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

Índice

I. Los hechos del litigio ..... I - 210

II. El procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia y la sentencia recurrida .. I - 212

III. El procedimiento ante el Tribunal de Justicia ..... I - 216

IV. El recurso de casación ..... I - 216

1. La empresa recurrente y la Compagnie des Ciments Belges (segundo motivo) I - 216

A. La posición de las partes ..... I - 216

B. Los datos relevantes para la resolución de este motivo de casación .... I - 218

C. Un manifiesto error de hecho que debe ser corregido ..... I - 219

2. El principio de proporcionalidad (tercer motivo) ..... I - 221

A. La posición de las partes ..... I - 221

B. Los criterios utilizados por la Comisión para la imposición de las multas I - 222

C. La satisfacción del principio de proporcionalidad ..... I - 225

V. Recapitulación y pronunciamiento que se propone ..... I - 227

VI. Las costas del recurso de casación ..... I - 228

VII. Conclusión ..... I - 229

1 — Lengua original: español.

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

I. Los hechos del litigio

2. La sentencia recurrida contiene, a los efectos de este recurso de casación, los siguientes hechos relevantes:

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

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

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

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

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

4 — Asuntos IV/33.126 y 33.322 — Cemento.

5 — Apartados 2 y 3 de la sentencia.

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

7 — Apartados 4 a 6 de la sentencia.

— En Decisión 94/815/CE, de 30 de noviembre de 1994 (en lo sucesivo, «Decisión»),[8] la Comisión imputó a Ciments français las siguientes conductas contrarias a la competencia, todas infractoras del artículo 85, apartado 1, del Tratado,[9] por su participación:

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

2° En una práctica concertada en materia de comunicación de datos sobre los precios en vigor y sobre una previsión de aumento de su cuantía, desde el 17 de marzo al 31 de diciembre de 1988, para restringir su autonomía de comportamiento [artículo 3, apartado 1, letra b)].

3° En acuerdos y prácticas concertadas referentes a la regulación de las entregas de cemento de Francia a Alemania y de Alemania a Francia, desde el 23 de junio de 1982 al 30 de septiembre de 1989 [artículo 3, apartado 3, letra a)].

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

5° Entre el 9 de junio de 1986 y el 26 de marzo de 1993, en un acuerdo referente a la creación de la Joint Trading Company, Intercisment S.A., con el fin de poner en práctica medidas persuasivas y disuasorias contra los que amenazaban la estabilidad de los mercados del cemento en los países miembros (artículo 4, apartado 2)

6° Del 17 de junio de 1986 al 15 de marzo de 1987, en prácticas concertadas encaminadas a que la empresa italiana Calcestruzzi dejase de ser cliente de los productores griegos y, en particular, de Titan Cement Company S.A. [artículo 4, apartado 3, letra a)].

7° En el marco del European Export Policy Commitee, desde el 1 de julio de 1981 al 17 de febrero de 1989, en una práctica concertada continua referente: a) al examen de la situación de los mercados comunitarios, b) al reparto de los mercados de los terceros países, c) a la fijación de los precios para los productos destinados a grandes exportaciones y d) al intercambio de datos individualizados sobre las

8 — DO L 343, p. 1.
9 — Apartado 22 de la sentencia.

capacidades de exportación y sobre las exportaciones efectuadas a los terceros países, destinadas a evitar la incursión de los competidores en los respectivos mercados nacionales de la Comunidad (artículo 6).

8° En el marco del White Cement Commitee, desde el 6 de mayo de 1982 al 26 de mayo de 1988: a) en la práctica concertada y en el acuerdo relativos al respeto de los mercados nacionales, b) en la práctica concertada continua para la canalización hacia la exportación a terceros países de los excedentes de producción y c) en una práctica concertada continua referente a los intercambios de datos individualizados por empresa sobre las capacidades de producción, la producción efectiva, las ventas internas y la exportación, los precios internos para el cemento blanco y para el cemento gris, así como los precios de exportación (artículo 7).

— La Comisión intimó a Ciments français para que cesara en la realización de las infracciones descritas y se abstuviera en lo sucesivo de todo acuerdo o práctica contraria a la libre competencia en los mercados de los cementos gris y blanco (artículo 8), imponiéndole dos multas, una de 24.716.000 ecus y la otra de 1.052.000 ecus, cuyos importes devengarían intereses a partir del vencimiento del plazo establecido para el pago, que era de tres meses contados desde la notificación de la Decisión (artículos 9, 10 y 11).

