o asignación de clientes, la participación en reuniones regulares y el mantenimiento de otros contactos para acordar estas restricciones y ejecutarlas y modificarlas en caso de necesidad.

3. En el artículo 3 de la Decisión impugnada se imponían multas a las empresas responsables de la citada infracción. A efectos del

2 — Decisión de la Comisión, de 5 de diciembre de 2001, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 81 del Tratado CE y con el artículo 53 del Acuerdo EEE (Asunto COMP/E-1/36 604 — Ácido cítrico) (DO 2002, L 239, p. 18).

3 — Primer reglamento de aplicación de los artículos [81] y [82] del Tratado (DO nº 13, p. 204; EE 08/01, p. 22).

cálculo del importe de tal multa, la Comisión aplicó, aun sin mencionarlo expresamente, el método expuesto en sus propias Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del apartado 2 del artículo 15 del Reglamento nº 17 y del apartado 5 del artículo 65 del Tratado CECA (en lo sucesivo, «Directrices») [4] y, según el caso, aplicó además, citándola expresamente, su Comunicación de 1996 relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con acuerdos entre empresas (en lo sucesivo, «Comunicación sobre la cooperación»). [5]

4. El importe de la multa impuesta a la recurrente se fijó en 39,69 millones de EUR.

5. En el marco de la determinación del importe de la multa, la Comisión, valorando la gravedad de la infracción, tuvo particularmente en cuenta el hecho de que el cártel había tenido repercusiones concretas en el mercado del ácido cítrico del EEE. Al importe de base de la multa a ADM, fijado en 58,8 millones de EUR en función de la gravedad y de la duración de la infracción, la Comisión aplicó, en concepto de circunstancia agravante, un incremento del 35 % por el motivo de que ADM, conjuntamente con otra empresa, había desarrollado un papel de líder del cártel. Además, se denegó a ADM, en favor de otra empresa, Cerestar Bioproducts BV (en lo sucesivo, «Cerestar»), el beneficio previsto en la sección B de la Comunicación sobre la cooperación, es decir, la «no imposición» o la «reducción muy importante» del importe de la multa que se le había impuesto a falta de cooperación. En efecto, la Comisión consideró que fue Cerestar y no ADM la primera empresa que facilitó elementos determinantes para probar la existencia del acuerdo, en el sentido de la sección B, letra b), de la Comunicación sobre la cooperación, y que ADM, en su condición de líder del cártel, tampoco cumplía el requisito establecido en la sección B, letra e), de la citada Comunicación. No obstante, en virtud de la sección D de tal Comunicación, la Comisión permitió a ADM una «reducción significativa» (del 50 %) del importe de la multa.

6. Mediante demanda presentada en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 28 de febrero de 2002, ADM solicitó, por un lado, la anulación del artículo 1 de la Decisión impugnada, en la parte en que se declara que vulneró los artículos 81 CE y 53 del Acuerdo EEE al participar en la restricción de las capacidades del mercado de referencia y en la designación del productor que debía «encabezar» los aumentos de precios en cada segmento nacional de los que integran dicho mercado y, por otro lado, la anulación del artículo 3 de dicha Decisión en la medida en que se refiere a ella o, con carácter subsidiario, su modificación suprimiendo o reduciendo la multa que se le impuso.

4 — DO 1998, C 9, p. 3.
5 — DO 1996, C 207, p. 4.

7. Mediante sentencia de 27 de septiembre de 2006 (en lo sucesivo, «sentencia impugnada»), [6] el Tribunal de Primera Instancia acogió la pretensión de la recurrente de anulación parcial del artículo 1 de la Decisión impugnada, mientras que desestimó las pretensiones de la recurrente relativas a la multa que se le impuso en el artículo 3 de la misma Decisión, condenó a la Comisión a soportar una décima parte de las costas en que hubiera incurrido la recurrente y a esta última a soportar el resto de sus propias costas y las costas en que hubiera incurrido la Comisión.

8. Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia de 11 de diciembre de 2006, la recurrente impugnó la sentencia antes citada, solicitando al Tribunal de Justicia que la anule en la medida en que desestimó su recurso contra la Decisión impugnada y además, que anule su artículo 3 en lo que se refiera a la recurrente o que lo modifique de modo que se anule o reduzca la multa que se le impuso, o bien, con carácter subsidiario, que devuelva el asunto al Tribunal de Primera Instancia para que se pronuncie con arreglo a los principios de Derecho que establezca el Tribunal de Justicia, en cualquier caso con condena a la Comisión a soportar las costas de las dos instancias.

9. En su escrito de contestación, la Comisión solicita al Tribunal de Justicia que desestime el recurso de casación y que condene en costas a la recurrente.

10. Los representantes de las partes fueron oídos en la vista celebrada el 8 de mayo de 2008.

II. Análisis jurídico

A. *Observación preliminar*

11. En apoyo del recurso de casación, la recurrente formula nueve motivos, que versan en su totalidad sobre la determinación del importe de la multa que se le impuso.

12. Mediante los primeros cinco motivos de casación, la recurrente censura las apreciaciones que indujeron al Tribunal de Primera Instancia a desestimar las alegaciones que había formulado contra el incremento del 35 % del importe de base de la citada multa, incremento aplicado por la Comisión a la vista de la circunstancia agravante constituida por el papel de líder que ADM asumió en el cártel del ácido cítrico. El primero de estos motivos versa sobre la falta de comprobación, por parte del Tribunal de Primera Instancia, de una vulneración del derecho de defensa de la recurrente, derivada de la falta de impugnación de dicha circunstancia agravante o de los hechos inherentes a la misma en el curso del procedimiento administrativo. Los cuatro motivos siguientes versan en cambio, en conceptos distintos, sobre apreciaciones mediante las cuales el Tribunal de Primera Instancia descartó que las consideraciones

6 — Archer Daniels Midland/Comisión (T-59/02, Rec. p. II-3627).

que sirvieron de base en la Decisión impugnada para atribuir a ADM la condición de líder fueran idóneas, tal como sostiene la recurrente, para justificar tal calificación.

B. *Sobre el primer motivo, relativo a una vulneración del derecho de defensa en cuanto se atribuye a la recurrente la condición de líder del cártel*

1. Consideraciones del Tribunal de Primera Instancia

13. Los últimos cuatro motivos se refieren a la falta de reconocimiento de una circunstancia atenuante, la valoración de las repercusiones concretas del cártel en el mercado y la valoración de la cooperación prestada por la recurrente a la Comisión en el curso del procedimiento administrativo.

14. He de anticipar ya que algunos de los citados motivos me parecen fundados, que la sentencia impugnada debería ser pues, a mi juicio, anulada en algunos puntos y que considero que el estado de los autos permite al Tribunal de Justicia, en virtud del artículo 61, apartado 1, de sus Estatutos, resolver definitivamente sobre el litigio, tal como solicita la recurrente. En aras de una mayor comodidad en la exposición, habida cuenta del número de motivos, realizaré en su momento el examen de aquéllos que considero basados en la apreciación de los motivos pertinentes del recurso de primera instancia que el Tribunal de Primera Instancia desestimó, y a continuación el examen de las partes de la sentencia impugnada que deberían anularse.

15. Ante el Tribunal de Primera Instancia la recurrente alegó que la Comisión había vulnerado su derecho de defensa en la medida en que la acusación de ser líder del cártel no fue formulada en el curso del procedimiento administrativo y en la medida en que el pliego de cargos no indicaba los elementos (relativos en particular al papel desarrollado por algunos de sus representantes en las reuniones del cártel) en que se basaba tal acusación en la Decisión impugnada. La recurrente censuró además que no pudo pronunciarse en el curso del citado procedimiento sobre la utilización como pruebas, en apoyo de tal acusación, del informe del Federal Bureau of Investigation (en lo sucesivo, «FBI») de los Estados Unidos relativo a declaraciones ante agentes del FBI por un antiguo representante de ADM realizadas el 11 y el 12 de octubre de 1996 (en lo sucesivo, «informe del FBI»), así como de la declaración escrita de Cerestar de 18 de marzo de 1999 [7] dirigida a la Comisión (en lo sucesivo, «declaración escrita de Cerestar»).

7 — La Decisión controvertida menciona la declaración de Cerestar de 25 de marzo de 1999. Sin embargo, no se trata de dos declaraciones distintas, sino de la misma. Como se desprende del apartado 371 de la sentencia impugnada, la declaración de Cerestar lleva la fecha de 18 de marzo de 1999, pero fue comunicada a la Comisión el 25 de marzo de 1999.

16. El Tribunal de Primera Instancia invocó antes de nada la sentencia del Tribunal de Justicia Musique diffusion française y otros/Comisión, [8] según la cual desde el momento en que la Comisión indica expresamente, en el pliego de cargos, que va a examinar si procede imponer multas a las empresas implicadas e indica los principales elementos de hecho y de Derecho que pueden dar lugar a la imposición de una multa, tales como la gravedad y la duración de la presunta infracción y el hecho de haberla cometido «deliberadamente o por negligencia», dicha institución cumple su obligación de respetar el derecho de las empresas a ser oídas, dando a estas últimas las indicaciones necesarias para defenderse, no sólo contra la calificación de los hechos como infracción, sino también contra la posibilidad de que se les imponga una multa. [9]

17. El Tribunal de Primera Instancia desestimó pues las citadas imputaciones de la recurrente, al estimar que en el pliego de cargos la Comisión indicó los principales elementos fácticos y jurídicos que podían constituir el fundamento de la multa que preveía imponer a ADM y al poner de manifiesto que «el respeto del derecho de defensa de las empresas implicadas no obliga a la Comisión a indicar en el pliego de cargos con mayor precisión el modo en que se servirá, en su caso, de cada uno de estos factores a la hora de determinar el nivel de la multa». Invocando a la sentencia Michelin/Comisión, [10] el Tribunal de Primera Instancia observó en particular que «la Comisión no estaba obligada a indicar ni que podía considerar líder del cártel a ADM ni cuál sería la magnitud del incremento que podría aplicar por este motivo a la multa de ADM». Sobre la utilización como pruebas del informe del FBI y de la declaración escrita de Cerestar, señaló que «la Comisión [había adjuntado] dichos documentos al pliego de cargos, ofreciendo así a las partes la posibilidad de expresarse sobre ellos, incluso en lo que respecta a su utilización como pruebas». [11]

2. Alegaciones de las partes

18. Mediante el motivo examinado, la recurrente reprocha al Tribunal de Primera Instancia haber llegado a la conclusión, en vulneración del principio de tutela del derecho de defensa, que la Comisión no estaba obligada a advertir en el pliego de cargos a la empresa destinataria de la posibilidad de que ésta fuera calificada de líder del cártel y que no tiene que indicar los hechos en que se basa tal calificación. Por otro lado, en su opinión, la segunda de las conclusiones no está suficientemente motivada.

19. A juicio de la recurrente, el papel de líder del cártel constituye uno de los principales elementos fácticos que califican la gravedad del comportamiento de una empresa que ha cometido una infracción y que deben desprenderse del pliego de cargos, [12] entre otras razones porque el incremento aplicado por la Comisión por esta circunstancia

8 — Sentencia de 7 de junio de 1983 (100/80 a 103/80, Rec. p. 1825), apartado 21.

9 — Sentencia impugnada, apartado 434.

10 — Sentencia de 9 de noviembre de 1983 (322/81, Rec. p. 3461), apartado 20.

11 — Sentencia impugnada, apartados 436, 438 y 439.

12 — La recurrente invoca a este respecto las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 20 de marzo de 2002, HFB y otros/Comisión (T-9/99, Rec. p. II-1487), apartados 316 y 317, y LR AF 1998/Comisión (T-23/99, Rec. p. II-1705), apartados 203 a 205, así como la sentencia de 8 de julio de 2004, Corus UK/Comisión (T-48/00, Rec. p. II-2325), apartado 153.

agravante supone en general entre el 30 % y el 50 % del importe de la multa.

20. Además, los hechos en que se basa la calificación del líder del cártel también deben, en opinión de la recurrente, ser mencionados en el pliego de cargos o al menos poder ser razonablemente deducidos de los documentos adjuntos al mismo. [13] Ahora bien, en el caso de autos no se dan ni la mención de tales hechos en el pliego de cargos ni la posibilidad de inducirlos de los documentos adjuntos al mismo, y ello en la medida en que: a) la Comisión había indicado expresamente en el pliego de cargos que, al calcular el importe de la multa y, en particular, al valorar el papel desempeñado por cada una de las empresas, había tenido en cuenta los hechos tal como se describían en el documento; b) la identificación del líder del cártel era difícil como consecuencia de la complejidad de los hechos, tal como se reconoció en la Decisión impugnada (considerando 273) y en la sentencia impugnada (apartado 300); c) al indicar en el curso del procedimiento administrativo a ADM que podía acogerse a la sección B de la Comunicación sobre la cooperación, la Comisión había inducido a pensar que no consideraba a ADM líder del cártel; d) no cabe exigir a una empresa, a falta de advertencias específicas, que examine y refute con pruebas contrarias cada hecho resultante de diversos y voluminosos documentos adjuntados a un pliego de cargos, comportamiento éste que podría significar para la empresa la pérdida del beneficio de la aplicación de la sección B de la Comunicación sobre la cooperación, la cual presupone, entre otras cosas, una cooperación permanente y total por parte de la empresa.

13 — Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de marzo de 1992, Shell/Comisión (T-11/89 Rec. p. II-757), apartado 62.

21. La Comisión sostiene que las imputaciones de la recurrente son infundadas. A su juicio, se basa en una distinción artificiosa entre el papel de líder desempeñado en un cártel y las consecuencias que tal papel tienen sobre la determinación del importe de la multa. La recurrente pierde de vista el hecho de que el papel de líder repercute sobre tal importe, pero no sobre la constatación de la infracción. Por tanto, a su juicio, no es necesario que en el pliego de cargos la Comisión indique de forma más detallada «hechos que en realidad constituyen una anticipación del importe de la multa». En cambio, a su juicio, en el caso de autos bastaba indicar, tal como hizo, que en la apreciación de la gravedad de la infracción tuvo en cuenta el papel desempeñado por cada una de las empresas afectadas.

22. La Comisión observa que el informe del FBI y la declaración escrita de Cerestar estaban comprendidas entre los ocho documentos adjuntos al pliego de cargos.

23. Añade que el papel desempeñado por la recurrente en el cártel es mencionado en la parte principal del pliego de cargos (citando, a título ejemplificativo, los puntos 63, 71, 84, 85, 93, 94 y 104 de este último). Además, en su respuesta a tal pliego de cargos la recurrente se refirió expresamente a los dos documentos citados y definió ampliamente su posición sobre su función en el cártel, excluyendo que fuera la de un líder o la de un instigador y basándose para demostrarlo precisamente en el informe del FBI. Ello prueba que la recurrente estaba en condiciones de articular su propia defensa sobre la base del contenido del citado pliego de cargos.

3. Apreciación

24. Si bien no falta alguna afirmación aislada interpretada en sentido contrario, [14] puede considerarse consolidado en jurisprudencia que las empresas sujetas a un procedimiento por vulneración de las normas sobre competencia del Tratado disponen de un derecho a ser oídas por la Comisión no sólo en relación con la existencia de las infracciones imputadas, sino también sobre la imposición de una multa y sobre los criterios de determinación de la misma.

25. Como recordó el Tribunal de Primera Instancia en la sentencia impugnada, desde el momento en que la Comisión indica expresamente, en el pliego de cargos, que va a examinar si procede imponer multas a las empresas implicadas e indica los principales elementos de hecho y de Derecho que pueden dar lugar a la imposición de una multa, tales como la gravedad y la duración de la presunta infracción y el hecho de haberla cometido «deliberadamente o por negligencia», dicha institución cumple su obligación de respetar el derecho de las empresas a ser oídas, dado que, al actuar así, les da las indicaciones necesarias para defenderse no sólo contra la calificación de los hechos como infracción, sino también contra la posibilidad de que se les imponga una multa. [15]

26. En particular, en la sentencia Michelin/Comisión [16] el Tribunal de Justicia parece haberse apartado en parte de las sugerencias del Abogado General Verloren Van Themaat, el cual consideraba «evidente […] que [la Comisión] no puede indicar ya durante el procedimiento administrativo el importe de la multa o *los criterios para la determinación de la misma,* ya que sólo al término de dicho procedimiento administrativo puede determinar la gravedad de la culpa o negligencia». [17] En efecto, en cuanto respecta a los criterios de determinación de la multa, el Tribunal de Justicia consideró necesario subrayar en la citada sentencia que «en su pliego de cargos […], la Comisión [había indicado] expresamente que tenía la intención de imponer a [la empresa afectada] una multa cuyo importe se determinaría teniendo en cuenta la duración y la gravedad de la infracción, que consideraba grave», de modo que dio a aquella empresa «la oportunidad de defenderse no sólo contra la declaración de la infracción, sino también contra la imposición de una multa». [18]

14 — Véase la sentencia de 15 de octubre de 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, denominada «PVC II» (C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, de C-250/99 P a C-252/99 P y C-254/99 P, Rec. p. I-8375), apartado 91, según la cual «el ámbito de ejercicio de los derechos de defensa organizado por los Reglamentos nos 17 y 99/63 [está] *circunscrito* a las cuestiones relativas a la realidad y a la pertinencia de los hechos y circunstancias aducidas y a los documentos utilizados por la Comisión en apoyo de su alegación de que *existe una infracción* del Derecho de la competencia». El subrayado es mío.

15 — Sentencias Musique diffusion française y otros/Comisión, citada en la nota 8 *supra,* apartado 21, y de 28 de junio de 2005, Dansk Rørindustri y otros/Comisión (C-189/02 P, C-202/02 P, de C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, Rec. p. I-5425), apartado 428.

16 — Citada en la nota 10 *supra.*

17 — Conclusiones presentadas el 21 de junio de 1983 en el asunto en que recayó la sentencia Michelin/Comisión, citada en la nota 10 *supra,* punto 7. El subrayado es mío.

18 — Sentencia Michelin/Comisión, citada en la nota 10 *supra,* apartado 20. El subrayado es mío.

27. Más recientemente, en la sentencia Showa Denko/Comisión [19] el Tribunal de Justicia ha señalado, en términos absolutamente claros, que las empresas afectadas por un procedimiento de infracción del artículo 81 CE tienen derecho a ser oídas «no sólo sobre el principio de la sanción, sino también sobre cada uno de los factores que [la Comisión] pretend[e] tener en cuenta en el marco de la fijación de las multas».

28. La fórmula jurisprudencial que he recordado en el punto 25 *supra* es, no obstante, bastante genérica y no permite comprender qué ha de entenderse por «principales elementos de hecho y de Derecho» pertinentes para la multa que deben desprenderse del pliego de cargos; en particular si basta que la Comisión indique en el pliego de cargos que tendrá en cuenta, a la hora de anunciarse sobre el *an* y sobre el *quantum* de la multa, la gravedad, la duración y el elemento subjetivo de la presente infracción o si, en cambio, es necesario que especifique sus apreciaciones sobre cada uno de tales aspectos.

29. Ciertamente, cabe excluir que pueda bastar a la Comisión hacer una referencia abstracta a los tres citados elementos de la gravedad, la duración y el elemento subjetivo de la presunta infracción. Como ya ha observado el Tribunal de Primera Instancia, «la obligación de indicar la gravedad y la negligencia o la deliberación en la comisión de la infracción quedaría vacía de contenido si el mero hecho de parafrasear el artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17 bastara para satisfacerla». [20] En cuanto a la duración de la infracción, el Tribunal de Justicia ya ha señalado que debe ser precisada ya en el pliego de cargos. [21]

30. Al contrario, puede excluirse, sobre la base de la jurisprudencia, que el respeto de los derechos de defensa de las empresas implique que en el pliego de cargos deban darse precisiones sobre el modo en que la Comisión proyecta utilizar cada uno de tales «elementos de hecho y de Derecho» para la determinación de la cuantía de la multa. En efecto, facilitar indicaciones sobre el nivel de las multas previstas antes de que las empresas hayan podido presentar sus observaciones sobre los cargos existentes contra ellas equivaldría a anticipar de una manera inadecuada la decisión de la Comisión. [22]

31. En el espacio comprendido entre estos dos supuestos extremos, una vez establecido que del pliego de cargos deben derivarse tanto la duración de la infracción como que ésta haya sido cometida intencionalmente o por negligencia, queda no obstante comprobar si basta que la Comisión enumere en el pliego de cargos los criterios de determinación de la gravedad de la infracción que pretende seguir o si le corresponde especificar las apreciaciones que proyecta formular en virtud de la aplicación de tales criterios. En particular, en

19 — Sentencia de 29 de junio de 2006 (C-289/04 P, Rec. p. I-5859), apartado 70.

20 — Sentencia Corus UK/Comisión, citada en la nota 12 *supra,* apartado 145.

21 — Sentencia Musique diffusion française y otros/Comisión, citada en la nota 8 *supra,* apartado 15.

22 — Véanse las sentencias Michelin/Comisión, citada en la nota 10 *supra,* apartado 19; Musique diffusion française y otros/Comisión, citada en la nota 8 *supra,* apartado 21; Dansk Rørindustri y otros/Comisión, citada en la nota 15 *supra,* apartados 434 y 439, y de 10 de mayo de 2007, SGL Carbon/Comisión (C-328/05 P, Rec. p. I-3921), apartado 58.

el caso de autos, ¿a la Comisión le bastaba indicar en el pliego de cargos, tal como hizo, que había tenido en cuenta, entre otros, el papel desempeñado por cada una de las empresas en la infracción a la hora de fijar el importe de la multa respectiva (indicación del criterio), o en cambio, debía plantear ya en tal documento la posibilidad de atribuir [a ADM] la condición de líder del cártel (apreciación en virtud de la aplicación del criterio)?

32. A mi juicio, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no ofrece indicaciones útiles para resolver tal cuestión. Otro tanto cabe decir de las sentencias del Tribunal de Primera Instancia HFB y otros/Comisión y LR AF 1998/Comisión, invocadas por la recurrente en apoyo de la segunda solución. [23] Si bien es cierto que en estas sentencias el Tribunal de Primera Instancia puso de manifiesto que el pliego de cargos enviado a las empresas recurrentes hacía referencia, entre otras circunstancias, al papel activo [24] o al papel de cabecilla [25] desarrollado por las mismas en el cártel de que se trataba, para luego declarar que, «de esta manera, la Comisión [había indicado] en el pliego de cargos los elementos de hecho y de Derecho en los que iba a basarse para calcular la multa que se impondría a la demandante, de modo que, a este respecto, el derecho de esta última a ser oído fue debidamente respetado», [26] sin embargo no puede deducirse todavía de ello que el Tribunal de Primera Instancia haya considerado tal referencia *necesaria* a efectos del respeto de tal derecho.