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

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

4. En la demanda, Ciments français interesó, como pretensión principal, la anulación de la Decisión. De forma subsidiaria, postuló la reducción del importe de las multas que le fueron impuestas. En todo caso, pidió que la Comisión fuese condenada a pagar las costas del proceso.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

«— Anular el artículo 1 de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 17 de febrero de 1989 en la infracción imputada y en la medida en que afirma que la demandante aplicó el acuerdo Cembureau — Association européenne du ciment, participando en la infracción contemplada en el artículo 3, apartado 1, letra b).

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

12 — Ciments Luxembourgeois S.A.

13 — Apartados 169 y 170 de la sentencia.

— Anular el artículo 3, apartado 3, letra a), de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó en un acuerdo de reparto del mercado del Sarre y en la medida en que afirma que la demandante participó con posterioridad al 12 de agosto de 1987 en una infracción del artículo 85, apartado 1, del Tratado.

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

— Anular el artículo 4, apartado 2, de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con posterioridad al 7 de noviembre de 1988 en la infracción imputada.

— Anular, por lo que respecta a la demandante, el artículo 4, apartado 3, letra a), de la Decisión 94/815.

— Anular el artículo 6 de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con anterioridad al 18 de noviembre de 1983 en la infracción imputada.

— Fijar en 12.519.000 euros el importe de la multa impuesta a la demandante por el artículo 9 de la Decisión 94/815.

— Fijar en 1.051.000 euros el importe de la multa impuesta a la demandante por el artículo 10 de la Decisión 94/815.

— Desestimar el recurso en todo lo demás.

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

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

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

1° En el acuerdo Cembureau sobre respeto de los mercados nacionales del

cemento gris (artículo 1 de la Decisión), desde el 14 de enero de 1983 al 17 de febrero de 1989.

2° En acuerdos y prácticas concertadas referentes a la regulación de las entregas de cemento de Francia a Alemania y de Alemania a Francia [artículo 3, apartado 3, letra a)], con excepción del mercado del Sarre, desde el 23 de junio de 1982 al 12 de agosto de 1987.

3° En el acuerdo sobre la constitución de la European Task Force (artículo 4, apartado 1, de la Decisión), entre el 28 de mayo de 1986 y el 31 de mayo de 1987.

4° Desde el 9 de junio de 1986 al 7 de noviembre de 1988, en un acuerdo relativo a la creación de la Joint Trading Company, Interciment S.A., cuyo objeto era poner en práctica medidas persuasivas y disuasorias contra los que amenazaban la estabilidad de los mercados del cemento en los Estados miembros (artículo 4, apartado 2).

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

6° En el marco del European Export Policy Commitee, desde el 18 de noviembre de 1983 al 17 de febrero de 1989, en una práctica concertada continua referente: a) al examen de la situación de los mercados comunitarios, b) al reparto de los mercados de los terceros países, c) a la fijación de los precios para los productos destinados a grandes exportaciones y d) al intercambio de datos individualizados sobre las capacidades de exportación y sobre las exportaciones efectuadas en los terceros países, destinadas a evitar la incursión de los competidores en los respectivos mercados nacionales de la Comunidad (artículo 6).

7° En el marco del White Cement Commitee, desde el 6 de mayo de 1982 al 26 de mayo de 1988: a) en la práctica concertada y en el acuerdo relativos al respeto de los mercados nacionales, b) en la práctica concertada continua para la canalización hacia la exportación a terceros países de los excedentes de producción, y c) en una práctica concertada continua relativa a los intercambios de datos individualizados por empresa sobre las capacidades de producción, la producción efectiva, las ventas internas y la exportación, los precios internos para el cemento blanco y para el cemento gris, así como los precios de exportación (artículo 7).

III. El procedimiento ante el Tribunal de Justicia

10. Una vez presentado el recurso y tramitada la fase escrita del proceso, el Tribunal de Justicia, haciendo uso de la facultad que le otorga el artículo 119 del Reglamento de Procedimiento, [14] ha rechazado el primero y el cuarto de sus motivos en auto de 5 de junio de 2002, por ser manifiestamente infundados.

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

IV. El recurso de casación

12. Ciments français pide al Tribunal de Justicia que anule en parte la sentencia impugnada y estime las pretensiones que dedujo en la primera instancia, a saber, que, a título principal, anule la Decisión o, de forma subsidiaria, reduzca el importe de la multa que le fue impuesta, condenando en todo caso a la Comisión al pago de las costas.

13. Para fundamentar la anterior pretensión, Ciments français articula cuatro motivos de casación, si bien, como acabo de indicar, dos, —el primero y el cuarto— han quedado en el camino.

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

1. *La empresa recurrente y la Compagnie des Ciments Belges (segundo motivo)*

A. La posición de las partes

15. En el cálculo de las multas infligidas a Ciments français, la Comisión incluyó las cifras de negocio de sus filiales en España, en Grecia y en Bélgica. El Tribunal de Primera Instancia eliminó las correspondientes a las sociedades radicadas en los dos primeros países, pero no hizo lo propio respecto de la filial belga, por estimar que la

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

recurrente no había negado que la controlaba cuando se perpetraron las infracciones. Esta estimación jurisdiccional entraña, para Ciments français, un error manifiesto de apreciación, pues de los autos de primera instancia resulta que asumió el control de la Compagnie des Ciments Belges a partir de octubre de 1990, y constituye un error de derecho por violación del principio de no discriminación, ya que llevó al Tribunal de Primera Instancia a tratar de forma diferente a empresas que se encontraban en situación idéntica.

16. En consecuencia, la sociedad recurrente pide al Tribunal de Justicia la anulación en parte de la sentencia impugnada, reduciendo el importe de la multa impuesta por la infracción cometida en el mercado del cemento gris, de 12,52 a 9,62 millones de euros.

17. La Comisión estima que el motivo es inadmisible, al plantear una cuestión de puro hecho. Resalta que el Tribunal de Primera Instancia ha indicado que la circunstancia de que la multa haya sido calculada sobre la totalidad de las cifras de negocio del grupo no significa que las filiales sean deudoras de su pago ni que, por lo tanto, haya habido trato discriminatorio alguno. Además, la compañía recurrente no ha suscitado este punto en casación y no puede apoyarse en sus alegaciones de primera instancia, rechazadas con ese argumento, para oponerse a un razonamiento de la sentencia impugnada que no trasciende la mera constatación de hechos.

18. Para la Comisión este motivo es infundado, porque la demandante sólo se refirió en la instancia al escrito que le dirigió el 28 de febrero de 1994, en el que no se menciona la fecha en que tomó posesión de su filial belga. El error no podría ser calificado de manifiesto en la medida en que los documentos que lo evidenciarían no fueron presentados hasta el trámite de réplica. Ante el Tribunal de Primera Instancia, lo que se discutía no era la incidencia sobre el cálculo de las multas de la fecha en que fue asumido el dominio sobre la filial, sino si esa toma de control debía ser considerada a los indicados efectos y, por consiguiente, incluirse la cifra de negocios de la filial para el cálculo del importe de la sanción.

19. La Comisión tacha de incoherente la posición del Tribunal de Primera Instancia sobre esta cuestión. Si, según el apartado 5040 de la sentencia, la multa se calcula sobre la totalidad de las cifras de negocio de la empresa responsable, que constituye el mejor indicador de su peso económico en el mercado, procedería incluir las de las filiales que eran parte del grupo en la fecha adoptada para fijar esas

cifras y no referirlo todo al tiempo en que la infracción fue cometida. Este planteamiento es conforme a la naturaleza disuasoria que caracteriza a la sanción pecuniaria. En su opinión, no existe razón alguna para excluir a las empresas que no formaban parte del grupo en el momento de la infracción.

B. Los datos relevantes para la resolución de este motivo de casación

20. En el debate suscitado en la primera instancia, Ciments français discutió la cifra de negocios considerada para calcular el importe de las multas, poniendo en tela de juicio el año escogido como referencia, [15] a la vez que la inclusión del volumen de negocio de sus filiales, porque con este último criterio las sancionó de manera más grave que a las filiales de otras sociedades, multadas separadamente de su sociedad matriz. Por esta causa, «se considera víctima de un trato discriminatorio, en la medida en que algunas empresas de su grupo, a pesar de no estar contempladas en la Decisión impugnada, fueron sancionadas de forma más severa que empresas que habían sido reconocidas responsables de comportamientos constitutivos de infracción». [16]

21. El Tribunal de Primera Instancia dio respuesta al anterior planteamiento, razonando que, «cuando el autor de la infracción se encuentra a la cabeza de un grupo que constituye una unidad económica, el volumen de negocios que debe tenerse en cuenta para el cálculo de la multa es el de la totalidad del grupo», pues es el mejor indicador de su peso económico en el mercado. [17] Sin embargo, rechazó el argumento del trato discriminatorio, porque la multa le fue impuesta a la sociedad recurrente, que es quien la debe pagar, y no a ninguna de sus filiales. [18]

22. Sentado el anterior principio general, el órgano de instancia constató que Ciments français asumió el control de sus dos filiales españolas y de la griega cuando su participación en las infracciones sancionadas había terminado, por lo que decidió deducir de la base utilizada para el cálculo de las multas las cantidades relativas a las ventas realizadas por las tres filiales en el ejercicio económico de referencia. [19] Por el contrario, no aplicó el mismo criterio respecto de la Compagnie des Ciments Belges, porque la demandante no negó que la controlara

15 — Esta cuestión ha sido objeto del cuarto de los motivos de casación aducido, inadmitido por manifiestamente infundado en auto de 5 de junio de 2002.