33. En cambio, ha de reconocerse que en la sentencia Corus UK/Comisión, [27] igualmente invocada por la recurrente, el Tribunal de Primera Instancia interpretó efectivamente como más gravosas las cargas de la Comisión en relación con el contenido del pliego de cargos, considerando en esencia insuficiente la indicación de un determinado criterio de gravedad no acompañada de una evaluación provisional en virtud de tal criterio. Después de afirmar que la Comisión «está obligada a exponer, en el pliego de cargos, una breve apreciación provisional sobre la duración de la infracción que se imputa, sobre su gravedad y sobre la cuestión de si la infracción se cometió deliberadamente o por negligencia en las circunstancias del asunto de que se trate», el Tribunal de Justicia estimó que en el caso sometido a su examen el pliego de cargos adolecía «de un vicio en la medida en que la Comisión no [había indicado] en él su calificación provisional de la gravedad de la infracción cometida», al no aclarar si se trataba a su juicio de un infracción «grave» o «muy grave» a efectos de las Directrices. [28] Por otro lado, el Tribunal de Primera Instancia observó que tal vicio no implicaba la anulación de la Decisión impugnada al no quedar demostrado que a falta del mismo la recurrente habría presentado, en su respuesta al pliego de cargos, argumentos sensiblemente diferentes de los que figuran efectivamente en la referida respuesta, destinados a minimizar la gravedad de la infracción cometida. [29]

34. Por mi parte, me pregunto si es más correcto un planteamiento en cierta medida inverso. En lugar de determinar en primer lugar y de modo abstracto el alcance de las

23 — Citadas en la nota 12 *supra*.
24 — Sentencia HFB y otros/Comisión, citada en la nota 12 *supra*, apartado 316.
25 — Sentencia LR AF 1998/Comisión, citada en la nota 12 *supra*, apartado 204.
26 — Sentencie HFB y otros/Comisión, apartado 317, y LR AF 1998/Comisión, apartado 205, citadas en la nota 12 *supra*.
27 — Citada en la nota 12 *supra*.
28 — *Ibidem*, apartados 146, 151 y 153.
29 — *Ibidem*, apartado 154 a 159.

cargas que gravan a la Comisión en cuanto al contenido del pliego de cargos, para después comprobar si su vulneración ha incidido en concreto en los derechos de defensa, sería quizá más adecuado deducir el alcance de dichas cargas a partir de la necesidad de que tales derechos sean respetados.

35. Si como se ha afirmado a menudo en la jurisprudencia y se recuerda en el apartado 435 de la sentencia impugnada, «en lo que respecta a la determinación del importe de la multa, el derecho de defensa de las empresas de que se trata queda garantizado ante la Comisión cuando éstas tienen la oportunidad de formular observaciones sobre la duración, la gravedad y la previsibilidad del carácter contrario a la competencia de la infracción», [30] las cargas que gravan a la Comisión deberían ser aquellas, y únicamente aquellas, que puedan hacer efectiva tal posibilidad.

36. En tal sentido, a mi juicio, una vez que la Comisión indique en el pliego de cargos, como hizo en el caso de autos, que en la determinación de la multa que ha de imponerse a una empresa tendrá en cuenta, en el ámbito de la apreciación de la gravedad de la infracción, el papel desempeñado por ésta en las prácticas colusorias descritas en el mismo pliego, la empresa controvertida se halla en condiciones de formular observaciones sobre las conclusiones que quepa extraer, en cuanto al papel desempeñado por ella, de los hechos mencionados por la Comisión, alegando por ejemplo que dichos hechos no revelan que tal papel haya sido activo o incluso el de un líder.

37. Así pues, a mi juicio, el Tribunal de Primera Instancia no incurrió en un error de Derecho al llegar a la conclusión de que la Comisión no estaba obligada a indicar en el pliego de cargos que podría considerar a ADM líder del cártel de que se trataba.

38. En cuanto respecta a la segunda parte del presente motivo, la relativa a la falta de indicación en el pliego de cargos de hechos que fundamenten en la Decisión impugnada la atribución a ADM de la condición de líder del cártel, considero en cambio que los argumentos de la recurrente han de ser parcialmente acogidos.

39. Los hechos a los que se refiere la recurrente en el marco de esta parte del motivo son las circunstancias expuestas en los considerandos 265 a 266 de la Decisión impugnada y recogidas en el informe del FBI y en la declaración escrita de Cerestar. Según el informe del FBI, un representante de ADM ideó los mecanismos del acuerdo «G-4/5», tuvo un papel bastante activo en la reunión de 6 de marzo de 1991 en Basilea donde se había formulado el acuerdo sobre el ácido cítrico, era considerado como «el viejo sabio» e incluso era apodado «el Predicador» por un representante de Jungbunzlauer (considerando 265). Según la declaración escrita de Cerestar, otro representante de ADM desem-

30 — Tal afirmación, que se encuentra en diversas sentencias del Tribunal de Primera Instancia (de 6 de octubre de 1994, Tetra Pak/Comisión, T-83/91, Rec. p. II-755, apartado 235; HFB y otros/Comisión, apartado 312, y LR AF 1998/Comisión, apartado 200, citadas en la nota 12 *supra;* de 15 de junio de 2005, Tokai Carbon y otros/Comisión, T-71/03, T-74/03, T-87/03 y T-91/03, apartado 140; de 25 de octubre de 2005, Groupe Danone/Comisión T-38/02, Rec. p. II-4407, apartado 51, y de 15 de marzo de 2006, BASF/Comisión T-15/02, Rec. p. II-497, apartado 49), ha sido corroborada por el Tribunal de Justicia en la sentencia SGL Carbon/Comisión, citada en la nota 22 *supra,* apartado 57.

peñaba un papel fundamental y presidía las reuniones denominadas sherpa (es decir, aquellas que se celebraban a nivel técnico, contrapuestas a las reuniones denominadas «de jefes», celebradas al más alto nivel), y se ocupaba de preparar los asuntos y elaborar las propuestas de listas de precios (considerando 266). La Comisión consideró que tales circunstancias constituían «suficientes elementos adicionales para concluir que ADM era un líder del cártel», después de considerar que «el hecho de que una ronda de reuniones bilaterales [hubiera tenido] lugar entre ADM y sus competidores poco antes de la primera reunión multilateral del cártel no [era] suficiente para mostrar que ADM fuera el instigador del cártel» (considerando 264). Las citadas circunstancias fácticas resultan, pues, haber sido decisivas al objeto de atribuir a la recurrente la condición de líder del cártel.

40. Puede estimarse infundada la imputación mediante la cual se aduce la falta de motivación de la sentencia impugnada en cuanto al argumento de la recurrente relativo a la falta de indicación de tales circunstancias en el pliego de cargos. Si bien el Tribunal de Primera Instancia no expuso con mucha claridad las razones por las que en su opinión tal omisión no había entrañado una vulneración de los derechos de defensa de ADM, cabe afirmar que dichas razones se desprenden implícitamente del apartado 439 de la sentencia impugnada. Cierto es que dicho apartado se refiere principalmente a un argumento distinto, que es desestimado en el mismo, mediante el cual la recurrente censuraba que no tuvo oportunidad de pronunciarse en el curso del procedimiento administrativo sobre la utilización como pruebas del informe del FBI y de la declaración escrita de Cerestar. No obstante, el alcance de dicho apartado es más amplio, como se desprende de la expresión «incluso en lo que respecta a su utilización como pruebas», en la medida en que el Tribunal de Primera Instancia parece considerar que el hecho de que la Comisión hubiera adjuntado los dos citados documentos al pliego de cargos bastaba para permitir a las partes definir su postura no sólo sobre su utilización como pruebas, sino también sobre circunstancias fácticas que se describían en los mismos.

41. Ahora bien, por otro lado, soy de la opinión de que tal apreciación del Tribunal de Primera Instancia, en la medida en que no consideró necesaria la exposición en el pliego de cargos de las circunstancias fácticas mencionadas en los considerandos 265 y 266 de la Decisión impugnada, es jurídicamente errónea.

42. En efecto, el respeto del derecho de defensa exige, a mi modo de ver, que en el pliego de cargos se revelen al menos a la empresa destinataria tanto el material fáctico como el correspondiente material probatorio sobre el que la Comisión proyecta basar sus propias apreciaciones en la decisión final. [31]

43. Según el Tribunal de Justicia, «el respeto del derecho de defensa exige que durante el procedimiento administrativo la empresa afectada haya podido dar a conocer efectivamente su punto de vista sobre la realidad y la

31 — Véase, a este respecto, la sentencia de 25 de octubre de 1983, AEG-Telefunken/Comisión (107/82, Rec. p. 3151), según la cual la Comisión no podía tomar en consideración en la decisión final, al no estar mencionados en el pliego de cargos, ni determinados casos particulares (véanse los apartados 21 y 28) ni determinados documentos (véanse los apartados 21 y 27).

pertinencia de los hechos y circunstancias invocados, así como sobre los documentos que la Comisión tuvo en cuenta para fundamentar su alegación de la existencia de una infracción». [32]

44. La carga para la Comisión de comunicar previamente a las empresas el material fáctico y el correspondiente material probatorio que proyecta utilizar en la decisión final, así afirmado en cuanto a la comprobación de la infracción, debe valer, a mi juicio, también para la determinación del *an* y del *quantum* de la multa. [33]

45. El caso de autos se caracteriza en particular por el hecho de que la conclusión de la Comisión relativa al papel de líder de ADM se basa, lo cual no se discute, en circunstancias fácticas (las reproducidas en los considerandos 265 y 266 de la Decisión impugnada) no mencionadas en el pliego de autos, las cuales fueron sin embargo acreditadas mediante documentos no sólo, como subraya la Comisión, adjuntados al propio pliego, sino también mencionados en él, siquiera como pruebas de los hechos expuestos en el mismo.

46. ¿Debe considerarse que el hecho de que dichas circunstancias se desprendían de tales documentos, respecto a las cuales el pliego de autos precisaba que fueron utilizados como prueba, podía permitir a ADM definir su postura sobre la realidad y sobre la pertinencia de estas mismas circunstancias?

47. La recurrente propone remitirse a la sentencia del Tribunal de Primera Instancia Shell/Comisión, [34] de la cual se desprende, en particular, que:

— Los documentos adjuntados a los pliegos de cargos, pero no mencionados en ellos, sólo pueden utilizarse en la decisión en contra de la empresa destinataria únicamente si esta última pudo razonablemente deducir de los pliegos de cargos las conclusiones que la Comisión pretendía extraer de ellos; [35]

32 — Sentencia de 25 de enero de 2007, Dalmine/Comisión (C-407/04 P, Rec. p. I-829), apartado 44, y la jurisprudencia ahí citada.

33 — En la sentencia de 14 de julio de 2005, ThyssenKrupp/Comisión (C-65/02 P y C-73/02 P, Rec. p. I-6773), apartado 92, el Tribunal de Justicia retoma la fórmula jurisprudencial recogida en el apartado 43 de las presentes conclusiones empleando no obstante términos que parecen ampliar su alcance: «El Tribunal de Primera Instancia recordó acertadamente que el respeto efectivo de este principio exige que, desde la fase del procedimiento administrativo, se ofrezca a la empresa interesada la posibilidad de manifestar oportunamente su punto de vista sobre la realidad y la pertinencia de los hechos y circunstancias alegados, así como sobre los documentos *que la Comisión ha tenido en cuenta en apoyo de sus alegaciones*» (el subrayado es mío).

34 — Citada en la nota 13 *supra*.

35 — *Ibidem*, apartado 56. En el mismo sentido véanse también las sentencias de 10 de marzo de 1992, ICI/Comisión (T-13/89, Rec. p. II-1021), apartado 35; de 15 de marzo de 2000, Cimenteries CBR y otros/Comisión (T-25/95, T-26/95, de T-30/95 a T-32/95, de T-34/95 a T-39/95, de T-42/95 a T-46/95, T-48/95, de T-50/95 a T-65/95, de T-68/95 a T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 y T-104/95, Rec. p. II-491), apartado 323, y de 30 de septiembre de 2003, Atlantic Container Line y otros/Comisión (T-191/98 y de T-212/98 a T-214/98, Rec. p. II-3275), apartado 162.

— los documentos adjuntados al pliego de cargos y mencionados en el mismo en apoyo de una determinada acusación pueden ser utilizados en la decisión en apoyo de una acusación distinta contra la misma empresa sólo si esta última pudo razonablemente deducir, a partir de los pliegos de cargos y del contenido de los documentos, las conclusiones que la Comisión pretendía deducir de ellos. [36]

48. Tales criterios parecen compartibles, en la medida en que permiten una equilibrada ponderación entre exigencias relativas a la defensa de las empresas y exigencias relativas al eficaz examen de la actuación administrativa de la Comisión. Por otro lado, los documentos adjuntados como anexos al pliego de cargos pueden ser (y son frecuentemente) muy numerosos o voluminosos, por lo que, como acertadamente sostiene la recurrente, no es viable atribuir a las empresas destinatarias de tal pliego de cargos la carga de extraer de los mismos todo elemento que pueda ser interpretado en abstracto como elemento en su contra y de rebatir su veracidad o significado.

49. A mi juicio, un criterio análogo a los extraídos de la sentencia Shell/Comisión, antes citada, debería poder ser aplicado también en el supuesto, como ocurre en el caso de autos, en que los documentos adjuntados al pliego de cargos y mencionados en el mismo son utilizados en la decisión final como prueba de circunstancias fácticas distintas de las recogidas en el citado pliego. Tal utilización debería estar permitida únicamente cuando se compruebe que la empresa afectada podía deducir, *partiendo del pliego de cargos* y a la luz del contenido de dichos documentos, las conclusiones *fácticas* que la Comisión proyectaba extraer de estos últimos.

50. Por tanto, considero que el Tribunal de Primera Instancia incurrió en un error de Derecho cuando, al omitir tal clase de verificación, consideró que el simple hecho de que el informe del FBI y la declaración escrita de Cerestar fueran adjuntados como anexos al pliego de cargos permitía a la Comisión rebatir a ADM en la Decisión final las circunstancias fácticas recogidas en los considerandos 265 y 266 de tal Decisión.

51. A mi juicio, este error de Derecho no puede subsanarse mediante una sustitución de los motivos, [37] la cual es admisible únicamente cuando los motivos jurídicamente erróneos pueden ser sustituidos por otros de puro Derecho. [38] Pues bien, la realización de la citada verificación, dirigida a determinar si ADM podía deducir del pliego de cargos y del contenido de los dos documentos controvertidos que la Comisión pretendía rebatir las circunstancias fácticas antes mencionadas,

36 — Sentencia Shell/Comisión, citada en la nota 13 *supra*, apartado 62.

37 — Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, si los fundamentos de una sentencia del Tribunal de Primera Instancia revelan una infracción del Derecho comunitario, pero su fallo se fundamenta en otros fundamentos de Derecho, el recurso de casación debe desestimarse (véanse, entre otras, las sentencias de 9 de junio de 1992, Lestelle/Comisión, C-30/91 P, Rec. p. I-3755, apartado 28; de 15 de diciembre de 1994, Finsider/Comisión, C-320/92 P, Rec. p. I-5697, apartado 37, y de 13 de julio de 2000, Salzgitter/Comisión, C-210/98 P, Rec. p. I-5843, apartado 58).

38 — Véase, además de la jurisprudencia citada en la nota anterior, de forma más explícita, las conclusiones presentadas por el Abogado General Léger el 4 de julio de 1996 en el asunto en que recayó la sentencia de 12 de noviembre de 1996, Ojha/Comisión (C-294/95 P, Rec. p. I-5863), punto 179, así como mis conclusiones de 11 de enero de 2007 en el asunto en que recayó la sentencia de 19 de abril de 2007, Holcim (Deutschland)/Comisión (C-282/05 P Rec. p. I-2941), punto 123.

implica una valoración de los hechos que el Tribunal de Justicia no puede efectuar en el marco del examen del recurso de casación. Por tanto, la sentencia impugnada debería, a mi juicio, ser anulada en el aspecto mencionado en el punto anterior, sin que a tal fin proceda tener en cuenta ni los argumentos de la recurrente recogidos en el punto 20 *supra,* letras a) a c), ni los de la Comisión mencionados en el punto 23 *supra,* que serán pertinentes, a lo sumo, en el distinto contexto de la realización de la citada verificación.

C. *Sobre el recurso contra la Decisión impugnada: apreciación de la existencia de una vulneración del derecho de defensa en cuanto a la atribución a la recurrente de la condición de líder del cártel*

52. Al objeto del examen, en cuanto aquí interesa, del motivo del recurso interpuesto en primera instancia basado en la vulneración del derecho de defensa de la recurrente en cuanto a la cuestión del liderazgo del cártel, procede comprobar, como he señalado *supra,* si la recurrente pudo razonablemente deducir, a partir del pliego de cargos y teniendo en cuenta el contenido de los documentos adjuntos como anexo a tal pliego, que la Comisión pretendía reprocharle los hechos mencionados en los considerandos 265 y 266 de la Decisión impugnada como elementos indiciarios de su condición de líder del cártel.

53. Pues bien, a mi juicio, no cabe responder a tal pregunta de forma afirmativa. Como subraya precisamente la recurrente, el pliego de cargos indicaba, en su punto 161, que en la apreciación de la gravedad de la infracción la Comisión había tenido en cuenta «hechos descritos y considerados *supra*» y, en el punto 162, que, a la hora de determinar el importe de la multa a imponer a cada una de las empresas, había tenido en cuenta, entre otras cosas, el papel desempeñado por cada una en los acuerdos colusorios «del modo descrito *supra*». Los hechos mencionados en los considerandos 265 a 266 de la Decisión impugnada no son descritos ni en los puntos 63, 71, 84, 85, 93, 94 y 104, a los que remite la Comisión en su escrito de contestación, ni en otros puntos del pliego de cargos. Por otro lado, si bien es cierto que el punto 50 del pliego de cargos señalaba que la Comisión pretendía utilizar como pruebas, entre otros documentos, el informe del FBI y la declaración escrita de Cerestar, esta referencia se hacía no obstante a la prueba de los «hechos expuestos en la sección C» del mismo pliego. [39]

54. En cuanto al hecho, subrayado por la Comisión, de que en su respuesta al pliego de cargos la recurrente hizo referencia a los dos citados documentos y que incluso se basó en el informe del FBI para descartar que su papel en el cártel fuera el de un líder o de un instigador, ello no puede en modo alguno significar que la recurrente comprendiera o debiera comprender que se le imputaban las circunstancias mencionadas en los considerandos 265 y 266 de la Decisión impugnada.

39 — La traducción de los pasajes mencionados del pliego de cargos, redactado en inglés, es mía.

55. No veo pues cómo cabe razonablemente considerar que el texto del pliego de cargos, aun considerado a la luz de los documentos adjuntados como anexo a éste, pudo permitir a la recurrente deducir que se le reprochaban esas mismas circunstancias.

56. Por tanto, a mi juicio, el motivo del recurso de primera instancia basado en la vulneración del derecho de defensa de la recurrente debería ser estimado en el sentido expuesto *supra*.

57. A la hora de apreciar si ADM desempeñó un papel de líder en el cártel del ácido cítrico no pueden tenerse en cuenta, pues, las circunstancias fácticas mencionadas en los considerandos 265 y 266 de la Decisión impugnada, las cuales, no obstante, como he señalado en el punto 39 *supra,* resultaron decisivas en el reconocimiento de tal papel por parte de la Comisión por propia admisión de esta última. He de añadir además que tampoco se desprende con claridad de la Decisión impugnada si, entre los elementos en que la Comisión se basó para tal reconocimiento, se hallan las rondas de reuniones bilaterales entre ADM y sus competidores celebradas poco antes de la primera reunión multilateral del cártel, de lo cual se da cuenta en el considerando 263 de la citada Decisión. En el posterior considerando 264 la Comisión consideró que tales encuentros bilaterales sugerían claramente que ADM había desempeñado un papel de *instigador,* si bien no bastaba para probarlo. La Comisión añadió, sin embargo, que se hallaba en posesión de «suficientes» elementos adicionales para concluir que ADM era un *líder del cártel.* [40]

58. Pues bien, como sugiere el propio punto 2 de las Directrices, relativo a las circunstancias agravantes, ha de establecerse una distinción entre «función de responsable de la infracción», que afecta al funcionamiento del cártel, y la función de «instigador de la infracción», que versa sobre el momento del establecimiento o ampliación del cártel. [41] Así pues, los indicios sobre el papel de instigador eventualmente desempeñado por una empresa no pueden constituir una prueba del papel de líder desempeñado por la misma. Las reuniones bilaterales controvertidas no revisten pues pertinencia al objeto de calificar a ADM como líder del cártel.

59. La Comisión no ha invocado ni ante el Tribunal de Primera Instancia ni ante el Tribunal de Justicia circunstancias ulteriores pertinentes a efectos de tal calificación que el juez comunitario pudiera tomar en consideración en virtud de su competencia jurisdiccional plena en materia de multas.

60. De ello se sigue, en ausencia de los presupuestos para considerar que ADM

40 — El subrayado es mío.

41 — En tal sentido se expresó el Tribunal de Primera Instancia en la sentencia BASF/Comisión, citada en la nota 30 *supra,* apartado 316, añadiendo que «a la hora de examinar el papel desempeñado por la demandante en las infracciones del presente asunto, procede distinguir el concepto de líder del de incitador de una infracción y realizar dos análisis independientes para comprobar si la demandante desempeñó alguno de estos papeles».

desempeñó un papel de líder en el cártel, que el incremento del 35 % del importe de base de la multa, aplicado por la Comisión a la recurrente en concepto de circunstancia agravante, debería ser revocado.

61. Paso ahora a examinar los cuatro motivos siguientes, igualmente relativos a la cuestión del liderazgo del cártel, prescindiendo de las conclusiones a las que he llegado en los puntos que preceden, habida cuenta del interés de algunas cuestiones que suscitan dichos motivos y para el caso de que el Tribunal de Justicia, a diferencia de cuanto propongo, considerase infundado el motivo examinado *supra*.