16 — Véase el apartado 5038 de la sentencia. También pueden consultarse los apartados 5033 y 5034.

17 — Véase el apartado 3040 de la sentencia recurrida.

18 — Véase el apartado 5049.

19 — Véanse los apartados 5045 a 5047 de la sentencia impugnada.

cuando incurrió en las infracciones imputadas. [20]

23. No obstante, en el expediente administrativo y en los autos de primera instancia, existen documentos acreditativos de que Ciments français reconoció en repetidas ocasiones que, hasta octubre de 1990, no asumió el dominio de la Compagnie des Ciments Belges, a saber:

1° En una carta, dirigida el 28 de noviembre de 1994 por el presidente de la compañía al comisario europeo encargado de los asuntos de competencia, se indicaba que el proceso de toma de control de la empresa belga se produjo entre mayo y octubre de 1990. Este documento lo aportó Ciments français en la primera instancia, como anexo al escrito de réplica. [21]

2° En la Decisión, [22] la propia Comisión reconoció que, «desde 1990 posee el control de S.A. Compagnie des Ciments Belges».

3° En la demanda [23] y en la réplica [24] se hace referencia al año 1990 como aquel en el que inició la posesión de sus filiales.

4° En un escrito de 22 de septiembre de 1998, dirigido por la representación de la recurrente al Tribunal de Primera Instancia, en contestación a una cuestión suscitada por el juez ponente durante la vista pública, se indicaban los documentos de los autos que acreditaban la fecha en que asumió el control de la filial belga.

C. Un manifiesto error de hecho que debe ser corregido

24. Como acabo de dejar apuntado, el Tribunal de Primera Instancia dedujo de la base para el cálculo de las multas impuestas a Ciments français el volumen de ventas de las filiales españolas y de la griega, porque no las controlaba cuando cometió las infracciones castigadas. Por el contrario, no hizo lo propio con la filial belga, porque «no niega que», cuando participó en las infracciones, la controlara.

20 — Véase el apartado 5044.

21 — También lo ha presentado con el escrito de interposición del recurso de casación (anexo 3).

22 — Véase el punto 5, apartado (7), letra g), tercer guión, segundo párrafo.

23 — Páginas 102, *in fine*, y 103.

24 — Página 46, último párrafo.

25. Esta locución, la de no negar, tiene una dimensión subjetiva que el Tribunal de Justicia desconoce, puesto que ninguna de las partes ha dicho que la recurrente rechazara, de forma expresa, durante el proceso judicial que, cuando participó en las conductas sancionadas, controlara a la cementera belga. Pero presenta también un aspecto objetivo que es, precisamente, en el que se sitúa el Tribunal de Primera Instancia.

26. La solución dada a las filiales españolas y a la griega se produjo porque quedó acreditado que, cuando las conductas infractoras fueron realizadas, Ciments français aún no las gobernaba. Procede, pues, interpretar que la adoptada respecto a la Compagnie des Ciments Belges se debió a que la recurrente no proporcionó la misma prueba.

27. Sin embargo, en la propia Decisión aparece que el control sobre la filial belga tuvo lugar, como el de las otras tres filiales, durante 1990. Y así lo hizo saber la recurrente al Tribunal de Primera Instancia en el trámite de réplica y en la contestación escrita a la aclaración que el juez ponente le pidió en la vista pública. Es un yerro que, además, se pone de manifiesto a través de un documento que estuvo, *ab initio,* en el debate procesal, la propia Decisión. Carecen, pues, de relevancia las consideraciones que la Comisión hace en casación sobre el momento en que fueron presentados en la instancia los documentos que revelarían el error.

28. Soy consciente de que el recurso de casación es un instrumento procesal para la determinación del derecho, en el que no pueden revisarse los hechos fijados por el Tribunal de Primera Instancia.[25] Ahora bien, por excepción, el Tribunal de Justicia puede adentrarse en este terreno, si en la obtención de las pruebas ha sido infringida una disposición o un principio general del derecho comunitario o si, al apreciarlas, se han vulnerado las normas sobre la carga y la valoración de las pruebas, por ser esta última ilógica o arbitraria y, por consiguiente, desnaturalizadora de sus elementos.

29. En este último caso, la valoración, por ilógica, arbitraria o inverosímil, quebraría las reglas de la sana crítica, con lo que incurre en una infracción de derecho que el órgano de casación debe corregir. Este criterio fue anunciado por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 2 de marzo de 1994, Hilti/Comisión,[26] en cuyo apar-

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

26 — Asunto C-53/92 P, Rec. p. I-667.

tado 42 puede leerse que «la apreciación llevada a cabo por el Tribunal de Primera Instancia de los elementos de prueba que se le presentan no constituye, *sin perjuicio del caso de la desnaturalización de dichos elementos,*[27] una cuestión de derecho sujeta, como tal, al control del Tribunal de Justicia». Poco más tarde, este criterio fue asumido decididamente en la sentencia 1 de junio de 1994, Comisión/Brazzelli Lualdi y otros,[28] en la que se afirma que «el Tribunal de Primera Instancia es, pues, el único competente para determinar los hechos, *salvo en los casos en que la inexactitud material de sus comprobaciones fuera consecuencia de los documentos que obran en autos*».[29] Hoy se trata de una línea jurisprudencial bien asentada y no discutida.[30]

30. De todo lo expuesto se infiere que el Tribunal de Primera Instancia ha cometido un error al apreciar las pruebas, ya que de la propia Decisión se deduce que Ciments français no controló a su filial belga hasta 1990, fecha en la que, como el propio Tribunal de Primera Instancia reconoce, la recurrente había dejado de realizar las conductas sancionadas. De este error, que se ha de corregir, se deriva una consecuencia jurídica, la misma que el juez de la instancia aplicó a las otras tres filiales de Ciments français: la deducción de la base para el cálculo de las multas de las cifras de ventas realizadas por la Compagnie des Ciments Belges durante 1992.

31. Procede, por tanto, que el Tribunal de Justicia estime este motivo de casación.

32. Para convencer al Tribunal de Justicia de la inadmisibilidad de esta queja, la Comisión ha realizado una argucia argumental, mezclando los razonamientos que atañen a los apartados 5044 a 5047 de la sentencia impugnada y los que la recurrente hizo valer en la primera instancia sobre la discriminación que suponía para sus filiales, respecto de las de otras compañías, incluir su cifra de negocios para el cálculo de las multas, que fueron desestimados en el apartado 5049. Cuando Ciments français habla de discriminación,[31] lo hace con un sentido distinto, pues el trato desigual e injustificado no se produciría entre sus filiales y las de otras empresas, como pretende la Comisión, sino entre las compañías dependientes de la recurrente, las dos españolas y la griega, de un lado, y la cementera belga, de otro, por la circunstancia de no haber eliminado de la base de cálculo la cifra de negocios de esta última.

2. *El principio de proporcionalidad (tercer motivo)*

A. La posición de las partes

33. Para Ciments français, la Comisión habría violado el principio de proporciona-

27 — La cursiva es mía.

28 — Asunto C-136/92 P, Rec. p. I-1981.

29 — Apartado 49. La cursiva sigue siendo mía.

30 — Véanse las sentencias de 28 de mayo de 1998, Deere/Comisión (C-7/95 P, Rec. p. I-3111), apartado 21, y de 21 de junio de 2001, Moccia Irme y otros/Comisión, ya citada, apartado 78. Puede consultarse también el auto de 17 de septiembre de 1996, San Marco/Comisión (C-19/95 P, Rec. p. I-4435), apartado 39.

31 — Párrafo primero del apartado 2.4.

lidad, al imponerle una multa muy elevada, sin valorar su grado de participación en las diferentes infracciones. El Tribunal de Primera Instancia anuló tres de los cargos que se le imputaban y, sin embargo, no redujo la multa.

34. La Comisión sostiene que la postura del Tribunal de Primera Instancia es consecuencia directa de su rechazo del argumento de las recurrentes, a cuyo tenor las multas infligidas habrían de ser proporcionadas a las prácticas de ejecución del acuerdo Cembureau puestas en marcha por cada una de las empresas. En la sentencia se ha aprobado el análisis realizado en el punto 65, apartado (3), de la Decisión, donde se expresó que no se sancionaban las concretas medidas de desarrollo de la entente, sino la participación global en su ejecución. Por lo tanto, no procedía disminuir el importe de la sanción sobre la base de la anulación de determinadas partes de los artículos 3 y 4 de la resolución sancionadora. La multa, en lo que se refiere al mercado del cemento gris, está fundada en el artículo 1.