D. *Sobre el segundo motivo, relativo a la vulneración de las garantías procesales como consecuencia de la utilización del informe del FBI como prueba de la condición de líder del cártel de la recurrente*

1. Consideraciones del Tribunal de Primera Instancia

62. Ante el Tribunal de Primera Instancia la recurrente imputó a la Comisión un error de Derecho al basar sus conclusiones sobre el papel de líder de ADM en algunos pasajes del informe del FBI. Según la recurrente, dicho informe no debió ser utilizado por la Comisión como prueba del liderazgo ejercido por la recurrente en el cártel. A tal respecto adujo razones de carácter procesal y otras relativas a la fiabilidad del documento. Desde el primer punto de vista, la recurrente señaló en particular que dicho informe fue redactado por la autoridad de un tercer país en el marco de una investigación en la que no se aplicaban las garantías procesales ofrecidas por el Derecho comunitario; que el relato de las declaraciones del antiguo representante de ADM contenido en dicho informe no fue sometido al examen, aprobación y suscripción por parte de aquél o de su abogado; que la recurrente no tuvo la oportunidad de ejercer ante la Comisión, en relación con las declaraciones recogidas en dicho documento, su derecho, de origen comunitario, de oponerse a la autoinculpación; que las autoridades de defensa de la competencia estadounidenses habían afirmado expresamente que las declaraciones realizadas por el antiguo representante de ADM sólo serían divulgadas en el marco de procedimientos incoados por autoridades estadounidenses, salvo orden judicial. Desde el segundo punto de vista, la recurrente sostuvo que el informe del FBI no era fiable por su naturaleza, por contradicciones internas y por oponerse a otros elementos probatorios.

63. En la sentencia impugnada el Tribunal de Primera Instancia desestimó tanto las imputaciones de carácter procesal, con las consideraciones contenidas en los apartados 261 a 270 de dicha sentencia, como las relativas a la exactitud de la apreciación realizada por la Comisión sobre el contenido de dicho informe.

64. Mediante el presente motivo se censuran únicamente las consideraciones que se recogen en los apartados 261 a 270 de la sentencia impugnada.

65. El Tribunal de Primera Instancia señaló antes de nada que «consta que ninguna disposición prohíbe que la Comisión utilice como prueba para demostrar una infracción de los artículos 81 CE y 82 CE y para imponer una multa un documento que, como el informe del FBI en el presente asunto, haya sido elaborado en un procedimiento distinto del tramitado por la propia Comisión». [42]

66. Después de recordar que la jurisprudencia comunitaria, a partir de la sentencia Orkem/Comisión, [43] ha reconocido el derecho de una empresa a no ser forzada por la Comisión, en el marco del artículo 11 del Reglamento nº 17, a confesar su participación en una infracción, el Tribunal de Primera Instancia señaló que la situación fáctica del caso de autos era distinta de la que había sido examinada por la citada jurisprudencia, caracterizada por el envío por parte de la Comisión de solicitudes de información a empresas. [44]

67. No obstante, el Tribunal de Primera Instancia consideró que «cuando, al proceder a la libre apreciación de las pruebas en su poder, la Comisión se basa en una declaración formulada en un contexto que no es el del procedimiento desarrollado ante ella, tal como ocurre en el presente asunto, y cuando dicha declaración puede contener informaciones que la empresa de que se trate habría podido negarse a suministrar a la Comisión con arreglo a la sentencia Orkem/Comisión […] la Comisión está obligada a garantizar a la empresa derechos [procesales] equivalentes a los que confiere dicha jurisprudencia». [45]

68. Según el Tribunal de Primera Instancia, «el respeto de estas garantías [procesales] obliga a la Comisión a examinar de oficio si existen a primera vista serias dudas sobre el respeto de los derechos [procesales] de las partes implicadas en el marco del procedimiento en el que éstas formularon tales declaraciones. Cuando no existan serias dudas, procede considerar que los derechos [procesales] de las partes implicadas quedan suficientemente garantizados si la Comisión indica claramente en el pliego de cargos, en su caso adjuntando al mismo los documentos de que se trate, que tiene la intención de basarse en tales declaraciones. De este modo, la Comisión permite que las partes implicadas se pronuncien, no sólo sobre el contenido de las declaraciones, sino también sobre eventuales irregularidades o sobre las especiales circunstancias en que tales documentos hayan podido elaborarse o presentarse ante la Comisión». [46]

69. Aplicando tales criterios al caso de autos, el Tribunal de Primera Instancia observó en primer lugar que «el informe del FBI fue

42 — Sentencia impugnada, apartado 261.
43 — Sentencia de 18 de octubre de 1989 (374/87 Rec. p. 3283).
44 — Sentencia impugnada, apartados 262 y 263.
45 — Sentencia impugnada, apartado 264.
46 — Sentencia impugnada, apartado 265.

presentado a la Comisión por un competidor de ADM, Bayer, también miembro del cártel […], y que ADM no ha alegado que Bayer o la Comisión hubieran obtenido ilegalmente dicho documento». [47]

70. En segundo lugar, hizo constar que «el informe del FBI constituye un documento elaborado por la autoridad estadounidense competente para perseguir cárteles secretos y que fue presentado ante los tribunales norteamericanos en un proceso relativo a este mismo cártel» y que «dicho documento no contiene ningún signo exterior que hubiera debido incitar a la Comisión a dudar, de oficio, de su fuerza probatoria». [48]

71. En tercer lugar, el Tribunal de Primera Instancia recordó que la Comisión había indicado en el pliego de cargos que tenía la intención de basarse en dicho informe, adjuntado a tal pliego, permitiendo así que ADM «se pronunciara, no sólo sobre el contenido del documento, sino también sobre eventuales irregularidades o sobre las especiales circunstancias en que había sido elaborado […] o presentado ante la Comisión, irregularidades o circunstancias que, según ADM, impedían que la Comisión se basase en dicho documento sin violar los derechos [procesales] garantizados por el Derecho comunitario». [49]

72. El Tribunal de Primera Instancia observó además que, en su respuesta al pliego de cargos, ADM no había formulado crítica alguna contra la decisión de la Comisión de tomar en consideración dicho documento, sino que, antes al contrario, la propia ADM se había basado expresamente en dicho documento para defender sus alegaciones. El Tribunal de Primera Instancia añadió que ADM ni siquiera alegó haber llamado la atención de la Comisión sobre la falta de fiabilidad del informe del FBI en cualquier otro momento del procedimiento administrativo, o haber solicitado a la Comisión que interrogara al antiguo representante de ADM sobre la veracidad de las afirmaciones recogidas en dicho informe. [50]

73. Por tanto, el Tribunal de Primera Instancia llegó a la conclusión de que «dadas estas circunstancias», invocando el informe del FBI en el marco de «la libre apreciación de las pruebas de que disponía», la Comisión no había vulnerado los derechos procesales garantizados por el Derecho comunitario. [51]

2. Alegaciones de las partes

74. La recurrente sostiene, basándose en las sentencias de los bancos españoles [52] y Otto, [53] que no pueden utilizarse como pruebas por la Comisión en un procedimiento por infracción del artículo 81 CE informaciones obtenidas y utilizadas, aun legalmente, por autoridades públicas en el marco de otros procedimientos.

47 — Sentencia impugnada, apartado 266.
48 — Sentencia impugnada, apartado 267.
49 — Sentencia impugnada, apartado 268.
50 — Sentencia impugnada, apartado 269.
51 — Sentencia impugnada, apartado 270.
52 — Sentencia de 16 de julio de 1992, Asociación Española de Banca Privada y otros, denominada «de los bancos españoles» (C-67/91, Rec. p. I-4785).
53 — Sentencia de 10 de noviembre de 1993 (C-60/92, Rec. p. I-5683).

A su juicio, el informe del FBI fue elaborado en un marco jurídico por completo distinto de aquél en que se mueve la Comisión, con aplicación de garantías procesales distintas de las conferidas por el Derecho comunitario. La recurrente observa que ni el antiguo representante de ADM ni su abogado tuvieron la posibilidad de leer, aprobar o suscribir dicho informe. Además, subraya que este último debió ser confidencial, por cuanto se desprende de su primera página, y ser utilizado únicamente en el marco de procedimientos en los Estados Unidos, como se desprende del compromiso escrito asumido en tal sentido por las autoridades antimonopolio estadounidenses en un escrito de 13 de junio de 1997, incluido en los autos del procedimiento de primera instancia. [54]

75. Mediante una referencia específica a la garantía constituida por el derecho de las empresas a oponerse a la autoinculpación, reconocido en la sentencia Orkem/Comisión, [55] la recurrente alega que de la sentencia Otto [56] se desprende que dicho derecho es vulnerado por la Comisión cuando utiliza como prueba informaciones que al haber sido obtenidas en otros procedimientos mediante el ejercicio de poderes coercitivos, no habría podido obtener directamente, por efecto de tal derecho, mediante el ejercicio de sus propios poderes coercitivos. [57]

76. Pues bien, los criterios expuestos por el Tribunal de Primera Instancia en el apartado 265 de la sentencia impugnada (véase el punto 68 *supra)* son contrarios a las citadas reglas que la recurrente deduce de la jurisprudencia comunitaria. Además, el respeto de las garantías procesales conferidas a las empresas por el Derecho comunitario, en particular del derecho a oponerse a la autoinculpación, se impone en cualquier caso a la Comisión, aun a falta de una solicitud en tal sentido de la empresa interesada, sin que puedan revestir pertinencia en sentido contrario la falta de serias dudas sobre el respeto de los derechos procesales en el marco del procedimiento «externo» en el que se recabaron las informaciones o el hecho de que el documento que contiene estas últimas sea adjuntado como anexo por la Comisión al pliego de cargos. Tanto menos resultan pertinentes otras circunstancias que el Tribunal de Primera Instancia consideró un cambio en su análisis, si bien –según la recurrente– sin coherencia con los criterios antes mencionados por él acogidos, tales como el hecho de que dicho documento fue eventualmente obtenido y transmitido legalmente a la Comisión por una tercera empresa, que éste fue elaborado por la autoridad estadounidense competente, o que, en un supuesto rechazado, tuviera valor probatorio, y fuera presentado ante tribunales estadounidenses en el marco de un proceso relativo al cártel del ácido cítrico.

77. En el marco de tales censuras, la recurrente sostiene asimismo que el Tribunal de Primera Instancia, al considerar en el apartado 229 de la sentencia impugnada las declaraciones recogidas en el informe del FBI como realizadas en el marco de una «declaración ante un “grand jury”» y en el apartado 267 de la misma sentencia que dicho informe «fue presentado ante los tribunales norteamericanos en un proceso relativo a este mismo cártel [del ácido cítrico]», realizó un examen de los hechos viciado por inexactitudes materiales derivadas de los documentos obrantes en autos, censurable como tal en el

54 — Véase el recurso de casación, puntos 42 y 44, *in fine*.
55 — Citada en la nota 43 *supra*.
56 — Citada en la nota 53 *supra*.
57 — Véase el recurso de casación, puntos 41 y 43.

marco de la casación. En efecto, por un lado, del propio informe del FBI se desprende que el antiguo representante de ADM no fue oído por un «grand jury», sino por fiscales de la Antitrust Division del Ministerio de Justicia estadounidense y por un agente del FBI; por otro lado, no existió ningún otro proceso ante tribunales de los Estados Unidos en relación con el cártel del ácido cítrico, dado que todas las empresas implicadas en tal cártel celebraron «plea agreements» (transacciones judiciales).

78. La recurrente imputa igualmente al Tribunal de Primera Instancia una «desnaturalización de las pruebas» en la medida en que éste llegó a la conclusión de que la Comisión no podía albergar serias dudas a primera vista sobre el respeto de los derechos procesales. En opinión de la recurrente, algunas circunstancias del caso de autos, derivadas del informe del FBI, apuntaban claramente a la aplicabilidad de la jurisprudencia inaugurada con la sentencia Orkem/Comisión, antes citada, aplicabilidad que la Comisión debió apreciar de oficio.

79. Por último, la recurrente censura la sentencia impugnada en la parte en que afirmaba que la falta de impugnación por parte de ADM, en su respuesta al pliego de cargos, de la admisibilidad como prueba del informe del FBI puede «justificar una vulneración de derechos fundamentales» y entraña la pérdida de ADM del derecho de promover tal debate ante el juez comunitario.

80. La Comisión considera que el presente motivo carece de fundamento desde cualquier punto de vista.

81. Sostiene en primer lugar que el Tribunal de Primera Instancia afirmó correctamente que la tutela garantizada por la sentencia Orkem/Comisión, antes citada, debía, en el caso de autos, ser adaptada a las circunstancias particulares del caso, habida cuenta del hecho de que la Comisión había recibido el informe del FBI de una tercera empresa y no lo había solicitado directamente a ADM. En tales circunstancias, a juicio de la Comisión, correspondía a la propia institución comprobar si la utilización del documento por su parte podía vulnerar los derechos procesales de la recurrente. El mejor modo de hacerlo fue, tal como apreció el Tribunal de Primera Instancia, dando a la recurrente la posibilidad de expresar su propio punto de vista sobre la utilización del documento, cosa que la Comisión hizo en tiempo oportuno, citando el documento en el pliego de cargos y adjuntándolo al mismo.

82. En la vista, el agente de la Comisión observó que el derecho reconocido por la sentencia Orkem/Comisión, antes citada, es renunciable, al ser la empresa libre de ejercitarlo o no, y que ADM, aun estando en condiciones de hacerlo, no formuló ninguna objeción contra la utilización del informe del FBI en el curso del procedimiento administrativo ante la Comisión. Dicho agente añadió que el derecho de defensa fue respetado por las autoridades estadounidenses, las cuales recabaron las declaraciones del antiguo representante de ADM, y que, en particular, en los

Estados Unidos las empresas no disponen, a diferencia de las personas físicas, del derecho a guardar silencio garantizado por la quinta enmienda de la Constitución estadounidense.

83. La Comisión subraya que, de ser acogida la imputación de la recurrente relativa al modo en que el Tribunal de Primera Instancia adaptó la tutela ofrecida por la sentencia Orkem/Comisión, antes citada, a las circunstancias del caso de autos, se llegaría al resultado «aberrante» de excluir automáticamente la posibilidad de utilizar cualquier documento que contuviera declaraciones contra una empresa que haya sido comunicado por otra.

84. Además, la Comisión sostiene que, a diferencia de cuanto sostiene la recurrente (véase el punto 76 *supra),* todos los elementos de apreciación utilizados por el Tribunal de Primera Instancia eran pertinentes en la medida en que eran necesarios para una aplicación de la regla establecida por la sentencia Orkem/Comisión, antes citada, que se adaptase al caso de autos.

85. En cuanto a la supuesta desnaturalización de las pruebas, la Comisión considera difícil comprender el sentido de tal imputación y en qué modo ésta, aun pudiendo ser compartida, demuestra la ilegalidad de la sentencia impugnada. A continuación, la Comisión considera «absurda» la censura recogida en el apartado 79 *supra,* al estimar que existiría una vulneración de los derechos fundamentales de la recurrente si esta última no fuese avisada del propósito de la Comisión de utilizar el informe del FBI ni se le permitiese formular observaciones sobre la utilización de tal documento. No obstante, como hizo constar el Tribunal de Primera Instancia, la Comisión, mediante el pliego de cargos, avisó debidamente a la recurrente de tal intención, permitiendo a ésta censurar la utilización del informe del FBI.

3. Apreciación

a) Interpretación de la sentencia impugnada

86. El razonamiento del Tribunal de Primera Instancia contenido en los apartados 261 a 270 de la sentencia impugnada no parece claro en todas sus partes.

87. El punto de partida de tal razonamiento es no obstante claro y se corresponde en esencia con la siguiente afirmación: en principio no se prohíbe a la Comisión utilizar como prueba en un procedimiento por incumplimiento de los artículos 81 CE y 82 CE tramitado por ella misma un documento elaborado en el contexto de un procedimiento distinto del tramitado por ella. [58]

58 — Sentencia impugnada, apartado 261.

88. La segunda fase del razonamiento se ajusta en esencia a la siguiente afirmación: cuando utiliza como prueba una declaración realizada en el contexto de un procedimiento distinto del tramitado por ella, la Comisión está obligada a garantizar a la empresa afectada «derechos [procesales] equivalentes» a aquéllos de que ésta dispone en virtud del Derecho comunitario en el marco del procedimiento tramitado por ella. [59] Tal afirmación, aun siendo de suyo clara, debe ser no obstante precisada a la luz de las observaciones que el Tribunal de Primera Instancia fórmula cuando pasa a describir el modo en que la Comisión debe cumplir esta obligación.

89. A este respecto el Tribunal de Primera Instancia señala que la Comisión debe, en un primer momento, «examinar de oficio si existen a primera vista dudas sobre el respeto de los derechos [procesales] de las partes implicadas en el marco del procedimiento en el que éstas formularon tales declaraciones». [60]

90. Pues bien, este pasaje, en aparente contradicción con la premisa relativa al necesario respeto de derechos equivalentes a los conferidos por el Derecho comunitario [61] y con ulteriores remisiones al respeto de los «derechos [procesales] garantizados por el Derecho comunitario», [62] parece referirse al respeto de los derechos procesales invocables en tal procedimiento, es decir, en el caso de autos, a los previstos por la legislación estadounidense en cuanto respecta a las investigaciones realizadas por las autoridades de defensa de la competencia de los Estados Unidos. También parecen apuntar vagamente en esta dirección las referencias realizadas por el Tribunal de Primera Instancia a «eventuales irregularidades» relativas a la redacción y a la presentación del informe del FBI ante la Comisión, [63] irregularidades cuya existencia sólo puede ser apreciada sobre la base del Derecho estadounidense, así como la referencia, en el marco de lo que parece ser la aplicación al caso de autos de aquel primer criterio de comprobación *prima facie* de la ausencia de serias dudas sobre el respeto de los derechos procesales (véase el punto 70 *supra),* a cuestiones de Derecho estadounidense tales como la de la competencia de la autoridad que elaboró el informe controvertido.

91. Si bien cabe afirmar la existencia de una insuficiencia o de una contradicción de motivación de la sentencia en el punto examinado, considero que cabe razonablemente interpretar tal motivación, más allá de la desafortunada formulación de algunas de sus partes, en el sentido de que:

a) la posibilidad de utilizar declaraciones recabadas en un procedimiento «extranjero» como prueba en un procedimiento tramitado por la Comisión presupone, por un lado, que se hayan respetado las garantías procesales previstas por aquel ordenamiento jurídico en relación con la recogida de tales declaraciones *y,* por otro lado, que las modalidades observadas por

59 — *Ibidem,* apartado 264.
60 — *Ibidem,* apartado 265.
61 — *Ibidem,* apartado 264.
62 — *Ibidem,* apartados 268 y 270.
63 — *Ibidem,* apartados 265 y 268.

las autoridades extranjeras a la hora de obtener tales declaraciones sean compatibles con los derechos procesales conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario;

b) antes de utilizar tales declaraciones como prueba en su procedimiento, la Comisión tiene la carga de comprobar si existen serias dudas *tanto* sobre el respeto, en el marco del procedimiento extranjero, de los derechos procesales conferidos a la parte interesada por el ordenamiento jurídico extranjero *como* sobre la compatibilidad de las modalidades utilizadas en aquel procedimiento para obtener las declaraciones controvertidas con los derechos procesales conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario.

92. El Tribunal de Primera Instancia señala a continuación que la Comisión, si no existen serias dudas sobre el respeto de los «derechos procesales», debe indicar en el pliego de cargos su intención de basarse en las declaraciones realizadas en el procedimiento extranjero. [64]

93. A este respecto, ateniéndose al tenor literal del apartado 265 de la sentencia impugnada, el Tribunal de Primera Instancia parecería considerar que el cumplimiento de tal obligación basta por sí misma para garantizar la tutela de tales derechos. Tal conclusión sería, a mi juicio, claramente incorrecta. En efecto, resulta obvio que dar a la empresa afectada la posibilidad de rebatir, en la medida en que perjudica sus derechos procesales, la utilización del documento que contiene tales declaraciones no puede servir como tal para excluir que dicha utilización pueda lesionar tales derechos. Asimismo, cuando la empresa formule efectivamente imputaciones, será necesario que la Comisión las tome en consideración y valore su pertinencia con argumentos jurídicamente correctos.

94. Lo que el Tribunal de Primera Instancia parece realmente querer decir es que, a falta de impugnación por parte de la empresa afectada de la utilización como prueba en el procedimiento tramitado por la Comisión de declaraciones realizadas en un procedimiento extranjero, la Comisión está facultada para considerar que dicha utilización no vulnera los derechos procesales de que es titular la empresa.

b) Sobre la exactitud de los criterios de análisis seguidos en la sentencia impugnada

95. Paso pues a examinar, a la luz de las alegaciones formuladas por las partes, la conformidad con el Derecho comunitario de los criterios seguidos por el Tribunal de Primera Instancia en su razonamiento, expuestos en los puntos 87 (inexistencia de una prohibición general de utilización por parte de la Comisión de pruebas formadas en el contexto de un procedimiento distinto del tramitado por ella), 91, letra a) (requisito para

64 — Sentencia impugnada, apartado 265.

tal utilización, representado por el respeto de los derechos procesales), 91, letra b), y 94 *supra* (modalidades que la Comisión debe observar para garantizar el respeto de tales derechos).

96. El asunto abordado, relativo al régimen de la prueba en los procedimientos por infracción de los artículos 81 CE y 82 CE y a la circulación de las pruebas entre procedimientos e incluso ordenamientos jurídicos distintos, es de una indudable delicadeza y exige por tanto un análisis profundo.

i) Sobre la inexistencia de una prohibición general de utilización por parte de la Comisión de pruebas obtenidas en el contexto de un procedimiento distinto del tramitado por ella

97. La recurrente pone en duda en primer lugar la facultad de la Comisión de utilizar como prueba, en un procedimiento suyo de infracción del artículo 81 CE, informaciones obtenidas en el marco de un procedimiento distinto del tramitado por ella, e invoca al respecto las sentencias de los bancos españoles y Otto, antes citadas.

98. En la sentencia de los bancos españoles [65] el Tribunal de Justicia dedujo del artículo 214 del Tratado CE (actualmente artículo 287 CE, relativo al secreto de oficio) y de las disposiciones del Reglamento nº 17 que los Estados miembros, dentro del marco de las competencias que se les reconocen para la aplicación de las normas sobre la competencia nacionales y comunitarias, no pueden utilizar, como medios de prueba, ni las informaciones no publicadas contenidas en las respuestas a las solicitudes de información dirigidas a las empresas de conformidad con el artículo 11 del Reglamento nº 17, ni las informaciones contenidas en las solicitudes y notificaciones previstas en los artículos 2, 4 y 5 del citado Reglamento. Ahora bien, la invocación de tal sentencia por la recurrente resulta ser poco eficaz, puesto que versa sobre (y considera prohibida) la utilización de información recabada por la Comisión en un procedimiento tramitado por ella de conformidad con el Reglamento nº 17 como prueba *en un procedimiento tramitado por las autoridades nacionales de la competencia,* mientras que en el asunto resuelto con la citada sentencia no se discutía la inclusión de información como prueba *en el procedimiento tramitado por la Comisión,* asunto sobre el cual versa el presente motivo.

99. En cuanto atañe a la sentencia Otto, [66] la prohibición de que la Comisión utilice como prueba en un procedimiento tramitado por ella determinadas declaraciones recabadas el marco de un procedimiento civil nacional no es concebida en dicha sentencia como una prohibición de carácter general debida a la separación entre procedimientos, sino que se desprende de la necesidad de respetar el derecho de la empresa a oponerse a la autoinculpación, conocida en la sentencia Orkem/Comisión, antes citada, sobre el presupuesto del carácter autoinculpatorio.

65 — Citada en la nota 52 *supra,* apartado 55.

66 — Citada en la nota 53 *supra,* apartado 20.

100. Indicaciones más significativas en apoyo de la tesis sostenida por la recurrente podrían extraerse a lo sumo de las sentencias Dow Benelux/Comisión [67] y «PVC II» [68] (en lo sucesivo, «sentencias PVC»), de las cuales se desprende que las informaciones o documentos obtenidos por la Comisión en un procedimiento conforme al Reglamento nº 17 en el curso de comprobaciones efectuadas a efectos del artículo 14 de dicho Reglamento no pueden ser utilizadas directamente como pruebas en el marco de un segundo procedimiento *tramitado por la propia Comisión en virtud del citado Reglamento*.

101. Cabría argumentar que, si estas dos sentencias han consagrado la prohibición para la Comisión de utilizar como pruebas en un procedimiento suyo de infracción de las normas de la competencia informaciones que obtuvo *ella misma* en otro procedimiento del mismo tipo, con mayor motivo debería considerarse prohibida a la Comisión la utilización como prueba en un procedimiento suyo de información obtenida por autoridades públicas de un tercer país en el marco de un procedimiento, tramitado por éstas, de infracción de las normas de la competencia de tal país.

102. No obstante, a mi juicio, este argumento no puede ser acogido *a fortiori*.

103. En las sentencias PVC el Tribunal de Justicia declaró que la información obtenida durante las verificaciones efectuadas a efectos del artículo 14 del Reglamento nº 17 no pueden ser utilizadas para fines distintos de los indicados en el mandato de verificación y que tal exigencia pretende preservar tanto el secreto profesional, mencionado expresamente en el artículo 20 del citado Reglamento, como el derecho de defensa de las empresas a cuya garantía está dirigido el artículo 14, número 3, de este último Reglamento. Según el Tribunal de Justicia, «este derecho resultaría gravemente dañado si la Comisión pudiese invocar contra las empresas pruebas que, obtenidas durante una verificación, fuesen ajenas al objeto y a la finalidad de ésta».

104. La prohibición consagrada en las sentencias PVC resulta pues accesoria a la tutela de garantías, tales como el secreto profesional y el derecho de defensa, que, por efecto de las normas de Derecho comunitario, son *inherentes a la obtención de información por la Comisión en el procedimiento por ella tramitado,* vinculando a esta última y a sus funcionarios y agentes en cuanto a la utilización de tal información. Al ser ésta la *ratio* de tal prohibición, [69] de ésta no cabe inferir automáticamente y *a fortiori* una prohibición general de utilización como prueba, por parte de la Comisión, de información obtenida en un procedimiento extranjero en materia de defensa de la competencia.

67 — Sentencia de 17 de octubre de 1989 (85/87 Rec. p. 3137), apartados 17 a 19.

68 — Citada en la nota 14 *supra,* apartados 298 a 300 y 305.

69 — La misma *ratio* tiene, por otro lado, a la vista de la sentencia de los bancos españoles, citada en la nota 52 *supra* (apartados 36 a 38 y 47 a 50), la prohibición de utilizar como prueba, por parte de las autoridades nacionales de la competencia, de la información obtenida por la Comisión en virtud del artículo 11 del Reglamento nº 17 o por ella recibida en las solicitudes y notificaciones previstas en los artículos 2, 4 y 5 del citado Reglamento.

105. La inexistencia en Derecho comunitario de una prohibición general de utilización como prueba en un procedimiento por infracción del artículo 81 CE tramitado por la Comisión de información obtenida en un procedimiento tramitado por otras autoridades viene confirmada por la sentencia del Tribunal de Justicia Dalmine/Comisión. [70]

106. En tal sentencia el Tribunal de Justicia, como había hecho el Tribunal de Primera Instancia, [71] se pronunció en el sentido de permitir la utilización como prueba, en un procedimiento tramitado por la Comisión de conformidad con el Reglamento nº 17, de actas de interrogatorios de antiguos dirigentes de una sociedad implicada en tal procedimiento, Dalmine, efectuados por el ministerio fiscal de un Estado miembro en el marco de la instrucción de un procedimiento penal.

107. Ante el Tribunal de Primera Instancia, Dalmine imputó a la Comisión la comisión de una grave vulneración de las normas procesales utilizando declaraciones realizadas en el ámbito de un procedimiento penal por completo ajeno a la investigación de que estaba encargada la institución, e invocó a tal respecto la sentencia de los bancos españoles. El Tribunal de Primera Instancia desestimó tal imputación formulada por Dalmine señalando, sobre la base de que dicha sentencia versaba sobre la utilización por parte de las autoridades nacionales de información obtenida por la Comisión de conformidad con el artículo 11 del Reglamento nº 17 y que tal situación estaba expresamente regulada en el artículo 20 del Reglamento nº 17, que mientras que «la legalidad de la comunicación por parte de la Comisión [de tales informaciones] a una autoridad nacional y la de la prohibición de la utilización directa de tales informaciones como pruebas por esta última son cuestiones reguladas por el Derecho comunitario», «en cambio, la legalidad de la comunicación a la Comisión, por parte de un fiscal nacional o de las autoridades competentes en materia de Derecho de la competencia, de informaciones obtenidas en aplicación del Derecho penal nacional, así como la de su ulterior utilización por la Comisión son cuestiones sometidas, en principio, al Derecho nacional aplicable a las investigaciones que llevan a cabo dichas autoridades nacionales, así como, en el caso de procedimientos judiciales, a la competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales». Ahora bien, el Tribunal de Primera Instancia observó que no se desprendía que Dalmine hubiera planteado la cuestión de la legalidad de la comunicación y de la utilización a nivel comunitario de dichas actas ante un órgano jurisdiccional italiano competente, y que tampoco había aportado datos que permitieran demostrar que su utilización fue contraria a las disposiciones aplicables del Derecho italiano. Por tanto, a juicio del Tribunal de Primera Instancia, las alegaciones de Dalmine sólo podían, a lo sumo, poner en cuestión la credibilidad de los testimonios contenidos en dichas actas, pero no su admisibilidad como prueba en el procedimiento tramitado ante la Comisión. [72]

108. En el procedimiento de casación, el Tribunal de Justicia, siguiendo en este aspecto las conclusiones del Abogado General Geelhoed, [73] ratificó este análisis del

70 — Citada en la nota 32 *supra*.
71 — Sentencia de 8 de julio de 2004, Dalmine/Comisión (T-50/00, Rec. p. II-2395).
72 — *Ibidem*, apartados 84 a 87 y 90.
73 — Conclusiones presentadas el 12 de septiembre de 2006, en el asunto C-407/04 P, puntos 66 y 67.

Tribunal de Primera Instancia con el siguiente razonamiento:

«62. A continuación, en lo que se refiere a la admisibilidad de dichas actas como medios de prueba, procede señalar, como hizo el Tribunal de Primera Instancia […], que la legalidad de la comunicación a la Comisión, por parte de un fiscal nacional o de las autoridades competentes en materia de Derecho de la competencia, de informaciones obtenidas en aplicación del Derecho penal nacional es una cuestión regulada por el Derecho nacional. Además, como recordó el Tribunal de Primera Instancia en ese mismo apartado, el órgano jurisdiccional comunitario no es competente para pronunciarse sobre la legalidad, con arreglo al Derecho nacional, de un acto adoptado por una autoridad nacional […].

63. En cuanto a la utilización de estas informaciones por la Comisión, el Tribunal de Primera Instancia declaró acertadamente […] que las alegaciones de Dalmine sólo podían referirse a la "credibilidad y, en consecuencia, al valor probatorio de los testimonios de sus directivos y no a su admisibilidad en el presente procedimiento". En efecto, como se ha señalado al examinar la primera parte del presente motivo, el principio que prevalece en el Derecho comunitario es el de la libre aportación de las pruebas [74] y el único criterio relevante para valorar las pruebas aportadas reside en su credibilidad. Por consiguiente, como la remisión de las actas controvertidas no fue declarada ilegal por un órgano jurisdiccional italiano, no procede considerar que estos documentos eran pruebas inadmisibles que debían ser retirados de los autos.»

109. Dicha sentencia excluye evidentemente la existencia de una prohibición general para la Comisión de utilizar como prueba, en un procedimiento tramitado por ella de conformidad con el Reglamento nº 17, declaraciones realizadas en un procedimiento extranjero. A mi juicio, pues, la alegación de carácter general de la recurrente recogida en el punto 97 *supra,* no debe ser acogida.

ii) Sobre la vulneración de garantías procesales específicas

110. Más allá del argumento de carácter general, mediante el presente motivo la recurrente censura, en esencia, que la utilización como prueba del informe del FBI resulta contraria a específicas garantías procesales de las que era titular, relativas tanto al procedimiento ante las autoridades de defensa de la competencia estadounidenses como al procedimiento ante la Comisión.

74 — Algunas versiones lingüísticas (como la inglesa, la alemana y la portuguesa) de la sentencia Dalmine del Tribunal de Justicia contienen un error de traducción en el apartado 63: los términos «libera produzione delle prove» que figuran en la versión italiana (versión auténtica, en virtud del artículo 31 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, al ser la lengua de procedimiento), que corresponden a los términos «libre administration des preuves» empleados en la versión en francés (lengua de trabajo interna del Tribunal de Justicia), se tradujeron impropiamente con una expresión que corresponde a la *libre apreciación de las pruebas.*

— Sobre la existencia de condiciones para la utilización por parte de la Comisión de pruebas obtenidas en el marco de un procedimiento distinto del tramitado por ella: el respeto de los derechos procesales

111. Antes de nada, procede comprobar, a efectos del examen de estas alegaciones más específicas formuladas por la recurrente, si la utilización por parte de la Comisión de pruebas obtenidas en el marco de un procedimiento distinto del tramitado por ella está sujeta a restricciones. Esta comprobación se impone a la vista de la referencia que el Tribunal de Justicia hace en la sentencia Dalmine/Comisión (véase el punto 108 *supra)* al principio «de la libre presentación de pruebas» en Derecho comunitario, referencia que exige, a mi juicio, algunas precisiones importantes.

112. El principio «de la libre presentación de pruebas» en Derecho comunitario no puede entenderse en el sentido de que cualquier «elemento» probatorio es siempre y en cualquier caso utilizable y que lo único que importa es su credibilidad.

113. En materia probatoria no deben confundirse principios de significado distinto. En apoyo de la afirmación, que formuló igualmente en su sentencia Dalmine/Comisión, [75] según la cual el principio vigente en el Derecho comunitario es el de la libre aportación de pruebas y el único criterio pertinente para apreciar las pruebas aportadas es el de su credibilidad, el Tribunal de Primera Instancia había citado las conclusiones del Juez Vesterdorf, en funciones de Abogado General, en el asunto Rhône-Poulenc/Comisión [76] y la sentencia Met-Trans y Sagpol. [77] Ahora bien, me parece que las observaciones del Juez Vesterdorf invocadas por el Tribunal de Primera Instancia versan sobre un principio distinto, el de la «libre valoración de la prueba» por parte del juez, es decir, dicho en otras palabras, el de la libre convicción del juez respecto al contenido de la prueba y al significado que se le debe atribuir. [78] En el asunto resuelto mediante la sentencia Met-Trans y Sagpol, antes citada, se solicitaba al Tribunal de Justicia, entre otras cosas, que precisase qué medios de prueba bastaban para demostrar una determinada circunstancia recogida en una determinada disposición de Derecho comunitario y, en particular, si se exigía al respecto una prueba documental que satisficiera determinados requisitos. [79] Al responder a este respecto que del tenor de la citada disposición se desprendía que la prueba de tal circunstancia no se limita a determinados medios de prueba y que, «a falta de normas comunitarias que regulen el concepto de prueba, en principio, son admisibles todos los medios de prueba que en procedimientos similares admitan los Derechos procesales de los Estados miembros», es evidente que el Tribunal de Justicia consagró un principio de «libertad de medios de prueba» que debe

75 — Citada en la nota 71 *supra,* apartado 72.

76 — Conclusiones del 10 de julio de 1991 presentadas en el asunto T-1/89, resuelto mediante sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 24 de octubre de 1991 (Rec. pp. II-867 y ss., especialmente p. II-954).

77 — Sentencia de 23 de marzo de 2000 (C-310/98 y C-406/98, Rec. p. I-1797), apartado 29.

78 — A la libre convicción del juez se opone en general el sistema de la «prueba legal», que vincula al juez en cuanto al significado que ha de darse al contenido de la prueba.

79 — Se trataba en particular de determinar si, a efectos de la prueba del lugar en que se cometió efectivamente la infracción en el curso de un transporte efectuado con un cuaderno TIR en el sentido del artículo 454, número 3, párrafo primero, del Reglamento (CEE) nº 2454/93 de la Comisión, de 2 de julio de 1993, por el que se fijan determinadas disposiciones de aplicación del Reglamento (CEE) nº 2913/92 del Consejo, por el que se establece el Código Aduanero Comunitario (DO L 253, p. 1), bastan la declaración del titular del cuaderno y el testimonio del conductor del camión que ha efectuado el transporte por cuenta de dicho titular del cuaderno, o bien si tal prueba sólo puede consistir en documentos de los que se desprenda claramente que las autoridades competentes del otro Estado miembro han comprobado que la infracción se había cometido en su territorio.

entenderse como una facultad de utilizar, para probar un determinado hecho, medios de prueba *de cualquier naturaleza* (es decir, testimonio, prueba documental, confesión, etc.) y que está sujeto a las excepciones explícitamente previstas por la normativa comunitaria. [80]

114. Si bien es cierto, pues, que el Derecho comunitario, salvo disposición en sentido contrario, un determinado hecho puede quedar acreditado con *medios de prueba* de cualquier naturaleza (libertad de medios de prueba) y la determinación del valor probatorio de un elemento de prueba se somete a la convicción íntima del juez y no a un sistema de prueba legal (libertad de valoración de la prueba), no cabe afirmar, en cambio, a mi juicio, que *todo elemento de prueba* aportado sea utilizable y deba ser objeto de valoración en cuanto al fondo por parte de la Comisión o del Juez comunitario. No cabría pensar tal cosa, por ejemplo, de una declaración que se obtenga con violencia de las autoridades pertinentes. Más allá de este ejemplo de escuela, basta recordar que, según la jurisprudencia comunitaria, no pueden ser utilizadas por la Comisión como pruebas en un procedimiento de conformidad con el Reglamento nº 17:

— declaraciones o documentos obtenidos por la Comisión en el marco de un procedimiento anterior de conformidad con el citado con el Reglamento (véase el punto 100 *supra);*

— documentos sobre los que en el curso del procedimiento no se ha dado a la empresa sometida al mismo la posibilidad de ejercitar su derecho a ser oída; [81]

— comunicaciones entre abogados y clientes que tengan carácter reservado protegido por la ley; [82]

— declaraciones realizadas por directivos de una empresa en respuesta a solicitudes presentadas en el marco de un examen de testigos con carácter preliminar a un proceso civil y nacional, cuya respuesta entraña el reconocimiento de una vulneración de las normas sobre la competencia; [83]

— actas de interrogatorio procedentes de un procedimiento penal nacional, siempre que su notificación a la Comisión haya sido declarada ilegal por el juez nacional competente (véanse los puntos 107 y 108 *supra).*

80 — Es a esta problemática a la que se refiere también la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de diciembre de 2005, General Electric/Comisión (T-210/01, Rec. p. II-5575), apartado 297, en la que se recuerda que «el principio que prevalece en Derecho comunitario es el de la libertad de prueba» y se observa que las «pruebas sólidas» que la Comisión debe aportar para demostrar la probabilidad de comportamientos futuros anticompetitivos de la entidad fusionada no deben consistir necesariamente en estudios económicos, sino que pueden, en determinados casos, venir constituidas por las «meras realidades económicas y comerciales en el caso concreto».

81 — Sentencia AEG-Telefunken/Comisión, citada en la nota 31 *supra.*

82 — Véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de mayo de 1982, AM & S/Comisión (155/79, Rec. p. 1575), apartados 29 a 31, y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de septiembre de 2007, Akzo Nobel Chemicals y Akcros Chemicals/Comisión (T-125/03 y T-253/03, Rec. p. II-3523).

83 — Sentencia Otto, citada en la nota 53 *supra,* apartado 20.

115. A estos ejemplos de utilización inadmisible de pruebas por parte de la Comisión la sentencia impugnada en el presente asunto añade otro, el de las declaraciones realizadas en el marco de un procedimiento distinto del tramitado por la Comisión, cuando no se han garantizado a la parte afectada los derechos procesales que le correspondían en el marco de aquel procedimiento o de los que dispondría en virtud del Derecho comunitario en caso de obtención directa de tales declaraciones por parte de la Comisión.

116. Ahora bien, en cuanto a la cuestión de los límites a la utilización como pruebas en el procedimiento tramitado por la Comisión de declaraciones realizadas en un procedimiento distinto, la sentencia impugnada y las sentencias Dalmine/Comisión [84] no parecen homogéneas. Sobre la base de estas últimas, un problema de inadmisibilidad del tal utilización parece poder surgir únicamente en el caso en que la comunicación a la Comisión o la utilización por parte de esta última del acta en el que se recojan tales declaraciones sea ilegal en virtud de la normativa del Estado de la autoridad que las ha obtenido (y tal ilegalidad sea constatada por el órgano jurisdiccional nacional competente). [85] La sentencia impugnada, más ampliamente, da relevancia a la inobservancia de las garantías procesales que corresponden en el ámbito del procedimiento extranjero –entre las cuales, a mi juicio, pueden considerarse comprendidos los límites que el ordenamiento jurídico extranjero establece en interés del declarante a la comunicación de las declaraciones a otras autoridades y a la utilización de las mismas por parte de estas últimas– y a la incompatibilidad de las modalidades de obtención de tales declaraciones seguidas en aquel procedimiento con las garantías procesales conferidas por el ordenamiento jurídico comunitario.

117. El hecho de que las sentencias Dalmine/Comisión, antes citadas, no hayan exceptuado el motivo de la imposibilidad de utilización relativo a la falta de observancia de estas últimas garantías puede atribuirse quizá al hecho de que Dalmine no había censurado la legalidad de la utilización como prueba, en el procedimiento tramitado por la Comisión, de las actas de interrogatorio controvertidas por la vulneración de derechos procesales *específicos* (tales como, por ejemplo, el derecho de oponerse a la autoinculpación garantizado por el Derecho comunitario), sino, en esencia, por una supuesta oposición general al derecho de defensa de la utilización como pruebas en aquel procedimiento de informaciones procedentes de un procedimiento distinto.

118. Por otro lado, no ha de soslayarse que la concepción particularmente restrictiva de los límites a la utilización por parte de la Comisión de pruebas aportadas en el marco de un procedimiento tramitado por otras autoridades, asumida por los jueces comunitarios en el caso Dalmine/Comisión, antes citado, también debe, en su caso, ser interpretada como inherente exclusivamente a los

84 — Citadas en las notas 32 y 71 *supra*.

85 — En realidad, en los apartados 62 y 63 de la sentencia del Tribunal de Justicia Dalmine/Comisión (véase el punto 108 *supra)* se menciona únicamente la cuestión de la legalidad de la *comunicación* del documento de la Comisión y no la cuestión de la legalidad de la *utilización* como prueba del mismo por parte de esta última. En cambio, tanto la sentencia del Tribunal de Primera Instancia Dalmine/Comisión (véase el punto 107 *supra)* como las conclusiones del Abogado General Geelhoed (citadas en la nota 73 *supra*, puntos 71 a 73 y 76) habían mencionado explícitamente, como circunstancia que se opone a la utilización del documento por la Comisión, el caso en que el órgano jurisdiccional nacional competente haya declarado la ilegalidad sobre la base de la normativa nacional de tal utilización, haciendo abstracción de la legalidad de la comunicación. No obstante, considero que la sentencia del Tribunal de Justicia Dalmine/Comisión puede ser interpretada en este aspecto en un sentido conforme a las conclusiones del Abogado General Geelhoed, entendiendo el concepto «comunicación» del documento como referido a una comunicación con vistas a la utilización del mismo.

casos en que se trate de autoridades de los Estados miembros de la Comunidad Europea y basada en definitiva en una presunción implícita de equivalencia de principio en la protección del derecho de defensa a nivel comunitario y a nivel de los Estados miembros. [86] Ahora bien, tal presunción no puede obviamente valer cuando se está en presencia de procedimientos tramitados en terceros Estados.