35. Añade que, en los apartados 4951 a 4963 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia ha aprobado los criterios de individualización de las multas aplicados en la Decisión y ha constatado que permitían modular la sanción en función de la gravedad del comportamiento de cada empresa y del papel desempeñado en la entente, conforme exige el artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17. Esta apreciación de elementos de hecho escapa a la competencia del Tribunal de Justicia.

36. Termina la Comisión razonando que, en los apartados 4814 a 4815 de la sentencia impugnada, se ha rebajado el importe de la multa en proporción a la reducción de la duración de la infracción, por lo que se ha aplicado correctamente el mencionado precepto del Reglamento nº 17.

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

37. En el análisis de este motivo, procede dejar constancia de la estructura de la Decisión y de los criterios esgrimidos para sancionar.

38. La Decisión contempla dos mercados diferenciados, el del cemento gris y el del cemento blanco. En relación con el primero, imputa la adopción del acuerdo Cembureau, por el que se convino el respeto de los mercados nacionales y la regulación de las transferencias de cemento de un país a otro. Los artículos 2 a 6 recogen conductas, bilaterales o multilaterales, encaminadas a ejecutar o a facilitar la ejecución de ese acuerdo «único y continuo», así como a

remover los obstáculos que pudieran erigirse a su efectividad, por ejemplo, la llamada «amenaza griega». El artículo 7 se refiere a conductas anticompetitivas en el marco del cemento blanco.

39. La Comisión estableció sanciones separadas para las infracciones a uno y otro mercado. [32]

40. En el mercado del cemento gris, decidió no sancionar cada comportamiento aislado, imponiendo una multa global a cada empresa, dada la interrelación existente entre el acuerdo Cembureau y todas sus medidas de aplicación. [33] Esta forma de proceder es legítima y tiene su fundamento en la potestad de la Comisión para pronunciarse en una sola decisión sobre varias infracciones. [34]

41. Entendió, además, que todas las empresas y las asociaciones destinatarias de la Decisión se sumaron al acuerdo Cembureau, detallando los elementos que determinaron la contribución de cada una. Así, Ciments français representó a su asociación nacional en calidad de jefe de delegación en las reuniones celebradas por Cembureau los días 14 de enero de 1983, 19 de marzo y 7 de noviembre de 1984, y actuó como tal en la época en que se aplicó la entente. [35]

42. «No obstante, ha tenido presente, dentro de esta consideración general, el papel desempeñado por cada empresa en la celebración del acuerdo», así como en las medidas y los convenios decididos para complementarlo y aplicarlo. También ha ponderado la duración de unas y otros. [36]

43. De conformidad con lo anterior, singularizó dos grupos de empresas y asociaciones: por un lado, las que intervinieron en el acuerdo Cembureau y, por otro lado, el

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

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

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

35 — Véase la Decisión, punto 65, apartado (3), letra b), y apartado (9), letra a), segundo guión.

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

resto de las empresas, con una intervención menos decisiva, de menor gravedad. [37]

44. Dentro de la primera categoría, la Comisión distinguió tres subgrupos: 1) el constituido por las empresas y las asociaciones que colaboraron de manera directa, en calidad de miembros de Cembureau, en la adopción del acuerdo sobre respeto de los mercados nacionales, así como en las medidas de protección directa de esos mercados, grupo en el que incluyó a Ciments français; 2) un segundo subgrupo formado por las compañías que asumieron, a través de sus principales directivos, la función de jefes de delegación en Cembureau, tanto en la época en la que se llegó al acuerdo, como en la de su ejecución; y 3) el último, integrado por las sociedades que compartieron la aplicación del acuerdo con medidas encaminadas a proteger los mercados nacionales. [38]

45. En la segunda categoría también diferenció entre tres géneros de responsables: 1) las empresas que sólo contribuyeron a canalizar los excedentes de producción hacia terceros países; 2) las que, no obstante haber coadyuvado a proteger directamente los mercados nacionales, trataron de no aplicar el principio Cembureau; y 3) la sociedad Ciments Luxembourgeois que, pese a ser miembro directo de la asociación y haber asistido a las reuniones de jefes de delegación durante las que se adoptó el acuerdo, no se asoció a ninguna medida de ejecución. [39]

46. La Comisión sancionó a las empresas y a las asociaciones incluidas en la primera categoría con el 4 % de la respectiva cifra de negocios en el mercado del cemento gris durante 1992. Las catalogadas en la segunda fueron castigadas con una multa del 2,8 % de igual parámetro. [40]

47. El Tribunal de Primera Instancia estimó en parte el recurso de Ciments français porque, para cuantificar la multa, la Comisión apreció que estuvo en la entente Cembureau a lo largo de 122 meses, aunque sólo se habían acreditado 73 meses, [41] por lo que redujo proporcionalmente el importe de la multa. [42]

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

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

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

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

41 — Véanse los apartados 4807 a 4814 de la sentencia, en particular el quinto guión de este último apartado.