119. En cualquier caso, comparto sin reservas la idea, formulada en la sentencia impugnada y no debatida entre las partes en el presente asunto, de considerar necesario, al objeto de la utilización como prueba en un procedimiento tramitado por la Comisión de informaciones recabadas en el marco de un procedimiento tramitado por autoridades de un tercer país, el respeto *tanto* de las garantías procesales establecidas para este último procedimiento *como* de las establecidas para el procedimiento tramitado por la Comisión. Tal idea, que se corresponde con la aplicación cumulativa de la ley del Estado de origen de la prueba y de la ley del Estado de recepción de la misma, se impone, a mi juicio, habida cuenta del hecho de que nos hallamos en el ámbito del Derecho público, y en particular en materia de sanciones, y que el respeto del derecho de defensa en cualquier procedimiento mediante el que puede imponerse sanciones, en particular multas o multas coercitivas, constituye un principio fundamental del Derecho comunitario que debe ser observado aun cuando se trate de un procedimiento de carácter administrativo. [87]

120. El respeto de los derechos procesales en un asunto como el aquí examinado presupone pues que la prueba aportada en el procedimiento extranjero haya sido obtenida en el respeto de las formalidades prescritas por las disposiciones pertinentes del ordenamiento jurídico extranjero, que su comunicación a la Comisión y su utilización por parte de esta última estén permitidas por dicho ordenamiento jurídico y que tal utilización no resulte contraria a las garantías específicas de las que se habría beneficiado la empresa afectada, en virtud del Derecho comunitario, si la obtención de la prueba se hubiera producido directamente en el procedimiento tramitado por la Comisión.

— Sobre los criterios elaborados por el Tribunal de Primera Instancia sobre las modalidades que la Comisión debe observar para garantizar el respeto de los derechos procesales y sobre su aplicación en el caso de autos

121. En el recurso de casación la recurrente censura los criterios que el Tribunal de Primera Instancia elaboró, en el apartado 265

86 — En este contexto, no puede dejar de señalarse que el Reglamento (CE) nº 1/2003 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 L 1, p. 1), que ha sustituido al Reglamento nº 17, prevé expresamente en su artículo 12, apartado 1, que «al objeto de aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado, la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros deberán estar facultadas para procurarse entre sí y utilizar como medio de prueba todo elemento de hecho o de derecho, incluida la información confidencial». El considerando decimosexto del Reglamento nº 1/2003 señala a este respecto que «cuando la información intercambiada sea utilizada por la autoridad receptora para imponer sanciones a las empresas, no debería fijarse para ello otro límite que la obligación de utilizar la información a los fines para los cuales haya sido recabada, dado que las sanciones impuestas a las empresas son del mismo tipo en todos los sistemas», añadiendo que «*los derechos de la defensa de que gozan las empresas en los distintos sistemas pueden considerarse suficientemente equivalentes*» (el subrayado es mío).

87 — Véanse por todas las sentencias de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-La Roche/Comisión (85/76, Rec. p. 461), apartado 9, y de 2 de octubre de 2003, ARBED/Comisión (C-176/99 P, Rec. p. I-10687), apartado 19.

de la sentencia impugnada, en relación con el modo en que la Comisión está obligada a garantizar los citados derechos. El respeto de los mismos se impone, en efecto, en cualquier caso, por lo que la Comisión no puede, como en cambio estimó el Tribunal de Primera Instancia, limitarse a comprobar la inexistencia de serias dudas y de objeciones formuladas por la empresa implicada a este respecto. Recuerda que el propio Tribunal de Primera Instancia, según la jurisprudencia, está obligado a plantear de oficio la cuestión del respeto de las garantías procesales.

122. El Tribunal de Primera Instancia consideró en esencia que no puede darse una vulneración por parte de la Comisión de los derechos procesales de la empresa implicada mediante la utilización como prueba de las declaraciones recogidas en el procedimiento extranjero cuando dicha empresa, puesta previamente al corriente de la intención de la Comisión de proceder a tal utilización, no ha formulado objeciones al respecto y la propia Comisión no tiene motivo alguno para albergar serias dudas a primera vista sobre la compatibilidad de tal utilización con el respeto de los citados derechos.

123. Considero que la recurrente tiene razón al discutir la conformidad a Derecho de tal construcción. Los derechos procesales son respetados en cualquier caso por la Comisión, incluso en el supuesto en que la empresa implicada no los invoca en el curso del procedimiento administrativo. En Derecho comunitario no existe ninguna regla que obligue a la empresa, so pena de caducidad, a plantear cuestiones de Derecho en el curso del procedimiento administrativo ante la Comisión. No existe ninguna regla de concordancia obligatoria entre la respuesta al pliego de cargos y el recurso interpuesto ante el juez comunitario. Tampoco impone a la empresa la carga de responder al pliego de cargos. La Comisión está obligada a adoptar una decisión final conforme a Derecho, con independencia del efectivo ejercicio por parte de la empresa implicada del derecho de defensa en el procedimiento administrativo y del alcance de tal ejercicio.

124. Por otra parte, ha de observarse que la Comisión está obligada, en aras del respeto del derecho de defensa, a manifestar *en cualquier caso* a la empresa destinataria del pliego de cargos su intención de utilizar las declaraciones procedentes de un procedimiento extranjero como prueba al objeto de su decisión final, es decir, con independencia del hecho de que albergue o no serias dudas sobre la compatibilidad de tal utilización con el respeto de los derechos procesales.

125. Aun admitiendo que, como observa la Comisión, los derechos procesales son renunciables, el mero hecho de no formular ante ésta ninguna observación sobre la utilización como prueba de informaciones procedentes de un procedimiento extranjero, anunciado en el pliego de cargos, no puede ser interpretado como una renuncia a ejercitar los derechos procesales, sino que ha de interpretarse simplemente como una falta de ejercicio del derecho de la empresa a ser oída por la Comisión en relación con la legalidad de tal utilización.

126. Así pues, a mi juicio, en el aspecto examinado la sentencia impugnada está viciada de un error de Derecho.

127. Además, aun considerando conformes a Derecho los criterios elaborados por el Tribunal de Primera Instancia en el apartado 265 de la sentencia impugnada, ésta me parecería en cualquier caso viciada por un error de Derecho en la medida en que la aplicación que el Tribunal de Primera Instancia hizo de tal criterio en el caso de autos no resulta correcta.

128. Por un lado, ha de observarse que el Tribunal de Primera Instancia, sin un ulterior análisis, no podía imputar a la recurrente, vinculando a ello la caducidad, no haberse opuesto, en su respuesta al pliego de cargos, a la utilización como prueba del informe del FBI por parte de la Comisión. En el procedimiento de primera instancia la recurrente rechazó la utilización de tal informe como prueba de las circunstancias fácticas mencionadas en el considerando 265 de la Decisión impugnada. No obstante, dado que tales circunstancias no figuraban en el pliego de cargos, donde figuran únicamente circunstancias cuya exactitud no fue rebatida por la recurrente, el Tribunal de Primera Instancia habría debido, antes de formular tal imputación contra la recurrente, comprobar si ésta pudo razonablemente deducir, partiendo del pliego de cargos y a la luz del contenido del informe del FBI que era mencionado en dicho pliego y se adjuntaba al mismo, que la Comisión pretendía reprocharle también tales circunstancias (véanse los puntos 46 a 50 *supra),* y si la recurrente tenía por tanto interés en formular, en respuesta a tal pliego de cargos, objeciones contra la utilización del informe del FBI como prueba. El silencio de la recurrente respecto a eventuales causas de imposibilidad de utilizar el documento como prueba no puede interpretarse como una aquiescencia, cuando no respeto, a la utilización que se preveía en el pliego de cargos.

129. Por otro lado, a mi juicio, en el caso de autos existían motivos para dudar seriamente, a primera vista, de la compatibilidad de la utilización como prueba del informe del FBI con los derechos procesales de la recurrente.

130. A tal respecto, antes de nada convengo con la recurrente en sostener que los elementos tomados en consideración por el Tribunal de Primera Instancia en los apartados 266 y 267 de la sentencia impugnada (véanse los puntos 69 y 70 *supra)* son, si no del todo carentes de pertinencia respecto al problema del respeto de las garantías procesales, inapropiados para excluir la existencia de serias dudas sobre la compatibilidad de la utilización de tal informe por parte de la Comisión con las garantías procesales concretamente invocadas por la recurrente ante el Tribunal de Primera Instancia y ahora ante el Tribunal de Justicia. Se trata, recuérdese, del derecho a oponerse a la autoinculpación, de la obligación de la autoridad que recaba la información de someter al declarante para su aprobación el informe escrito de las declaraciones realizadas elaborado por la propia autoridad, así como de la tutela del carácter confidencial de las declaraciones realizadas por el antiguo representante de ADM ante las autoridades de defensa de la competencia estadounidenses en el marco de la colaboración prestada a estas últimas por la propia ADM.

131. Me detendré en particular en este último aspecto, que merece una particular atención puesto que afecta al delicado asunto de las relaciones bilaterales entre las Comunidades Europeas y los Estados Unidos en materia de cooperación entre las autoridades de defensa de la competencia.

132. Al afirmar que el informe del FBI estaba destinado a ser utilizado únicamente en el marco de procedimientos en los Estados Unidos, la recurrente ha puesto de manifiesto, por un lado, que la primera página de dicho informe indica que está prohibida la divulgación de dicho informe a terceros y, por otro lado, que las autoridades de defensa de la competencia estadounidenses habían acordado expresamente con el abogado del antiguo representante de ADM que las informaciones facilitadas por él mismo no serían divulgadas salvo al objeto de su utilización en procedimientos tramitados en los Estados Unidos. Tales circunstancias se desprenden efectivamente de los documentos presentados ante el Tribunal de Primera Instancia.

133. Es cierto que la Comisión no disponía probablemente del escrito que contenía tal compromiso asumido por las citadas autoridades [88] y que el informe del FBI no le había sido comunicado por estas últimas, sino por otra empresa implicada en el procedimiento tramitado por la Comisión.

134. No obstante, a mi juicio, la Comisión no podía ignorar la posibilidad que la utilización como prueba en el procedimiento por ella tramitado del informe del FBI entraba en conflicto con garantías conferidas en el ordenamiento jurídico estadounidense en cuanto al tratamiento confidencial de la información facilitada por el antiguo representante de ADM. Y ello no sólo en la medida en que el documento lleva en su primera página, como subraya la recurrente, una indicación relativa a la prohibición de comunicación a terceros, sino sobre todo en consideración de la ordenación de las relaciones entre la Comunidad Europea y los Estados Unidos en materia de cooperación entre las respectivas autoridades de defensa de la competencia.

135. En la época de adopción de la decisión controvertida, tales relaciones estaban regidas –como, por otra parte, lo están todavía– por un acuerdo bilateral celebrado en 1991, [89] completado por un segundo acuerdo bilateral celebrado en 1998. [90] Los dos acuerdos prevén la consulta, la cooperación y la coordinación

88 — Carta de 13 de junio de 1997, firmada por el Trial Attorney de la Antitrust Division del Ministerio de Justicia de los Estados Unidos (presentada por ADM en anexo a su respuesta a las preguntas escritas que le formuló el Tribunal de Primera Instancia).

89 — Acuerdo entre las Comunidades Europeas y el Gobierno de Estados Unidos de América relativo a la aplicación de sus normas de competencia, de 23 de septiembre de 1991 - Canje de notas interpretativas con el Gobierno de Estados Unidos de América, de 31 de mayo y 31 de julio de 1995 (DO 1995, L 95, p. 47). El acuerdo fue aprobado en nombre de la Comunidad Europea y de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero mediante la Decisión 95/145/CE, CECA del Consejo y de la Comisión, de 10 de abril de 1995, por la que se celebra el Acuerdo entre las Comunidades Europeas y el Gobierno de Estados Unidos de América relativo a la aplicación de sus normas de competencia (DO L 95, p. 45, con rectificación publicada en DO L 131, p. 38).

90 — Acuerdo entre las Comunidades Europeas y el Gobierno de Estados Unidos de América sobre observancia de los principios de cortesía positiva en la aplicación de sus normas de competencia (DO 1998, L 173, p. 28). El acuerdo fue aprobado, en nombre de la Comunidad Europea y de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, mediante la Decisión 98/386/CE, CECA del Consejo y de la Comisión, de 29 de mayo de 1998 (DO L 173, p. 26).

entre la Comisión, por un lado, y la Antitrust Division del Ministerio de Justicia y la Federal Trade Commission, por otro lado, en el desarrollo de las actividades dirigidas a garantizar la aplicación del Derecho de la competencia. Ninguna disposición de tales acuerdos prevé explícitamente el intercambio de información entre tales autoridades *a efectos de prueba* de las infracciones al Derecho de la competencia. En el acuerdo de 1991 se prevé, en particular, en cuanto atañe al intercambio de información entre tales autoridades, que la parte contratante que posee la información no está obligada a facilitarla a la otra parte si la propia ley interna prohíbe su divulgación y que cada una de las partes contratantes está obligada a guardar, en la medida más amplia posible, confidencialidad sobre toda información que le haya facilitado la otra parte en virtud del acuerdo y a oponerse, en la medida más amplia posible, a cualquier solicitud de divulgación de la información presentada por terceros a falta de autorización de la parte contratante que haya facilitado la información (artículo VIII). Asimismo se precisa que las disposiciones del acuerdo deben ser interpretadas de modo que resulten coherentes con las leyes en vigor de las partes contratantes o de sus Estados miembros y en el sentido de que no exigen modificaciones de estas últimas (artículo IX). Además, en el canje de notas interpretativas relativas al propio acuerdo, se declaraba en nombre de la Comunidad Europea, en referencia a los artículos VIII y IX del mismo, que las informaciones comprendidas por el secreto profesional mencionado en el artículo 20 del Reglamento nº 17 serían comunicadas por la Comisión a las autoridades de defensa de la competencia estadounidenses únicamente con el expreso consentimiento de la «fuente» interesada. El acuerdo de 1998 también contiene, en los artículos IV, apartado 2, letra c), inciso iii), y V, referencias a la necesidad de obtener previamente el consentimiento de la fuente interesada al objeto de comunicar a la autoridad en materia de competencia de la otra parte contratante información de carácter confidencial.

136. En esencia, sobre la base de tales acuerdos la Comisión y las autoridades de defensa de la competencia estadounidenses no están autorizadas para intercambiarse información que no pueda ser divulgada conforme al ordenamiento jurídico de la autoridad que posee tal información, [91] al deber atenerse, en particular, «a lo dispuesto en su legislación nacional sobre protección de la confidencialidad en la información obtenida durante las investigaciones». [92]

137. El intercambio de información entre dichas autoridades se produce pues «dentro de los límites de las disposiciones vigentes sobre confidencialidad» [93] y es la renuncia de la parte implicada al derecho a la confidencialidad lo que permite a las autoridades de que se trata intercambiarse información confidencial. [94] La imposibilidad de las autoridades de defensa de la competencia, sobre la base de los actuales acuerdos de cooperación, de intercambiarse información confidencial

91 — Así lo afirma Nazzini R.: «Concurrent Proceedings in Competition Law», *Oxford University Press,* Nueva York, 2004, pp. 75 y 76.

92 — Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, del 13 de agosto de 2003, sobre la aplicación de los Acuerdos entre las Comunidades Europeas y el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de Canadá relativos a la aplicación de sus normas de competencia (1 de enero de 2002 a 31 de diciembre de 2002), punto 1.1, que puede descargarse de Eur-Lex con el código 52003DC0500.

93 — *Ibidem,* punto 1.2.2.

94 — Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, del 17 de septiembre de 2002, sobre la aplicación de los Acuerdos entre las Comunidades Europeas y el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de Canadá relativos a la aplicación de sus normas de competencia (1 de enero de 2001 a 31 de diciembre de 2001), punto 1.2.2, que puede descargarse de Eur-Lex con el código 52002DC0505, en el que la Comisión indica que en el asunto de las casas de subasta de obras de arte «una empresa parte en el procedimiento consintió a que los dos organismos intercambiasen puntos de vista relativos a pruebas confidenciales».

sin el permiso de la fuente interesada es señalada además como un importante límite a la eficacia de la cooperación en la lucha contra los cárteles, hasta tal punto que en varias sedes institucionales se aboga por la celebración de un acuerdo denominado de «segunda generación» dirigido a permitir también el intercambio de información confidencial. [95]

138. El límite al intercambio de información entre autoridades representado por el respeto de la confidencialidad de la información reviste, por otro lado, una importancia muy particular cuando se trata, como en el caso de autos, de información facilitada voluntariamente en el marco de la cooperación ofrecida por una empresa al objeto de obtener un trato favorable desde el punto de vista sancionador. En efecto, es evidente que si información de esta clase pudiera ser comunicada por la autoridad que la recibe en el marco de una solicitud de trato favorable presentada ante autoridades de defensa de la competencia de otros países daría lugar, en particular a falta de toda coordinación entre los programas de clemencia establecidos por las autoridades implicadas, a una muy fuerte disuasión para las empresas de ofrecer su propia colaboración en el ámbito de tales programas. [96]

139. Como ha señalado el Competition Commitee de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en lo sucesivo, «OCDE»), «los intercambios de información no deberán perjudicar de forma imprudente las investigaciones de cárteles especialmente graves (*hard core),* incluida la eficacia de los programas de clemencia»; a tal fin, la mayor parte de los países miembros [de

95 — Así lo afirma la propia Comisión en su Informe al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la aplicación del Acuerdo entre las Comunidades Europeas y el Gobierno de Estados Unidos de América relativo a la aplicación de sus normas de competencia (1 de enero de 1999 a 31 de diciembre de 1999), punto 2.2, que puede descargarse de Eur-Lex con el código 52000DC0618. Véase también el tercer informe del Competition Committee de la OCDE de 2005 sobre la aplicación de las recomendaciones del Consejo de la OCDE de 25 de marzo de 1998 sobre una acción efectiva contra los cárteles especialmente graves (*hard core),* punto 4, que puede descargarse del sitio web de la OCDE (www.oecd.org). Ha de recordase que la facultad de intercambiar y utilizar como prueba *información confidencial* está hoy previsto, dentro de ciertos límites, en el artículo 12 del Reglamento nº 1/2003 en el marco de la cooperación en el seno de la red constituida por la Comisión y por las autoridades de defensa de la competencia de los Estados miembros.

96 — Por ello, no sorprende leer en el informe citado en la nota 92 *supra* (punto 1.2.2) que la Comisión intervino en tres procedimientos civiles estadounidenses al objeto de proteger la confidencialidad de informaciones escritas presentadas en el marco de su política de trato favorable, haciendo tal cosa no en apoyo de una de las partes de los procedimientos antes citados, sino para «salvaguardar la integridad» de tal política. Además, la Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel contiene significativas indicaciones: en la versión de 2002 (DO C 45, p. 3, punto 33) la Comisión señaló que las declaraciones recibidas por ella en relación con esta Comunicación no podrán ser divulgadas ni emplearse para fines diferentes de la aplicación del artículo 81 CE, mientras que en la versión de 2006 (DO C 298, p. 17, punto 35) precisó que dichas declaraciones pueden ser transmitidas, si se cumplen ciertas condiciones, únicamente a las autoridades de competencia de los Estados miembros. En las dos versiones antes citadas de tal Comunicación (puntos 32 y 40, respectivamente) se pone de manifiesto que la divulgación de tales declaraciones entraña un perjuicio para la protección del objetivo de las actividades de inspección e investigación a efectos del artículo 4, apartado 2, del Reglamento (CE) nº 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión (DO L 145, p. 43).

la OCDE] ha adoptado políticas en virtud de las cuales no intercambian información obtenida por una persona que solicita la clemencia sin el previo consentimiento de ésta. [97]

140. Pues bien, a la luz de la sistemática de las relaciones bilaterales entre la Comunidad Europea y los Estados Unidos en la materia examinada y de los problemas inherentes a la divulgación de información facilitada por empresas que se adhieren a programas de clemencia, que la Comisión no podía ignorar, considero que, una vez recibido el informe del FBI por otra de las empresas implicadas en el procedimiento tramitado por ella, dicha institución debió adoptar las oportunas cautelas en cuanto al tratamiento que ha de dispensarse al documento en el citado procedimiento, para evitar el riesgo de vulnerar posibles garantías reconocidas por el ordenamiento jurídico estadounidense en relación con la divulgación del contenido del propio documento.

141. En particular, creo que la Comisión no pudo lícitamente utilizar como prueba el informe del FBI sin haber preguntado previamente a la empresa que se lo había facilitado relaciones sobre el modo en que ésta se hizo con el mismo y sin haber solicitado antes a las autoridades de defensa de la competencia estadounidenses, en cumplimiento de sus deberes de leal colaboración con las mismas en virtud de los acuerdos bilaterales en vigor, si dicho informe constituía, según el Derecho estadounidense, un documento que procedía considerar confidencial, como cabía presumir salvo prueba en contrario, además de su primera página, del contexto, conocido por la Comisión, en que se aportó (y como parece resultar de la carta de 13 de junio de 1997 de la Antitrust Division del Ministerio de Justicia de los Estados Unidos).

142. El hecho de que fuera una empresa tercera y no dichas autoridades quienes transmitieran el informe del FBI no puede, ciertamente, justificar la falta de adopción por parte de la Comisión de tales cautelas. Tal hecho no puede autorizar a la Comisión para considerar que el citado documento había perdido todo carácter confidencial. La Comisión, sobre la base de una interpretación conforme a la buena fe del artículo VIII del Acuerdo bilateral de 1991, debía evitar, a mi juicio, el riesgo de conducir, utilizando ella misma dicho informe a efectos probatorios, a ulteriores consecuencias una eventual vulneración del carácter confidencial del mismo cometida en los Estados Unidos.

143. El hecho de que dicho informe no fuera transmitido a la Comisión por las autoridades en materia de competencia estadounidenses distingue además de forma sustancial el caso de autos del que fue objeto de las sentencias Dalmine/Comisión, [98] en el que la Comisión había recibido las actas de interrogatorio controvertidos directamente de la autoridad nacional que se había ocupado de su redacción. En el asunto Dalmine/Comisión la

97 — Documento de octubre de 2005 titulado *Best Practices for the Formal Exchange of Information Between Competition Authorities in Hard Core Cartel Investigations*, que puede descargarse desde el sitio *web* de la OCDE (www.oecd.org). La traducción es mía. Es interesante observar que la propia Comisión, en su Comunicación sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia (DO 2004, C 101, p. 43), ha previsto en el punto 40 que, salvo en supuestos específicos, «la información facilitada de forma voluntaria por un solicitante de clemencia sólo se transmitirá a otro miembro de la Red, de conformidad con el artículo 12 del [Reglamento nº 1/2003], con el consentimiento del solicitante».

98 — Citadas en la notas 32 y 71 *supra*.

Comisión estaba facultada, según el Tribunal de Justicia, para utilizar como prueba las citadas actas, a falta de un pronunciamiento del juez nacional que declarase la ilicitud de la remisión de los mismos en la Comisión. [99] En el caso de autos, en cambio, a falta de una remisión directa del informe del FBI por parte de las autoridades de defensa de la competencia estadounidenses, no podría revestir pertinencia la falta de un pronunciamiento análogo de un juez estadounidense. La consulta de las autoridades de defensa de la competencia estadounidenses sobre la conformidad con el Derecho estadounidense de la utilización del documento por parte de la Comisión se imponía a esta última precisamente al objeto de obtener al respecto cuando menos un primer pronunciamiento de las autoridades nacionales competentes, si bien no de carácter jurisdiccional.

144. Por los motivos expuestos en los puntos 121 y siguientes *supra,* sostengo pues que, en el caso en que procediera considerar infundado el primer motivo, la sentencia impugnada debería ser anulada en la parte en que rechazó las imputaciones, basadas en la vulneración de garantías procesales, formuladas por la recurrente contra la utilización por parte de la Comisión del informe del FBI al objeto de probar la condición del líder que ADM había desempeñado en el cártel.

99 — Sentencia del Tribunal de Justicia, citada en la nota 32 *supra,* apartado 63.

E. *Sobre el recurso contra la Decisión impugnada: ¿podía utilizar la Comisión el informe del FBI como prueba de la condición de líder del cártel de la recurrente?*

145. Ya he señalado en el punto 141 *supra* que la Comisión no podía utilizar legalmente como prueba el informe del FBI sin haber obtenido previamente de la empresa que se lo había facilitado y a las autoridades de defensa de la competencia estadounidenses las aclaraciones necesarias para comprobar el régimen jurídico de dicho documento desde el punto de vista de la confidencialidad. Por tanto, a mi juicio, procedería acoger el motivo del recurso de primera instancia relativo a la vulneración de garantías procesales, en la parte en que está basado en la incompatibilidad entre la utilización como prueba de dicho informe por parte de la Comisión y el trato confidencial garantizado en el mismo por las citadas autoridades.

F. *Sobre los motivos (tercero, cuarto y quinto) relativos a la declaración escrita de Cerestar*

146. Mediante tres distintos motivos, la recurrente formula censuras contra las consideraciones que indujeron al Tribunal de Primera Instancia a concluir, a diferencia de cuanto ella había sostenido en primera instancia, que la Comisión no había incurrido en ningún error manifiesto en la apreciación de la declaración escrita de Cerestar en cuanto al papel desempeñado por el antiguo representante de ADM en la misma.

147. A este respecto ha de recordarse antes de nada que el Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse sobre los hechos ni, en principio, para examinar las pruebas que el Tribunal de Primera Instancia haya admitido en apoyo de éstos. En efecto, siempre que dichas pruebas se hayan obtenido de modo regular y se hayan observado los principios generales del Derecho y las normas procesales aplicables en materia de carga y de valoración de la prueba, corresponde únicamente al Tribunal de Primera Instancia apreciar la importancia que debe atribuirse a los elementos que le hayan sido presentados. Así pues, esta apreciación no constituye, salvo en caso de desnaturalización de dichos elementos, una cuestión de Derecho sujeta, como tal, al control del Tribunal de Justicia. [100]

148. Ahora bien, con el primero de estos motivos la recurrente reprocha la desnaturalización de un elemento de prueba, el informe del FBI. A su juicio, a diferencia de cuanto sostuvo el Tribunal de Primera Instancia en el apartado 288 de la sentencia impugnada, dicho informe no corrobora en modo alguno la declaración escrita de Cerestar según la cual el antiguo representante de ADM desempeñó un papel de líder en el cártel, al presidir las reuniones de sherpas, preparar los asuntos a tratar y formular las propuestas sobre listas de precios a aprobar. Según dicho informe, fue otro representante del ADM el que desempeñó un papel particularmente activo en el marco del cártel.

149. A mi juicio, no cabe acoger este motivo. Antes de nada, como ha observado la Comisión, en el apartado 288 de la sentencia impugnada no se señala que el informe del FBI corrobore, respecto al asunto que acaba de mencionarse, la declaración escrita de Cerestar, sino que simplemente existe una concordancia entre ambos documentos. Además, esta comprobación fue hecha por el Tribunal de Primera Instancia en el marco del examen de la credibilidad de la declaración escrita de Cerestar, la cual se oponía a cuanto declaró el antiguo representante de ADM ante la Comisión en el curso del procedimiento administrativo. Pues bien, el Tribunal de Primera Instancia consideró más creíble la declaración escrita de Cerestar no sólo porque ésta resulta coherente con el informe del FBI, sino también porque constaba que Cerestar no había desempeñado un papel activo en el marco del cártel y porque las declaraciones del antiguo representante de ADM ante la Comisión fueron efectuadas *«in tempore suspecto»*. [101] Ahora bien, la recurrente no formula censura alguna contra estas declaraciones adicionales del Tribunal de Primera Instancia.

150. Mediante el segundo de los citados motivos la recurrente reprocha una falta de motivación de la sentencia impugnada en la parte en que desestima el argumento mediante el cual alegaba que la declaración escrita de Cerestar sobre el papel desempeñado por el antiguo representante de ADM en las reuniones de sherpas carecía de toda credibilidad, al no estar Cerestar en condiciones de identificar ninguna de tales reuniones ni de facilitar detalles sobre el objeto de las mismas.

100 — Sentencia de 21 de septiembre de 2006, JCB Service/Comisión (C-167/04 P, Rec. p. I-8935), apartado 107, y la jurisprudencia ahí citada.

101 — Véase la sentencia impugnada, apartados 288 y 290.

151. A mi juicio, procede desestimar también este motivo. En efecto, en el apartado 289 de la sentencia impugnada, el Tribunal de Primera Instancia puso de manifiesto en esencia que el hecho de no estar en condiciones de aportar detalles sobre tales reuniones del cártel no podía impedir a Cerestar afirmar que dichas reuniones fueron organizadas y dirigidas por el antiguo representante de ADM.

152. Por último, mediante el tercero de los citados motivos la recurrente sostiene que en el apartado 290 de la sentencia impugnada el Tribunal de Primera Instancia incurrió en un error al considerar que aquélla no podía rebatir en el procedimiento jurisdiccional la exactitud de la declaración escrita de Cerestar, al no haberlo hecho en el curso del procedimiento administrativo. Ahora bien, coincido con la Comisión en afirmar que dicha censura está viciada por una interpretación manifiestamente errónea del citado apartado, en el cual el Tribunal de Primera Instancia, lejos de declarar la caducidad de derechos de la recurrente, se limitó a subrayar que a la declaración escrita de Cerestar se le reconocía «una fuerza probatoria superior» a la de la declaración del antiguo representante de ADM, por lo cual no cabía inferir de la mera incompatibilidad entre las dos declaraciones la inexactitud de la primera.

153. Por tanto, a mi juicio, procede desestimar los motivos relativos a la declaración escrita de Cerestar.

G. *Sobre el recurso contra la Decisión impugnada: ¿demostró suficientemente la Comisión el papel de líder desempeñado por ADM en el cártel?*

154. De las consideraciones que he desarrollado sobre la utilización por parte de la Comisión del informe del FBI al objeto de probar la condición de líder del cártel atribuida a ADM se desprende que, aun siendo tal utilización ilegal, la Comisión, en la valoración del papel desempeñado por ADM, no debió tener en cuenta las circunstancias fácticas mencionadas en el considerando 265 de la Decisión impugnada, que se desprendían únicamente de dicho informe.

155. Por tanto, ha de comprobarse, en el marco del examen del recurso contra la Decisión impugnada cuya realización propongo al Tribunal de Justicia en virtud del artículo 61, apartado 1, de su Estatuto, y habida cuenta de las observaciones que he formulado en los puntos 57 a 59 *supra,* si la atribución a ADM de la condición de líder del cártel puede justificarse sobre la sola base de las circunstancias indicadas en el considerando 266 de la Decisión impugnada y reproducidas en la declaración escrita de Cerestar. Se trata, recuérdese, de la «impresión» de Cerestar de que el antiguo representante de ADM desempeñó un papel de líder y el hecho de que él presidiera las reuniones de sherpas y se ocupase de «preparar los asuntos y hacer las propuestas de listas de precios».

156. A mi juicio, no cabe atribuir valor particular alguno a la citada «impresión» de Cerestar considerada en sí y por sí misma, puesto que la calificación de una empresa como líder de un cártel debe basarse en

hechos concretos y no en impresiones o juicios de otros participantes en tal cártel. En cuanto a los hechos concretos, me parece que la presidencia de las reuniones de sherpas y la preparación de asuntos y propuestas por el antiguo representante de ADM, si bien ponen de manifiesto que la recurrente desempeñó un papel activo en el ámbito del cártel, no bastan para basar una calificación de liderazgo. En efecto, consta que las decisiones importantes del cártel eran adoptadas en el marco de las reuniones «de los jefes», celebradas entre los directivos de rango más elevado en la jerarquía, y que estas reuniones, como afirmó Cerestar, eran presididas generalmente por representantes de Hoffmann-La Roche y de Jungbunzlauer, sin que esta última fuera considerada por la Comisión como líder del cártel. Del resto de la misma declaración escrita de Cerestar se desprende que el antiguo representante de ADM, al presidir las reuniones de sherpas, «daba regularmente cuenta de los acuerdos adoptados en las reuniones "de jefes"». [102] Además, la propia Comisión señaló en el considerando 273 de la Decisión impugnada que «otros miembros del cártel también llevaron a cabo actividades generalmente asociadas con un papel de liderazgo, tales como la presidencia de reuniones o la centralización de la recopilación y distribución de datos».

157. Así pues, a mi juicio, la condición de líder de ADM en el cártel del ácido cítrico no puede considerarse suficientemente demostrada.

158. Por tanto, propongo al Tribunal de Justicia que elimine, también en este concepto, el incremento del 35 % del importe básico de la multa de la recurrente, aplicado por la Comisión en la Decisión impugnada.

H. *Sobre el sexto motivo, relativo a la falta de reconocimiento de una circunstancia atenuante en relación con la cesación de la participación de ADM en el cártel desde las primeras intervenciones de las autoridades de defensa de la competencia estadounidenses*

1. Consideraciones del Tribunal de Primera Instancia

159. Ante el Tribunal de Primera Instancia la recurrente censuró que la Comisión no le permitió acogerse a la circunstancia atenuante mencionada en el punto 3, tercer guión, de las Directrices, a saber «interrupción de las infracciones desde las primeras intervenciones de la Comisión (en particular, verificaciones)». Al subrayar que puso fin a su participación en el cártel del ácido cítrico inmediatamente después del registro efectuado por el FBI en sus oficinas en Estados Unidos en junio de 1995, [103] la recurrente sostuvo que la falta de concesión de la citada circunstancia atenuante por parte de la

102 — Anexo 15 al recurso de casación, p. 3.

103 — En realidad existe incertidumbre sobre el hecho de que la participación de ADM en el cártel del ácido cítrico cesara *a raíz* del registro de sus locales por parte del FBI en junio de 1995. En la Decisión controvertida se hizo constar que la duración de la participación de ADM en el cártel se prolongó hasta mayo de 1995 (véase el considerando 247 y el artículo 1, párrafo segundo) y que ADM, en su respuesta al pliego de cargos (punto 5.2), había indicado que puso fin a tal participación por iniciativa propia en mayo de 1995, «cuando el cártel dejó de funcionar y antes de la intervención de las autoridades». Ahora bien, la Decisión controvertida contiene más de una indicación en el sentido de que la participación de ADM en el cártel terminó en junio de 1995 con el registro del FBI (véanse los considerandos 128 y 193).

Comisión era contraria al principio de proporcionalidad y, puesto que la Comisión adoptó una decisión de sentido contrario en un caso anterior caracterizado por circunstancias análogas, al principio de igualdad de trato.

160. Con un razonamiento claro, expuesto en los apartados 331 a 346 de la sentencia impugnada, el Tribunal de Primera Instancia desestimó ambas imputaciones.

161. En primer lugar, el Tribunal de Primera Instancia estimó preciso «interpretar restrictivamente la disposición recogida en el punto 3, tercer guión, de las Directrices, de modo que no contrarreste la eficacia del artículo 81 CE, apartado 1». Una interpretación de tal disposición basada en un análisis puramente literal, la cual «podría dar la impresión de que, en general y sin reserva alguna, el mero hecho de que un infractor ponga fin a la infracción desde las primeras intervenciones de la Comisión constituye una circunstancia atenuante», «reduciría la eficacia de las normas que permiten mantener una competencia eficaz, ya que debilitaría tanto la sanción aplicable a la violación del artículo 81 CE como el efecto disuasorio de dicha sanción». Según el Tribunal de Primera Instancia, «poner fin a una infracción sólo después de la intervención de la Comisión no puede asimilarse al mérito que conlleva una iniciativa autónoma del infractor, sino que constituye simplemente una reacción normal y apropiada a dicha intervención», «únicamente [consagrando] la vuelta del infractor a un comportamiento lícito». En consecuencia, procedería «interpretar dicha disposición [de las Directrices] en el sentido de que únicamente las circunstancias particulares del asunto de que se trate, en las que debe materializarse el supuesto del cese de la infracción desde las primeras intervenciones de la Comisión, podrían justificar que se tomase en consideración dicho cese como circunstancia atenuante». [104]

162. En segundo lugar, el Tribunal de Primera Instancia consideró que «en el contexto particular del presente asunto», «el hecho de que ADM pusiera fin a la infracción tras la primera intervención de una autoridad de defensa de la competencia no [podía] constituir una circunstancia atenuante», puesto que, al tratarse de «un cártel secreto que tenía por objeto la fijación de precios y el reparto de los mercados», no cabía «ninguna duda de que dicha infracción fue cometida deliberadamente por las partes implicadas». [105]

163. Por último, el Tribunal de Primera Instancia señaló que «el mero hecho de que, en la práctica seguida en sus decisiones anteriores, la Comisión haya valorado de determinado modo un comportamiento no implica que esté obligada a efectuar la misma apreciación al adoptar una decisión posterior» y, por tanto, que el precedente invocado por la recurrente no bastaba para poner en entredicho la interpretación por él desarrollada, en la medida en que sólo reflejaba la apreciación de la Comisión. [106]

104 — Sentencia impugnada, apartados 335 a 338.
105 — Sentencia impugnada, apartados 339 a 342.
106 — Sentencia impugnada, apartado 345.

2. Alegaciones de las partes

164. Mediante el presente motivo la recurrente reprocha al Tribunal de Primera Instancia haber vulnerado, con las consideraciones antes expuestas, el principio en virtud del cual la Comisión está obligada a respetar las normas que ella misma se impone o, a falta de las mismas, a indicar las razones por las que se aparta de ellas. La recurrente formula a este respecto diversas alegaciones mediante las cuales, en esencia:

— censura la interpretación dada por el Tribunal de Primera Instancia al punto 3, tercer guión, de las Directrices, mediante la cual se confundió una genuina y efectiva obligación con una mera facultad de la Comisión de conceder una disminución del importe de la multa en caso de interrupción de las infracciones desde sus primeras intervenciones;

— reprocha en cualquier caso al Tribunal de Primera Instancia no haber declarado que la Comisión incumplió su obligación de indicar las razones por las que no proyectaba ejercer en el caso de autos su facultad de valorar si la interrupción de la participación en el cártel tras las primeras intervenciones de las autoridades estadounidenses justificó una disminución del importe de la multa.

165. La Comisión, por su parte, señala que el Tribunal de Primera Instancia examinó de forma detallada las censuras de la recurrente, interpretó de forma correcta las disposiciones de las Directrices controvertidas y valoró correctamente las circunstancias del caso de autos, para llegar a la acertada conclusión de que la interrupción de la participación de ADM en el cártel desde el registro efectuado por el FBI en sus locales no constituía una circunstancia atenuante.

3. Apreciación

166. He de señalar antes de nada que comparto la idea, asumida por el Tribunal de Primera Instancia, según la cual la interrupción de la participación de una empresa en un cártel secreto manifiestamente ilícito no constituye una circunstancia que atenúe significativamente la gravedad de la infracción y que, por tanto, sea recompensada con una disminución del importe de la multa. [107]

167. No obstante, no comparto [108] el razonamiento mediante el cual el Tribunal de Primera Instancia desestimó la imputación

107 — En este sentido véanse también las conclusiones presentadas por el Abogado General Trstenjak el 15 de mayo de 2008 en el asunto en que recayó la sentencia Archer Daniels Midland/Comisión (C-510/06 P, pendiente ante este tribunal), punto 232, relativo al cártel del gluconato sódico.

108 — A diferencia de cuanto hace el Abogado General Trstenjak en las conclusiones citadas en la nota anterior.

de la recurrente relativa a la no concesión de la circunstancia atenuante examinada. En particular, a mi juicio, la recurrente reprocha acertadamente al Tribunal de Primera Instancia haber interpretado de forma errónea el punto 3, tercer guión, de las Directrices.

168. Como se reconoce en el apartado 335 de la sentencia impugnada, el tenor literal de tal disposición apunta a que, en general y sin reserva alguna, el mero hecho de que un infractor ponga fin a la infracción desde las primeras intervenciones de la Comisión constituye una circunstancia atenuante. Ningún elemento de la disposición deja margen a una posible distinción o a una aplicación del beneficio en cuestión «sólo [en] circunstancias particulares». Por otro lado, ha sido sólo a partir de las nuevas Directrices de 2006 [109] cuando la Comisión, al incorporar la formulación adoptada en el punto 3, tercer guión, de las Directrices, ha señalado que la circunstancia atenuante representada por haber puesto fin a las actividades ilícitas inmediatamente después de las primeras intervenciones de la Comisión «los acuerdos o prácticas de carácter secreto (en particular, los carteles)».

169. Por ello, desatendiendo el criterio según el cual *in claris non fit interpretatio,* el Tribunal de Primera Instancia consideró que procedía acoger una interpretación restrictiva del punto 3, tercer guión, de las Directrices que lo haría aplicable sólo en «circunstancias particulares», invocando el hecho de que «calificar de circunstancia atenuante el cese de una infracción desde las primeras intervenciones de la Comisión reduciría injustificadamente la eficacia del artículo 81 CE, apartado 1, al reducir tanto la sanción como el efecto disuasorio de ésta».

170. Esta declaración me parece, sobre todo, forzada. Más allá del hecho de que el artículo 81 CE, apartado 1, no prevé en cuanto tal ninguna sanción, sino únicamente una prohibición, no veo cómo el reconocimiento de principio de tal circunstancia atenuante puede comprometer incluso el efecto útil de este artículo –o de los artículos 83 CE y 15 del Reglamento nº 17, que prevén la imposición de multas–, puesto que la cuantía de la reducción de la multa que se seguiría de ello puede ser modulada en función de las características del caso de autos y ser incluso ínfima, de modo que no pueda incidir en el efecto disuasorio de la multa.

171. Ha de observarse que las Directrices no prevén, en las circunstancias agravantes recogidas en el punto 2, la continuación de la infracción tras las primeras intervenciones de la Comisión. Así, cabe pensar que las Directrices hayan pretendido diferenciar el trato de empresas participantes en un cártel prohibido que reaccionan de forma distinta a la intervención de la Comisión –unas interrumpiendo, otras cometiendo la infracción– mediante un premio (disminución de la multa) a dar en el primer caso y una penalización (incremento de la multa) a infligir en el segundo.

109 — Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento nº 1/2003 (DO C 210, p. 2). Véase el punto 29, primer guión.

172. Por otro lado, interpretar el punto 3, tercer guión, de las Directrices en un sentido ceñido a su tenor literal, tal como sostienen la recurrente, no significa reconocer que la Comisión se haya impuesto considerar *en cualquier caso* la mera interrupción de una infracción desde sus primeras intervenciones como circunstancia atenuante. En efecto, acierta la recurrente al recordar que, de conformidad con la jurisprudencia, la Comisión puede apartarse de las Directrices con la condición de que exponga las razones que le inducen a hacerlo y que éstas sean compatibles con el principio de igualdad. [110]

173. Por tanto, considero que el punto 3, tercer guión de las Directrices puede ser considerado en el sentido de que la interrupción de la infracción desde las primeras intervenciones es en principio –y, por tanto, no sólo en circunstancias particulares, como se afirma en la sentencia impugnada– recompensada con una disminución del importe de base de la multa.

174. No obstante, esta interpretación no entraña que el Tribunal de Primera Instancia debiera necesariamente reconocer a favor de la recurrente la circunstancia atenuante mencionada en la citada disposición y, por tanto, concederle una disminución del importe de base de la multa.

110 — Véase la sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, citada en la nota 15 *supra,* apartado 209.

175. En efecto, al disponer en virtud de los artículos 229 CE y 17 del Reglamento nº 17 de una competencia jurisdiccional plena en cuanto atañe a las multas impuestas en virtud del citado Reglamento, está, más allá del mero control de la legalidad de la sanción, «facultado para sustituir la apreciación de la Comisión por la suya propia», y puede suprimir, reducir o incluso aumentar el importe de la multa impuesta por la Comisión cuando se somete a su apreciación la cuestión de tal importe. [111] En consecuencia, como ya señaló el Abogado General Jacobs en sus conclusiones presentadas en el asunto JCB Service/Comisión, [112] el Tribunal de Primera Instancia no está vinculado por las Directrices.

176. Así pues, el Tribunal de Primera Instancia habría podido rechazar la exigencia de la recurrente utilizando precisamente los argumentos expuestos en los apartados 336, 340 y 341 de la sentencia impugnada –que considero perfectamente compartibles [113] y que se centran, en esencia, en la idea de que poner fin a una infracción cuya ilicitud es manifiesto es una reacción «apropiada y anormal» a la intervención de la Comisión– en el marco, no obstante, de una apreciación efectuada en el plano de su oportunidad, es decir, que entraña decisiones adoptadas en el ámbito de la discrecionalidad conferido al juez por el legislador comunitario.

111 — Sentencia de 8 febrero de 2007, Groupe Danone/Comisión (C-3/06 P, Rec. p. I-1331), apartados 61 y 62. Véanse también las conclusiones presentadas por la Abogado General Kokott el 8 de diciembre de 2005 en el asunto en que recayó la sentencia de 21 de septiembre de 2006, Technische Unie/Comisión (C-113/04, Rec. p. I-8831), punto 132, y las conclusiones presentadas por el Abogado General Poiares Maduro el 16 de noviembre de 2006 en el asunto en que recayó la sentencia Groupe Danone/Comisión, antes citada, puntos 45 y 48.