42 — Véanse el apartado 4815 y el séptimo guión del punto 12 de la parte dispositiva de la sentencia recurrida.

C. La satisfacción del principio de proporcionalidad

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

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

50. El Tribunal de Justicia ha declarado que la gravedad de las infracciones ha de apreciarse en función de un gran número de factores, como las circunstancias específicas del asunto, su contexto y el alcance disuasorio de las multas, habiendo añadido que no existe una lista taxativa o exhaustiva de criterios. [43]

51. Creo que hay tres criterios centrales para esa apreciación: la naturaleza de la infracción, el impacto sobre la competencia y la delimitación geográfica del mercado afectado; cada uno contemplado en una dimensión objetiva, la de la infracción misma, y en otra subjetiva, la de la empresa responsable. [44]

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

43 — Véanse la sentencia de 7 de junio de 1983, Musique Diffussion française y otros/Comisión (asuntos acumulados 100/80 a 103/80, Rec. p. 1825), apartado 120, y la de 17 de julio de 1997, Ferriere Nord/Comisión (C-219/95 P, Rec. p. I-4411), apartado 33; también el auto de 25 de marzo de 1996, SPO y otros/Comisión (C-137/95 P, Rec. p. I-1611), apartado 54.

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

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

54. La exigencia de que la sanción sea proporcionada a la gravedad de la conducta produce la consecuencia de que, cuando una infracción sea cometida por varias personas, [45] haya que examinar, utilizando las expresadas pautas, la gravedad relativa de la participación de cada una. [46] Es un imperativo del principio de igualdad, que demanda que la multa sea idéntica para todas las empresas en la misma situación e impide que las que se encuentran en trance distinto sean castigadas con sanción similar.

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

56. Todos los comportamientos, que necesariamente no son idénticos, perseguían un mismo objetivo anticompetitivo, por lo que, a efectos sancionatorios, podían ser agrupados por su gravedad en una o en varias categorías en función de la incidencia sobre el mercado y de la afectación de la libre competencia.

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

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

46 — Véanse las sentencias Suiker Unie y otros/Comisión, ya citada, apartado 623, y de 8 de julio de 1999, Hercules Chemicals/Comisión (C-51/92 P, Rec. p. I-4235), apartado 110.

58. Las razones que expone la Comisión, asumidas por el Tribunal de Primera Instancia,[47] para distinguir entre las dos categorías de empresas responden a un criterio objetivo y razonable, como es el de la incidencia de las conductas en la competencia y, en particular, en la división y la separación de los mercados nacionales. De este modo, los comportamientos descritos en los artículos 2, 3 y 4 de la Decisión, en cuanto perseguían la protección directa de dichos mercados, fueron reputados los más graves, en tanto que los descritos en los artículos 5 y 6, «con efectos menos directos»,[48] podían ser calificados de menos graves.

59. Por consiguiente, si los criterios de la Comisión son conformes a los principios que presiden la imposición de las multas, el Tribunal de Primera Instancia, al seguir iguales reglas, también los satisfizo.

60. En otras palabras, el criterio consistente en sancionar, en lo que al mercado del cemento gris se refiere, la participación en el acuerdo Cembureau (artículo 1 de la Decisión), hecha abstracción de las concretas medidas de ejecución aplicadas (artículos 2 a 6 de la Decisión), es ajustado a derecho. También lo es el parecer del Tribunal de Primera Instancia de no rebajar el importe de la multa impuesta a aquellas empresas que, a pesar de no considerarlas autoras de algunas medidas aisladas de ejecución que se les imputaban en la Decisión, participaron en la entente con la intensidad declarada por la Comisión en su resolución sancionadora.[49]

61. En atención a lo expuesto, este motivo debe ser desestimado por infundado.

V. Recapitulación y pronunciamiento que se propone

62. En el punto 31 he sugerido al Tribunal de Justicia que acoja el segundo de los motivos de casación invocados por Ciments français, cuya estimación obliga a casar la sentencia impugnada, en cuanto fijó en 12,52 millones de euros el importe de la multa correspondiente a las infracciones cometidas por dicha empresa en el mercado del cemento gris.