112 — Conclusiones presentadas el 15 de diciembre de 2005 en el asunto en que recayó la sentencia citada en la nota 100 *supra,* punto 141.

113 — Exceptuando, por los motivos señalados *supra,* las dos últimas líneas del apartado 336, que hacen referencia a la atenuación de la sanción y el efecto disuasorio de la misma.

177. Por tanto, en mi opinión, procede estimar el presente motivo en la medida en que imputa al Tribunal de Primera Instancia un error de Derecho a la interpretación de las Directrices. La sentencia impugnada debería ser anulada en este aspecto. Dado que el estado de los autos así lo permite, la imputación formulada por la recurrente en primera instancia puede ser reexaminada, y sería en mi opinión desestimada, por el Tribunal de Justicia en el ejercicio de la competencia jurisdiccional plena de que dispone cuando resuelve él mismo definitivamente el litigio a efectos del artículo 61, apartado 1 de su Estatuto. [114]

I. *Sobre el noveno motivo, relativo a las repercusiones concretas del cártel en el mercado*

1. Consideraciones del Tribunal de Primera Instancia

178. Ante el Tribunal de Primera Instancia la recurrente sostuvo, en diversas imputaciones, que la Comisión no había probado suficientemente que, como se señala en la Decisión impugnada en virtud del punto 1, parte A, párrafo primero, de las Directrices, [115] el cártel constatado hubiese tenido repercusiones concretas en el mercado. En su recurso de casación censura, sobre esta cuestión, únicamente las apreciaciones mediante las cuales el Tribunal de Primera Instancia, en los apartados 198 a 203 de la sentencia impugnada, rechazó su alegación según la cual las mencionadas repercusiones no podían considerarse demostradas en la medida en que la Comisión no había procedido a determinar previamente el mercado de producto de referencia. La recurrente adujo que tal determinación se imponía en el marco de un análisis dirigido a determinar los efectos del cártel al objeto de apreciar la gravedad de la infracción, poniendo de manifiesto que en la Decisión impugnada no figuraba conclusión alguna según la cual el ácido cítrico constituía el mercado de producto de referencia. [116]

179. El Tribunal de Primera Instancia desestimó la citada alegación esencialmente sobre la base de las siguientes consideraciones:

«198. En primer lugar procede señalar que, en la Decisión, la Comisión no analizó si el mercado de productos de referencia debía limitarse al del ácido cítrico o si era preciso concebirlo con mayor amplitud, incluyendo en él los productos sustitutivos del ácido cítrico, como alega ADM. Bajo los encabezamientos "Producto" […] y "El mercado del ácido cítrico" […], la Comisión se limitó a describir las diferentes aplicaciones del ácido cítrico y el volumen del mercado de dicho producto.

199. Ahora bien, en el informe de los expertos presentado por ADM a la

114 — Véase la sentencia de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, Rec. p. I-4125), apartado 218.

115 — En virtud de tal disposición, «a la hora de evaluar la gravedad de la infracción ha de tenerse en cuenta», entre otras cosas, «sus repercusiones concretas sobre el mercado (siempre y cuando se puedan determinar)».

116 — Véase el recurso interpuesto en primera instancia, punto 7.2.3.

Comisión en el procedimiento administrativo, el mercado de productos de referencia es analizado y definido como un mercado más amplio, que incluye los productos sustitutivos, en particular los fosfatos y los ácidos minerales. Sin embargo, la Comisión no analizó en su Decisión las alegaciones de ADM sobre la necesidad de recurrir a una definición más amplia del mercado de productos pertinente.

200. Dicho esto, es preciso señalar que las alegaciones de ADM únicamente podrían prosperar si esta última demuestra que, en el caso de que la Comisión hubiera definido el mercado de productos de referencia conforme a las tesis de ADM, dicha institución se habría visto obligada a reconocer que la infracción no había tenido repercusiones en el mercado, definido como el mercado del ácido cítrico y de sus productos sustitutivos. […]

201. Pues bien, frente al análisis de la evolución de los precios y de las cuotas de ventas efectuado por la Comisión en los puntos 213 y siguientes de la Decisión, ADM no ha logrado demostrar que el cártel del ácido cítrico no tuvo repercusión alguna, o al menos ninguna repercusión destacable, en el mercado más amplio que incluye también los productos sustitutivos del ácido cítrico, y ni siquiera ha aportado datos que constituyan un conjunto coherente de indicios de que, con una probabilidad razonable, dicha repercusión no existió. Incluso en el informe de los expertos, que afirma sin embargo que el mercado debería definirse con mayor amplitud, el análisis sobre la supuesta falta de influencia del cártel en la evolución de los precios se limita exclusivamente al mercado del ácido cítrico.»

2. Alegación de las partes

180. En el recurso de casación la recurrente aduce que, una vez que se constata acertadamente, en el apartado 198 de la sentencia impugnada, que la Comisión no había definido el mercado de producto de referencia, el Tribunal de Primera Instancia no podía llegar a la conclusión de que la Comisión había probado que el cártel repercutió en el mercado. La recurrente sostiene que la definición de mercado de referencia es indispensable al objeto de comprobar los efectos de un cártel, subrayando en particular que un cártel sobre los precios de un producto no puede producir efectos si los consumidores pueden orientar su demanda hacia productos sustitutivos y que un aumento generalizado de los precios o de la demanda de estos últimos puede determinar un aumento del precio del producto sobre el que versa el cártel prescindiendo de este último. Al estimar que correspondía a la recurrente demostrar que, si el mercado de producto hubiera fuera definido tal como la recurrente propone, la Comisión habría debido hacer constar que la infracción no tuvo repercusiones en dicho mercado, el Tribunal de Primera Instancia incurrió en un error al atribuir a la recurrente la carga de la prueba de los efectos de un cártel, que en cambio incumbe a la Comisión. El Tribunal de Primera Instancia vulneró el principio según el cual la Comisión debe respetar las reglas, como las expuestas en las Directrices, que se impone a sí misma. Al no quedar demostrados los efectos del cártel en el mercado, el importe de la multa debió ser reducido en consecuencia.

181. Tras señalar que el Tribunal de Primera Instancia no ha declarado que en la Decisión impugnada faltase la definición de un mercado, la Comisión excluye que el Tribunal de Primera Instancia haya incurrido en un error sobre la carga de la prueba y sostiene que mediante el presente motivo la recurrente pretende en realidad obtener del Tribunal de Justicia el examen de una cuestión de Derecho respecto a la cual no ha presentado la prueba necesaria en el curso del procedimiento de primera instancia. En la vista, su representante añadió que, en cualquier caso el análisis del mercado de productos de referencia no era necesario en el caso de autos.

3. Apreciación

182. Es oportuno señalar con carácter previo que por mercado de producto de referencia la recurrente entiende la bien conocida operación de identificación del conjunto de productos y servicios que, en razón de sus características, son especialmente aptos para satisfacer necesidades permanentes y escasamente sustituibles por otros productos, [117] operación que la Comisión realiza en el marco de la aplicación de los artículos 81 CE y 82 CE y del control de las concentraciones de dimensión comunitaria. Se trata de una operación que, conjuntamente con la identificación del mercado geográfico de referencia, permite determinar las presiones competitivas a que se ven sometidas las empresas implicadas por un determinado comportamiento en el mercado o por una concentración y evaluar su poder de mercado.

183. Como la propia Comisión recuerda en su Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, [118] «el concepto de mercado de referencia es diferente de otros conceptos de mercado utilizados frecuentemente en otros contextos. Por ejemplo, las empresas a menudo emplean el término mercado para referirse al área en que venden sus productos o, en sentido amplio, a la industria o sector a que pertenecen». Por otro lado, cabe referirse de forma genérica al mercado de un producto (por ejemplo, el ácido cítrico) como el ámbito en el que se encuentran la demanda y la oferta de tal producto, prescindiendo del hecho de que pueden existir productos intercambiables con aquél cuya demanda y oferta puedan interactuar con la demanda y la oferta de aquel producto. A este concepto de mercado de producto de referencia, contrapuesto a conceptos de mercado de producto en sentido más genérico, me referiré a continuación al hablar del mercado de producto de referencia.

184. La censura de la recurrente instaba al Tribunal de Primera Instancia a pronunciarse sobre la cuestión de si una apreciación de los efectos de un cártel prohibido por el artículo 81 CE, en el ámbito de la determinación de la gravedad de la infracción, presupone necesariamente una definición del mercado de producto de referencia o bien si puede realizarse con referencia únicamente al producto objeto del cártel, es decir, prescindiendo de la existencia de otros productos eventualmente intercambiables con aquél desde el punto de vista de los consumidores.

117 — Véase por todas la sentencia Michelin/Comisión, citada en la nota 10 *supra,* apartado 37.

118 — DO 1997, C 372, p. 5, punto 3.

185. El presente motivo parte de la idea de que el Tribunal de Primera Instancia constató la falta en la Decisión impugnada de una definición del mercado de producto de referencia y que, en esencia, incurrió en un error al no considerar necesaria en el caso de autos tal definición a al objeto de evaluar las repercusiones del cártel en el mercado.

186. Si bien las consideraciones desarrolladas por el Tribunal de Primera Instancia son muy claras sobre este punto y la Comisión observa que aquél no le imputó no haber definido un mercado, considero que de los apartados 198 y 199 de la sentencia impugnada se desprende suficientemente que la Comisión se limitó a tomar en consideración el producto ácido cítrico sin interesarse en comprobar su sustituibilidad por otros productos. El hecho de que el Tribunal de Primera Instancia haya señalado que la Decisión impugnada hiciera referencia al «mercado del ácido cítrico» no puede significar que el Tribunal de Primera Instancia haya reconocido que la Comisión hubiera definido el mercado de producto de referencia.

187. Por otro lado, la propia Comisión, que en el escrito de contrarréplica presentado en primera instancia había señalado que la Decisión impugnada «indica claramente que el mercado de producto que debe tomarse en cuenta era el del ácido cítrico», [119] en la respuesta a las cuestiones escritas planteadas por el Tribunal de Primera Instancia declaró que con tal observación no pretendía afirmar haber efectuado «un análisis *extenso y detallado* del mercado de producto de referencia» [120] en el sentido en que se entiende en su Comunicación antes citada, al no ser necesario, a efectos del caso de autos, examinar todos los posibles sustitutos del ácido cítrico. Además en la citada respuesta la Comisión añadió que en la Decisión impugnada había descrito simplemente «*los productos afectados por el cártel,* así como la oferta y la demanda de tales productos», [121] afirmación que puede excluir que ella hiciera *cualquier clase* de análisis del mercado de producto de referencia.

188. Considero por tanto que la recurrente no incurrió en un error al afirmar que el Tribunal de Primera Instancia declaró que la Comisión no procedió a definir el mercado de producto de referencia, sino que se limitó a considerar el *producto* ácido cítrico y el mercado correspondiente en un sentido genérico.

189. Pues bien, si procediera estimar fundada la tesis de la recurrente según la cual es siempre necesaria la definición de mercado de producto de referencia para poder determinar las repercusiones concretas de un cártel en el marco de la apreciación de la gravedad de la infracción, tendría razón la recurrente al afirmar en el recurso de casación que el razonamiento seguido por el Tribunal de Primera Instancia en los apartados 200 y 201 de la sentencia impugnada traslada indebidamente a la recurrente una carga de la prueba que, en cambio, incumbe a la Comisión. Si la Comisión debía definir el mercado de producto de referencia y no lo hizo, al interesarse solamente en el producto ácido

119 — Escrito de contrarréplica, punto 25.

120 — Véase la respuesta a la primera cuestión, p. 2. Traducción no oficial (el subrayado es mío).

121 — *Ibidem,* p. 3. Traducción no oficial (el subrayado es mío).

cítrico sin tener en cuenta la sustituibilidad del mismo por otros productos, al Tribunal de Primera Instancia no le cabía más que hacer constar esta omisión de la Comisión y no debió exigir a la recurrente la demostración de que en el mercado de referencia definido, como esta última había propuesto, el cártel no había tenido repercusión alguna.

190. Así pues, el presente motivo suscita una cuestión de Derecho y no pone en duda la apreciación de los hechos efectuada por el Tribunal de Primera Instancia. Por ello, procede declarar su admisibilidad.

191. En cuanto al fondo, considero que cabe compartir en esencia las apreciaciones del Tribunal de Primera Instancia.

192. Ninguna consecuencia práctica parece tener el hecho de que el Tribunal de Primera Instancia haya examinado la censura de la recurrente en el sentido de estar dirigida a que se declare una definición *errónea* del mercado de producto de referencia, [122] cuando tal censura se basaba, en realidad, en la *falta* de definición de tal mercado. El Tribunal de Primera Instancia partió de la idea de que la falta de análisis por parte de la Comisión de la sustituibilidad entre el ácido cítrico y otros productos se traducía en la práctica en la toma en consideración de un mercado de referencia limitado al ácido cítrico, si bien la recurrente lo consideraba más amplio. En cambio, la censura que la recurrente formuló ante el Tribunal de Primera Instancia partía de la idea de que la Comisión consideró el ácido cítrico como mercado de producto en un sentido únicamente genérico. En esencia, no obstante, esta diversidad de planteamiento carece de pertinencia práctica, en la medida en que lo que la recurrente denuncia es esencialmente el hecho de que, como consecuencia de la falta de definición de mercado de producto de referencia, la Comisión no comprobó los efectos del cártel en lo que a su juicio era el mercado de producto de referencia, es decir, un mercado que comprendía no sólo el ácido cítrico, sino también otros productos.

193. Considero, adhiriéndome a la Comisión, infundada la tesis de la recurrente según la cual, para poder comprobar las repercusiones concretas de un cártel en el marco de la apreciación de la gravedad de la infracción, resulta siempre necesaria la definición del mercado de producto de referencia.

194. Ha de recordarse antes de nada que no todas las apreciaciones que la Comisión ha de realizar en el marco de la aplicación de las normas sobre la competencia del Tratado presuponen que se haya definido previamente un mercado de referencia.

122 — Véase la sentencia impugnada, apartados 194 y 203, donde se hace referencia, respectivamente, a «errores en la definición del mercado pertinente» y a una «definición errónea del mercado de productos de referencia».

195. La definición del mercado de referencia es por ejemplo indispensable, como es sabido, para poder declarar la existencia de una posición dominante en el sentido y a los efectos del artículo 82 CE. [123]

196. En cuanto al artículo 81 CE, el Tribunal de Justicia ha afirmado que «la definición del mercado de referencia, en el marco de la aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado CE [actualmente artículo 81 CE, apartado 1], tiene por único objetivo determinar si el acuerdo de que se trata puede afectar al comercio entre los Estados miembros y si tiene por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común». [124] Por otro lado, como ha aclarado la jurisprudencia del Tribunal de Primera Instancia, la obligación de delimitar el mercado de referencia en una decisión adoptada con arreglo al artículo 81 CE no es absoluta, sino que se impone a la Comisión «*únicamente cuando, sin dicha delimitación,* no es posible determinar si [el cártel] de que se trate puede afectar al comercio entre Estados miembros y tiene por objeto o por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común». [125]

123 — Véanse, entre muchas, las sentencias de 31 de mayo de 1979, Hugin/Comisión (22/78, Rec. p. 1869), apartado 5; Michelin/Comisión, citada en la nota 10 *supra,* apartado 37, y de 13 de diciembre de 2007, United Pan-Europe Communications y otros (C-250/06, Rec. p. I-11135), apartado 21.

124 — Auto de 16 de febrero de 2006, Adriatica di Navigazione/Comisión (C-111/04 P, Rec. p. I-22), apartado 31.

125 — Sentencia de 19 de marzo de 2003, CMA CGM y otros/Comisión (T-213/00, Rec. p. II-913), apartado 206. El subrayado es mío. Véanse también las sentencias de 6 de julio de 2000, Volkswagen/Comisión (T-62/98, Rec. p. II-2707), apartado 230, y de 8 de julio de 2004, Mannesmannröhren-Werke/Comisión (T-44/00, Rec. p. II-2223), apartado 132.

197. La determinación del mercado de referencia resulta igualmente necesaria al objeto de comprobar si en un determinado caso se cumple la condición establecida en el artículo 81 CE, apartado 3, letra b), al objeto de declarar la inaplicabilidad del artículo 1 del citado artículo, [126] mientras que no lo es al objeto de comprobar si se cumplen las otras tres condiciones establecidas en el artículo 81 CE, apartado 3. [127]

198. Asimismo, en el ámbito de la determinación de la gravedad de una infracción, a efectos de la aplicación del artículo 15 del Reglamento nº 17, procede evaluar la necesidad de una previa definición del mercado de referencia en relación con la aplicación específica que se pretende efectuar.

199. Al tratarse de la apreciación de las reproducciones concretas de un cártel, a mí no me parece que, al objeto de comprobar si un cártel ha tenido repercusiones similares, sea necesario en cualquier caso que la Comisión delimite previamente el mercado de referencia.

200. En el caso de autos, la Comisión comprobó que el cártel había tenido efectos en los precios del ácido cítrico. Las imputaciones que la recurrente formuló contra tal constatación ante el Tribunal de Primera

126 — En este sentido, véase la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, citada en la nota 118 *supra,* punto 11, así como la sentencia CMA CGM y otros/Comisión, citada en la nota anterior, apartado 226.

127 — Sentencia CMA CGM y otros/Comisión, citada en la nota 125 *supra,* apartado 226.

Instancia fueron desestimadas por este último con apreciaciones, expuestas en los apartados 152 a 168 y 180 a 193 de la sentencia impugnada, que no han sido rebatidas en el recurso de casación. Dichos efectos deben, pues, considerarse definitivamente constatados.

201. Pues bien, aun admitiendo que el mercado de producto de referencia comprendiese en el caso de autos otros productos además del ácido cítrico, queda aún la circunstancia de que el cártel habría repercutido cuando menos en un segmento de tal hipotético mercado más amplio, el segmento representado precisamente por el ácido cítrico. Una vez constatados tales efectos, la Comisión dio cumplimiento, a mi juicio, a la carga de probar que el cártel había tenido repercusiones concretas en el mercado. En este punto, correspondía a la recurrente rebatir el carácter concluyente de estos efectos a este respecto, alegando y demostrando por ejemplo que se contrapesaban con efectos de signo contrario que el cártel desplegaba en otros segmentos de este mercado más amplio. No obstante, como señaló acertadamente el Tribunal de Primera Instancia en el apartado 201 de la sentencia impugnada, la recurrente no presentó elemento alguno que pudiera inducir a pensar que, si hubiera considerado también los sustitutos del ácido cítrico, la Comisión habría debido llegar a la conclusión de que el cártel no tuvo en este mercado más amplio repercusión alguna o al menos ninguna repercusión destacable.

202. Por tanto, a mi juicio, no procede acoger el presente motivo.

J. *Sobre los motivos (séptimo y octavo) relativos a la vulneración del principio del respeto de la confianza legítima por cuanto respecta a la apreciación de la cooperación de ADM en el curso del procedimiento administrativo*

203. Ante el Tribunal de Primera Instancia la recurrente censuró la Decisión impugnada en la parte en que se le impedía beneficiarse de la aplicación de la sección B de la Comunicación sobre la cooperación, relativo a la «no imposición de una multa o reducción muy importante de su importe». Tal denegación, en la parte en que era motivada en relación con el hecho de que ADM no cumplía las condiciones establecidas en la letra b) de la citada sección B, era contrario al principio de respeto de la confianza legítima por dos motivos. En primer lugar, la recurrente aducía que, a diferencia de cuanto se afirmaba en la Decisión impugnada, fue ella, y no Cerestar, la primera empresa en facilitar elementos determinantes para probar la existencia del cártel, en el sentido de la letra b) del citado punto. Los elementos probatorios facilitados por Cerestar en el curso de la reunión con los agentes de la Comisión de 29 de octubre de 1998 no permitían, en efecto, en opinión de ADM, demostrar la existencia del cártel, a diferencia de aquéllos que ADM había facilitado a la Comisión en el curso de la reunión de 11 de diciembre de 1998. En segundo lugar, la recurrente alegaba que, en cualquier caso, en el curso de varias reuniones con los servicios de la Comisión y en la correspondencia intercambiada con dicho servicio durante el procedimiento administrativo, le fue confirmado que había sido la primera en cooperar con la Comisión a efectos de la sección B de la citada Comunicación.

204. El Tribunal de Primera Instancia desestimó ambas censuras. La primera fue consi-

derada inoperante, puesto que ADM no cumplía las condiciones establecidas en la letra e) de la sección B de la Comunicación sobre la cooperación, al haberse comprobado que había desempeñado un papel de líder en el cártel, y que las condiciones establecidas en la misma sección B, letras a) a e), deben ser cumplidas de forma cumulativa para disfrutar del beneficio de que se trata. [128] La segunda de tales censuras fue considerada infundada, en la medida en que el Tribunal de Primera Instancia, previo examen de las declaraciones alegadas por la recurrente, consideró que la Comisión, en el curso del procedimiento administrativo, no había dado ninguna garantía concreta de conceder a ADM tal beneficio y que, por otro lado, no pudo dar garantía alguna de tal clase, puesto que sólo sobre la base de una valoración conjunta de toda la información presentada por las empresas a lo largo del procedimiento administrativo la Comisión puede decidir si puede aplicarse a una de ellas tal beneficio. [129]

1. Sobre el motivo relativo a las declaraciones realizadas por los agentes de la Comisión en el curso del procedimiento administrativo

205. Mediante el presente motivo la recurrente sostiene que, una vez constatado, en los apartados 391 y 392 de la sentencia impugnada, que «la Comisión trató efectivamente de incitar a las partes implicadas a cooperar con ella del modo más completo posible, recalcando los beneficios que podrían obtener así mediante referencias a la sección B de la Comunicación sobre la cooperación» y que «indicó a ADM que podía tener derecho, en principio, a una reducción muy importante de la multa con arreglo a la [citada] sección», el Tribunal de Primera Instancia debió llegar a la conclusión de que se había dado a la recurrente garantías concretas que podían dar lugar a una confianza legítima en la concesión del beneficio de que se trata.

206. Además, el Tribunal de Primera Instancia incurrió en un error al considerar que no cabía apreciar la existencia de tales garantías, dado que la valoración por parte de la Comisión de la cooperación de las empresas se produce únicamente al final del procedimiento administrativo. En la Comunicación sobre la cooperación se afirma que la confianza legítima nace en el mismo momento en que se facilitan las pruebas.

207. La Comisión sostiene que no existe ningún error de Derecho en estas apreciaciones del Tribunal de Primera Instancia. En particular, subraya que, si bien es cierto que la Comunicación sobre la cooperación crea expectativas legítimas, una empresa no puede albergar, en el momento en que facilita pruebas a la Comisión, una confianza legítima en el hecho de que ésta le concederá una reducción de la multa en virtud de la sección B de tal Comunicación. En efecto, la Comisión está en condiciones de valorar si tal empresa cumple los requisitos cumulativos recogidos en tal sección únicamente después de haber obtenido y evaluado todas las pruebas.

208. Por mi parte, he de observar en primer lugar que la cuestión de si mediante las declaraciones efectuadas por los agentes de

128 — Véase la sentencia impugnada, apartados 375 a 379
129 — Véase la sentencia impugnada, apartados 384 a 395.

la Comisión en el curso del procedimiento administrativo se dieron a la recurrente garantías concretas sobre la aplicación en su favor de la sección B de la Comunicación sobre la cooperación está comprendida en la esfera de la apreciación de los hechos efectuada por el Tribunal de Primera Instancia, que no puede ser censurada en el marco de un procedimiento de casación al menos que se alegue una desnaturalización de los propios hechos o de elementos de prueba de los mismos. Pues bien, en el recurso de casación la recurrente no formula ninguna alegación en tal sentido.

209. Por otro lado, considero que las conclusiones del Tribunal de Primera Instancia no se oponen a las declaraciones realizadas por él mismo en los puntos 391 y 392 de la sentencia impugnada (véase el punto 205 *supra),* de las cuales no cabe inferir que se dieran a la recurrente garantías concretas de la concesión del beneficio establecido en la sección B de la Comunicación sobre la cooperación. De tales afirmaciones se desprende únicamente que la concesión de tal beneficio fue planteada a ADM por los agentes de la Comisión como una posibilidad, «en aplicación» de la citada sección, es decir, siempre que se den las condiciones previstas en la misma.

210. Además, el Tribunal de Primera Instancia acertó al considerar, en esencia, que en el momento en que la recurrente prestó su cooperación en la investigación de la Comisión no podía en ningún caso nacer en la propia recurrente una confianza legítima en la concesión de tal beneficio. En efecto, la recurrente debía ser consciente, ya en aquel momento, del hecho de que, como se señala expresamente en la sección E, número 2, de la Comunicación sobre la cooperación, [130] la Comisión evalúa la concurrencia de las condiciones establecidas en la sección B de la citada Comunicación únicamente en el momento de adopción de la decisión final.

211. Por tanto, procedería desestimar el presente motivo.

2. Sobre el motivo relativo al incumplimiento de las condiciones previstas en la sección B de la Comunicación sobre la cooperación

212. Mediante el presente motivo, la recurrente aduce en esencia que la desestimación por inoperante del motivo de su recurso de primera instancia basado en la vulneración de la letra b) de la sección B de la Comunicación sobre la cooperación, y por tanto del principio de respeto de la confianza legítima, está viciada por la errónea constatación del incumplimiento, por parte de ADM, de la condición establecida en la letra e) de la citada sección B. Tal errónea constatación es, a su juicio, la consecuencia de los errores de Derecho en que incurrió el Tribunal de Primera Instancia en el examen de los motivos mediante los cuales la recurrente rebatía la tesis de la Comisión según la cual ella había desempeñado un papel de líder en el cártel.

130 — Con arreglo a la cual «la Comisión evaluará, solamente en el momento de adoptar su decisión, si se cumplen las condiciones establecidas en las secciones B, C o D y si conviene, por lo tanto, reducir el importe de la multa o incluso no imponer dicha multa».

213. La Comisión señala que mediante el presente motivo la recurrente reitera simplemente las censuras que en el marco de otros motivos de casación formuló contra las apreciaciones mediante las cuales el Tribunal de Primera Instancia confirmó la atribución a ADM de la condición de líder del cártel, realizada en la Decisión impugnada. La Comisión sostiene pues que el presente motivo debe ser desestimado puesto que dichas censuras, como ya sostuvo en su respuesta a las mismas, son infundadas.

214. Puesto que como resultado del examen de los motivos relativos al papel de líder supuestamente desempeñado por ADM en el cártel del ácido cítrico he considerado que no cabe concluir, por razones tanto procesales como materiales, que la recurrente haya desempeñado efectivamente tal papel, sólo me cabe proponer que se estime también este motivo. Es decir, al no poder sostener que la recurrente fuera un líder de tal cártel y que por tanto no cumplía las condiciones establecidas en la letra e) de la sección B de la Comunicación sobre la cooperación, el Tribunal de Primera Instancia debió examinar en cuanto al fondo la imputación relativa a la errónea aplicación, por parte de la Comisión, de la letra b) de la citada sección B.

215. Por tanto, procedería anular la sentencia impugnada en la parte en que rechazó dicha imputación por inoperante, la cual paso ahora a examinar por considerar que el estado de los autos permite al Tribunal de Justicia pronunciarse con carácter definitivo también sobre tal imputación en virtud del artículo 61, apartado 1, de su Estatuto.

K. *Sobre el recurso contra la Decisión impugnada: ¿debe la recurrente ser considerada, de conformidad con la sección B, letra b), de la Comunicación sobre la cooperación, como la primera empresa en facilitar la Comisión elementos determinantes para probar la existencia del cártel?*

216. La recurrente afirmó ante el Tribunal de Primera Instancia que fue la primera empresa en facilitar a la Comisión elementos determinantes para probar la existencia del cártel del ácido cítrico. Tales elementos fueron facilitados, por medio de testimonios directos, pruebas documentales procedentes de la época del cártel y documentos que describían el contexto y la puesta en práctica del cártel, en el curso de las reuniones celebradas entre sus representantes y los agentes de la Comisión el 11 de diciembre de 1998. En cambio, los elementos facilitados por Cerestar en el curso de las reuniones celebradas entre los representantes de esta última y los agentes de la Comisión el 29 de octubre de 1998 no pueden ser considerados, a diferencia de cuanto se afirma en la Decisión impugnada, como determinantes para probar la existencia del cártel.

217. Sobre este último aspecto la recurrente formuló las siguientes alegaciones: [131]

— Cerestar no facilitó información sobre el cártel relativa al período anterior a su implicación en el mismo;

131 — Véase el recurso interpuesto en primera instancia, punto 9.2.1.

— la información facilitada por Cerestar sobre las fechas de las reuniones del cártel y los participantes en las mismas no era precisas ni concluyente, y fue posteriormente desmentida en parte, después de un examen en profundidad, por la propia Cerestar;

— Cerestar recibió de la Comisión una solicitud de información detallada fechada el 3 de marzo de 1999, la cual se basaba en afirmaciones de ADM.

218. La Comisión objetó que el carácter incompleto de las informaciones facilitadas por una empresa no impide, de conformidad con la sección B, letra b), de la Comunicación sobre la cooperación, poder considerar que dichas informaciones constituyen elementos determinantes para probar la existencia de un cártel. Dicha disposición no exige pruebas sobre la duración exacta del cártel o de la participación permanente de todos sus miembros.

— Cerestar facilitó información vaga y poco concluyente sobre el objeto de las reuniones y no facilitó ningún dato preciso sobre los precios y cuotas convenidos;

— no parece desprenderse que Cerestar haya facilitado a la Comisión testimonios directos;

— la propia Cerestar consideró necesario profundizar y aclarar las declaraciones orales realizadas en el curso de la reunión el 29 de octubre de 1998 mediante el envío de información suplementaria, posterior a la reunión entre ADM y los agentes de la Comisión de 11 de diciembre de 1998;

219. Con carácter previo ha de observarse que la recurrente no ha puesto en cuestión que los elementos determinantes a efectos de la citada disposición puedan ser igualmente facilitados de forma oral ni tampoco censuró la falta de certeza sobre el contenido de las declaraciones orales realizadas por los representantes de Cerestar en el curso de la reunión de 29 de octubre de 1998. El contenido de tales declaraciones se desprende de una «nota de expediente» de 6 de noviembre de 1998 redactada por uno de los agentes de la Comisión presentes en aquella reunión y que incorporada a los autos del procedimiento de primera instancia en atención a una solicitud específica del Tribunal de Justicia. Además, la recurrente no ha rebatido, o cuando menos no lo ha hecho de forma suficientemente clara y circunstanciada, cuanto se afirma al inicio del considerando 306 de la Decisión impugnada, a saber, que la información proporcionada por Cerestar en el curso de aquella reunión corresponde a la facilitada en la declaración escrita de Cerestar.

220. Así pues, a efectos del examen de la presente imputación planteada en el recurso de primera instancia ha de comprobarse únicamente, a la luz de las alegaciones formuladas por la recurrente, si tales informaciones, que se desprenden de la «nota de expediente» y de la declaración escrita de Cerestar, constituían elementos determinantes para probar la existencia del cártel del ácido cítrico.

221. A este respecto ha de señalarse antes de nada que, como ya ha puesto de manifiesto la jurisprudencia del Tribunal de Primera Instancia, el concepto de «elementos determinantes para probar la existencia del acuerdo» en el sentido de la sección B, letra b), de la Comunicación sobre la cooperación, no se refiere a pruebas que son, en sí mismas, suficientes para acreditar la existencia del cártel. [132] Ahora bien, los elementos facilitados no deben ser simplemente una fuente de orientación para las investigaciones que ha de llevar a cabo la Comisión, sino que deben poder ser utilizados directamente para probar la infracción. [133]

222. La disposición examinada no exige en modo alguno que se aporten pruebas de todos los hechos cuya existencia se declara en la decisión de la Comisión. [134] Por tanto, los elementos facilitados no deben cubrir necesariamente la totalidad del período de existencia del cártel. La citada disposición tampoco prescribe que las pruebas sean aportadas necesariamente por medio de testimonios directos de los protagonistas de las actividades ilícitas. Por consiguiente, las alegaciones primera y cuarta reproducidas en el punto 217 *supra* son infundadas y procedería desestimarlas.

223. El mero hecho de que, tras la reunión de 29 de octubre de 1998, Cerestar pretendiera facilitar información adicional o que la Comisión le enviase una solicitud de información carece de pertinencia al objeto de determinar si los elementos facilitados en el curso de dicha reunión fueron determinantes para probar la existencia del cártel. Así pues, procedería desestimar igualmente las alegaciones quinta y sexta reproducidas en el punto 217 *supra*.

224. En cuanto a la falta de precisión de la información facilitada por Cerestar el 29 de octubre de 1998 sobre los datos de las reuniones del cártel y sobre los participantes en las mismas, ha de observarse que las circunstancias aducidas por la recurrente -es decir, que en la citada información ocho reuniones fueron identificadas sólo como «posibles» reuniones del cártel, que la identidad de los participantes en la reunión fue facilitada únicamente en relación con tres reuniones del cártel efectivamente constatadas y que seis de las reuniones mencionadas en dicha información resultaron ser inexistentes según las comprobaciones efectuadas

132 — Véanse las sentencias Tokai Carbon y otros/Comisión, apartado 362, y BASF/Comisión, apartado 492, citadas en la nota 30 *supra,* así como la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de marzo de 2006, Daiichi Pharmaceutical/Comisión (T-26/02, Rec. p. II-713), apartado 156, en las que se ha subrayado que el adjetivo «suficiente» utilizado en la sección B, letra a), de la Comunicación sobre la cooperación no figura en cambio en la sección B, letra b), de dicha Comunicación; véase también la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 26 de abril de 2007, Bolloré y otros/Comisión (T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02 y T-126/02, T-128/02 y T-129/02, T-132/02 y T-136/02, Rec. p. II-947), apartado 692.

133 — Véanse las sentencias BASF/Comisión, citada en la nota 30 *supra,* apartado 493, y Daiichi Pharmaceutical/Comisión, citada en la nota anterior, apartado 157.

134 — En tal sentido, la sentencia Daiichi Pharmaceutical/Comisión, citada en la nota 132 *supra,* apartado 162.

por la Comisión– no permiten descartar que mediante tal información Cerestar haya facilitado a la Comisión elementos determinantes. En efecto, se mantiene que, como se desprende de las propias observaciones de la recurrente, mediante esta misma información –acompañada, de ser necesario, de las oportunas y comprensibles reservas, a la vista del tiempo transcurrido y de la supuesta falta de documentación en papel– Cerestar estuvo en condiciones de identificar un cierto número de reuniones del cártel constatadas en la Decisión impugnada, así como los correspondientes participantes. [135]

225. Por último, en relación con el carácter supuestamente vago y poco concluyente de la información facilitada por Cerestar el 29 de octubre de 1998 sobre el objeto de las reuniones del cártel y la falta de datos precisos relativos a los precios y a las cuotas convenidas, considero que no se trata de circunstancias que puedan excluir que tal información puede ser considerada determinante para probar la existencia del cártel.

226. Ciertamente, dicha información no es completa hasta el punto de indicar, respecto a cada reunión comprobada del cártel a la que hace referencia, la fecha, el lugar, los participantes, el objeto y la evolución de los debates. No obstante, sí ofrecen, respecto a cada una de aquéllas, detalles específicos que la convierten en directamente utilizable como elemento de prueba de hechos constitutivos de una infracción, hechos cuya prueba plena se desprende de la combinación de aquella información con los elementos de prueba que la Comisión obtuvo posteriormente de otras fuentes.

227. Así, por ejemplo, si bien es cierto que respecto a la reunión del cártel de 19 de mayo de 1992 en Jerusalén la información facilitada por Cerestar no indicaba el objeto de los debates, sino únicamente la fecha aproximada, el lugar y los participantes, la Comisión sí pudo determinar, gracias a la información facilitada por otras empresas, que en aquella reunión se examinó un sistema de compensación de las ventas entre miembros del cártel para los casos en que se superaban las cuotas de mercado individuales convenidas. [136] Por otra parte, esta información facilitada por otras empresas venía a su vez corroborada por la información facilitada por Cerestar el de 29 octubre de 1998, en la cual, aun a falta de referencias a reuniones específicas del cártel, dicho sistema de compensación es descrito en términos generales y se dan detalles cuantitativos sobre operaciones concretas realizadas por Cerestar con fines compensatorios.

228. En relación con la reunión de 2 de noviembre de 1994 en Bruselas, [137] la

135 — Se trata en particular de las reuniones de 19 de mayo de 1992 en Jerusalén (véase el considerando 103 de la Decisión controvertida y la página 5 de la declaración escrita de Cerestar, en la que se señala el día siguiente como fecha probable de la reunión, con una desviación temporal mínima, pues); de 1 de junio de 1993 en Irlanda (véase el considerando 113 de la Decisión controvertida y la página 6 de la declaración escrita de Cerestar) y de 27 de octubre de 1993 en Brujas (véase el considerando 118 de la Decisión controvertida y la página 6 de la declaración escrita de Cerestar).

136 — Véase el considerando 103 de la Decisión controvertida.

137 — Véase el considerando 122 de la Decisión controvertida y las páginas 7 y 8 de la declaración escrita de Cerestar.

información facilitada por Cerestar comprendía además referencias al objeto de los debates, y en particular a la iniciativa, acordada en este marco, de plantear a los fabricantes chinos de la competencia, a través de sus propios representantes, la posibilidad de denunciarlos por prácticas antidumping.

229. La circunstancia de que la Comisión, para demostrar hechos constitutivos de una infracción tales como las diversas reuniones del cártel acreditadas, debiera completar los elementos de prueba facilitados por Cerestar el de 29 octubre de 1998 con los facilitados posteriormente por otras empresas del cártel o por la propia Cerestar no excluye el valor «determinante» de aquellos primeros elementos, que precisamente pueden ser utilizados directamente con fines probatorios y no como meras fuentes de orientación de las investigaciones de la Comisión.

230. Además, es cierto que la información facilitada por Cerestar el 29 de octubre de 1998 no contenía datos precisos relativos a los precios acordados y, en cuanto a las cuotas, hacían únicamente referencia a la cuota del 5 % de las ventas mundiales totales de los miembros del cártel asignada a la propia Cerestar.

231. No obstante, esta información identifica a los miembros del cártel, permite referir al período 1991-1995 la duración aproximada de la infracción, identifica un cierto número de reuniones del cártel, el lugar de tales reuniones y los participantes en las mismas, ofrece una exposición detallada de las circunstancias en que se produce la adhesión de Cerestar al cártel, contiene una descripción general, pero no por ello imprecisa, de los mecanismos de funcionamiento del cártel, con referencia tanto a la tipología de las reuniones (de jefes o de sherpas) como a los diversos asuntos cubiertos por tres acuerdos (en particular, precios, asignación de cuotas de mercado e intercambio de información sobre volúmenes de ventas). A mi juicio, no hay duda alguna de que con esta información, si bien no acompañada de cifras sobre precios y cuotas pactadas, Cerestar facilitó elementos determinantes para probar la existencia del cártel, [138] que pueden facilitar sustancialmente la función de la Comisión de reconstruir y probar los hechos constitutivos de la infracción constatada. Si, a continuación, esta contribución, a la vista del limitado nivel de detalle que la caracteriza, mereciera una reducción de la multa tan amplia como la concedida a Cerestar por la Comisión (90 %) es una cuestión distinta que obviamente no debe ser tratada en este marco.

232. Por tanto, no me parece que las alegaciones de la recurrente puedan demostrar que la Comisión incurrió en un error de apreciación al considerar que los elementos aportados por Cerestar en el curso de la reunión de 29 octubre de 1998 fueron determinantes para probar la existencia del cártel del ácido cítrico.

138 — Véanse análogas conclusiones en circunstancias comparables en la sentencia BASF/Comisión, citada en la nota 30 *supra*, apartado 568, y en las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 27 de septiembre de 2006, Roquette Frères/Comisión (T-322/01, Rec. p. II-3137), apartados 238 a 244, en particular el apartado 242, y Archer Daniels Midland/Comisión (T-329/01, Rec. p. II-3255), apartados 320 a 324, en particular el apartado 323.

233. Por consiguiente, a mi juicio, procede desestimar la censura formulada a este respecto por la recurrente en su recurso interpuesto contra la Decisión impugnada.

L. *Nueva determinación del importe de la multa impuesta a la recurrente*

234. Extrayendo las consecuencias de las consideraciones y conclusiones formuladas hasta aquí, considero que el Tribunal de Justicia, resolviendo definitivamente el litigio a efectos del artículo 61, apartado 1, de su Estatuto, debe volver a determinar el importe de la multa impuesta a la recurrente en la Decisión impugnada del modo siguiente: se suprimiría el incremento del 35 % aplicado, por la circunstancia agravante de la condición de líder del cártel, al importe de base de dicha multa calculado por la Comisión; por tanto, se aplicaría a este último importe, de 58,8 millones de EUR, la reducción del 50 % concedida por la Comisión en virtud de la sección D de la Comunicación sobre la cooperación.

235. La multa impuesta a la recurrente quedaría así reducida a 29,4 millones de EUR.

M. *Sobre las costas*

236. En virtud del artículo 122, apartado 1, del Reglamento de procedimiento del Tribunal de Justicia, este Tribunal decidirá sobre las costas cuando el recurso de casación sea fundado y él mismo resuelva definitivamente el litigio. En virtud del artículo 69, apartado 3, del mismo Reglamento, aplicable en virtud del artículo 118 de este último al procedimiento de casación, la parte que pierda el proceso queda condenada en costas si así lo hubiera solicitado la otra parte. Sin embargo, cuando se estimen parcialmente las pretensiones de una parte y de otra, el Tribunal de Justicia podrá repartir las costas o decidir que cada parte abone sus propias costas.

237. En el caso de autos, habida cuenta de la estimación parcial de las pretensiones de una y otra parte, considero adecuado declarar que cada parte abone sus propias costas correspondientes al presente procedimiento de casación.

238. Además, habida cuenta de la anulación parcial de la sentencia impugnada y de la estimación parcial de las pretensiones de la recurrente dirigidas contra la Decisión impugnada, considero adecuado, acogiendo parcialmente las pretensiones en tal sentido formuladas por la recurrente en el escrito de casación, modificar la resolución sobre las costas recogida en la sentencia impugnada. A este respecto, propongo al Tribunal de Justicia que condene a la Comisión a soportar un cuarto, y no sólo un décimo, de las costas en que hubiera incurrido la recurrente en el procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia, y a la recurrente a soportar las costas restantes del mismo procedimiento.

III. Conclusión

239. A la luz de cuanto se ha expuesto, propongo al Tribunal de Justicia:

1) Anular la sentencia del Tribunal de Primera Instancia dictada en el asunto T-59/02, Archer Daniels Midland/Comisión, en la parte en que se desestima la imputación de la recurrente relativa a una vulneración del derecho de defensa por faltar una indicación, en el pliego de cargos, de las circunstancias fácticas en las que se basó la Comisión para considerarla líder del cártel en la Decisión 2002/742/CE de la Comisión, de 5 de diciembre de 2001, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 81 del Tratado CE y con el artículo 53 del Acuerdo EEE (Asunto COMP/E-1/36 604 – Ácido cítrico) o bien, con carácter subsidiario, anular la citada sentencia en la parte en que se desestiman las imputaciones, basadas en la vulneración de garantías procesales, formuladas por la recurrente contra la utilización por parte de la Comisión del informe del FBI al objeto de probar la condición de líder que la propia recurrente desempeñó en el cártel.

2) Anular la sentencia antes citada en la parte en que se desestiman las imputaciones de la recurrente relativas al no reconocimiento de la circunstancia atenuante recogida en el punto 3, tercer guión, de las Directrices de la Comisión para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del apartado 2 del artículo 15 del Reglamento nº 17 y del apartado 5 del artículo 65 del Tratado CECA.

3) Anular la citada sentencia en la parte en que se desestima por inoperante la imputación de la recurrente relativa a la aplicación errónea por parte de la Comisión de la sección B, letra b), de su Comunicación de 1996 relativa a la no imposición de multas o a la reducción de ese importe en los asuntos relacionados con acuerdos entre empresas.

4) Fijar el importe de la multa impuesto a la recurrente en 29,4 millones de EUR.

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

6) Condenar a la Comisión a soportar un cuarto de las costas en que hubiera incurrido la recurrente en el procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia y sus propias costas relativas al presente procedimiento de casación.

7) Condenar a la recurrente a soportar, en cuanto al procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia, tres cuartas partes de sus propias costas y la totalidad de las costas de la Comisión, así como sus propias costas correspondientes al presente procedimiento de casación.