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

48 — Apartado 4968, *in fine*, de la sentencia.

49 — Para Ciments français, véase el punto 65, apartado (3), letra b), de la Decisión.

63. Expulsada la sentencia recurrida del mundo del derecho, el Tribunal de Justicia, al disponer de todos los elementos de juicio, puede resolver sobre las pretensiones de la demandante, [50] aunque sólo sea por elementales razones de economía procesal. [51]

64. Pues bien, estimando en parte la demanda procede reducir la multa impuesta en el artículo 9 de la Decisión a Ciments français, por las conductas anticompetitivas que realizó en el mercado del cemento gris, a la suma de 9,62 millones de euros. Es un cálculo correcto, realizado por la propia recurrente en el apartado 2.4 del escrito de recurso, basado en datos que facilitó en la primera instancia y en casación, no discutidos por la Comisión.

65. No encuentro razones bastantes para cambiar el pronunciamiento que sobre las costas del proceso ha realizado el Tribunal de Primera Instancia. [52]

VI. Las costas del recurso de casación

66. De acuerdo con lo preceptuado por el artículo 122, párrafo primero, en relación con el artículo 69, apartado 3, párrafo primero, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, cada parte abonará las costas causadas a su instancia durante la tramitación de este recurso de casación.

50 — En las conclusiones que presenté en el asunto en el que fue dictada la sentencia de 14 de septiembre de 1999, Comisión/Assidomän Kraft Products y otros (C-310/97 P, Rec. p. I-5363), nota 70, señalé que es una facultad que le reconoce el artículo 54 del Estatuto CE del Tribunal de Justicia al prescribir que, «si se estimare el recurso de casación, el Tribunal de Justicia anulará la resolución del Tribunal de Primera Instancia. En tal caso, el Tribunal de Justicia podrá o bien resolver él mismo definitivamente el litigio, cuando su estado así lo permita, o bien devolver el asunto al Tribunal de Primera Instancia para que este último resuelva». Uno de los supuestos a los que puede aplicarse la posibilidad que ofrece este precepto es el del error *in iudicando*, siempre que el relato de los hechos sea completo y suficiente para juzgar en definitiva y no proceda la práctica de prueba alguna. Así parece haberlo entendido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, aunque nunca ha expresado la razón por la que entiende que el estado del litigio le permite resolverlo por sí mismo, limitándose a afirmar lacónicamente, por ejemplo, que «así sucede en este caso» (sentencias de 20 de febrero de 1992, Parlamento/Hanning, C-345/90 P, Rec. pp. I-949 y ss., especialmente p. I-989; y de 15 de junio de 1994, Comisión/BASF y otros, C-137/92 P, Rec. pp. I-2555 y ss., especialmente p. I-2648).En suma, procede que el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre el fondo cuando se desprenda de los autos que el litigio está listo para ser juzgado (véase Héron, J.: *Droit judiciaire privé*, Ed. Montchrétien, París 1991, p. 517; Vincent, J. y Guinchard, S.: *Procédure civile*, Ed. Dalloz, París 1994, p. 922), de acuerdo con su configuración por el legislador comunitario como un tribunal de casación moderno, dotado de amplia libertad para dictar el juicio rescisorio cuando lo crea oportuno (véase Nieva Fenoll, J.: *El recurso de casación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Ed. Bosch, Barcelona 1998, p. 430.).

51 — La Decisión fue adoptada en 1994.

52 — Véanse los apartados 5119 a 5123, 5131 y 5132 de la sentencia recurrida.

VII. Conclusión

67. En atención a las anteriores consideraciones, propongo al Tribunal de Justicia que:

1) Estime el segundo de los motivos del recurso de casación interpuesto por Ciments français.

2) Case y anule en parte la sentencia impugnada del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 15 de marzo de 2000, Cimenteries CBR y otros/Comisión (T-25/95, T-26/95, T-30/95 a T-32/95, T-34/95 a T-39/95, T-42/95 a T-46/95, T-48/95, T-50/95 a T-65/95, T-68/95 a T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 y T-104/95).

3) Estime en parte la demanda deducida por Ciments français y, en su virtud, anule el artículo 9 de la Decisión respecto de dicha empresa.

4) Reduzca la multa que se le impuso, por las conductas anticompetitivas que realizó en el mercado del cemento gris, a la suma de 9,62 millones de euros.

5) Condene a cada parte a abonar sus propias costas.