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

Índice

I. Los hechos del litigio ..... I - 231

II. El procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia y la sentencia recurrida .. I - 234

III. El procedimiento ante el Tribunal de Justicia ..... I - 238

IV. El recurso de casación ..... I - 238

1. Motivos dirigidos a la revocación de la sentencia y a la anulación de la Decisión ..... I - 238

A. Motivos procesales ..... I - 238

1. Sobre el derecho de acceso a la totalidad de los documentos durante el procedimiento administrativo (primer motivo) ..... I - 238

a) El derecho de acceso y las consecuencias de su vulneración (primera línea argumental del primer motivo) ..... I - 239

i) La posición de las partes ..... I - 239

ii) La legitimidad de las medidas de reorganización procedimental decretadas por el Tribunal de Primera Instancia ..... I - 240

b) El supuesto carácter erróneo, arbitrario y no fundado del análisis realizado por el Tribunal de Primera Instancia (segunda línea argumental del primer motivo) ..... I - 245

i) La posición de las partes ..... I - 245

ii) Las llamadas «pruebas (de cargo) directas» y su valoración . I - 246

1 — Lengua original: español.

iii) El carácter razonable del criterio utilizado por el Tribunal de Primera Instancia para valorar las pruebas de descargo .... I - 247

iv) El respeto por el Tribunal de Primera Instancia de su propio criterio de enjuiciamiento. Las pruebas de cargo que quedaron inaccesibles ..... I - 249

2. Sobre el derecho de defensa y la renuncia de la Comisión a los «cargos nacionales» (segundo motivo) ..... I - 250

a) La imposibilidad de argumentar en la vía administrativa frente al abandono de los cargos nacionales ..... I - 251

b) La sedicente contradicción entre la dejación de los cargos nacionales y la Decisión ..... I - 252

B. Motivos de fondo. El acuerdo «referente a los contratos y convenios firmados» con Calcestruzzi (tercer motivo). El principio *ne bis in idem* . I - 254

2. Motivos dirigidos a la anulación o a la reducción de la multa ..... I - 259

A. La intangibilidad de la multa pese a la anulación parcial de la Decisión (séptimo motivo) ..... I - 259

B. Motivación insuficiente sobre la gravedad de la infracción imputada a Italcementi (octavo motivo) ..... I - 262

C. Apreciación errónea sobre la duración de la infracción imputada a Italcementi (noveno motivo) ..... I - 265

V. Las costas ..... I - 266

VI. Conclusión ..... I - 266

I. Los hechos del litigio

1. Italcementi SpA (en lo sucesivo, «Italcementi») 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]

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

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.

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 Italcementi y otras empresas del sector.[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 Italcementi tuvo ocasión de formular alegaciones escritas y, después, orales en las audiencias que se organizaron entre el 1 de marzo y el 1 de abril de 1993.[6]

— El texto del pliego de cargos, contenido en un único documento, no fue comunicado íntegramente a las empresas ni a las asociaciones interesadas. A cada destinatario le fueron enviados el índice completo del pliego y la lista de todos los documentos, con mención de los que podía consultar. Algunas 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]

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

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».

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 impugnada.
6 — Apartados 3, 9 y 12 de la sentencia.
7 — Apartados 4 a 6 de la sentencia.
8 — DO L 343, p. 1.
9 — Apartado 22 de la sentencia.

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

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

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

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

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

5° Desde el 9 de junio de 1986 al 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° Desde el 3 de abril de 1987 al 3 de abril de 1992, en un acuerdo referente a los contratos y convenios firmados los días 3 y 15 de abril de 1987, cuyo objeto era evitar las importaciones de cemento griego por parte de Calcestruzzi [artículo 4, apartado 3, letra b)].

8° En el marco del European Cement Export Commitee, desde el 14 de marzo de 1984 al 22 de septiembre

de 1989, en prácticas concertadas referentes al intercambio de información sobre la situación de la oferta y de la demanda en los terceros países importadores, los precios aplicables a la exportación, la situación de las importaciones en los países miembros y la situación de la oferta y de la demanda de los mercados internos, destinadas a evitar incursiones de los competidores en los respectivos mercados nacionales de la Comunidad (artículo 5).

9° 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 relativa a 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 Italcementi para que cesara en la realización de las infracciones descritas y se abstuviera en lo sucesivo de todo acuerdo o práctica contrarios a la libre competencia en los mercados de los cementos gris y blanco (artículo 8), imponiéndole dos multas, una de 32.492.000 ecus y la otra de 1.088.000 ecus, cuyos importes devengarían intereses a partir del vencimiento del plazo establecido para el pago, que era de tres meses a contar desde la notificación de la Decisión (artículos 9, 10 y 11).

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

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

4. Italcementi interesó en la demanda, como pretensión principal, la declaración de nulidad, total o parcial, de la Decisión en lo que le atañía. De forma subsidiaria, postuló la supresión o la reducción de las multas que le fueron impuestas. También solicitó la anulación de la Decisión de la Comisión de 23 de septiembre de 1993, en cuanto dio por terminado el procedimiento respecto de doce empresas alemanas y seis españolas, en relación con los cargos relativos a la parte internacional del pliego de cargos. 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 cada una de las empresas expedientadas, después demandantes;

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

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

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]

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

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

12 — Ciments Luxembourgeois S.A.

13 — Apartados 169 y 170 de la sentencia.

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

«— Anular el artículo 1 de la Decisión 94/815, en la medida en que considera que la demandante participó con anterioridad al 19 de marzo de 1984 y con posterioridad al 3 de abril de 1992 en la infracción imputada.

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

— Anular, por lo que respecta a la demandante, el artículo 2, apartado 2, de la Decisión 94/815, en la medida en que, por un lado, declara que la difusión periódica de datos entre Cembureau — Association européenne du ciment y sus miembros tenía por objeto, por lo [se] que refiere a los precios belgas y neerlandeses, los precios mínimos relativos a las entregas de cemento por camión de los productores de estos dos países y, por lo que se refiere a Luxemburgo, los precios, descuentos incluidos, del productor de este país, y en la medida en que, por otro lado, considera que la demandante participó con anterioridad al 19 de marzo de 1984 en la infracción imputada.

— 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 lo referente a la participación de la demandante, con posterioridad al 7 de noviembre de 1988, en la infracción imputada.

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

— Fijar en 25.701.000 euros el importe de la multa impuesta a la demandante por el artículo 9 de la Decisión 94/815.

— Desestimar el recurso en todo lo demás.

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

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

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

1° En el acuerdo Cembureau sobre el respeto de los mercados nacionales del cemento gris (artículo 1 de la Decisión), desde el 19 de marzo de 1984 al 3 de abril de 1992.

2° El 19 de marzo de 1984, en intercambios puntuales de información sobre los precios del cemento gris (artículo 2, apartado 1, de la Decisión).

3° Entre el 19 de marzo de 1984 y el 31 de diciembre de 1988, en la circulación periódica de datos sobre los baremos individuales de los precios de los productores daneses e irlandeses, los baremos fijados por la profesión en Grecia, en Italia y en Portugal, así como sobre las medias de precios practicadas en Alemania, en Francia, en España y en el Reino Unido [artículo 2, apartado 2, letra b), de la Decisión].

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

5° En el acuerdo para la creación de la Joint Trading Company, Interciment S.A. (artículo 4, apartado 2), desde el 9 de junio de 1986 al 7 de noviembre de 1988.

6° En las prácticas concertadas destinadas a que Calcestruzzi dejase de ser cliente de los productores griegos [artículo 4, apartado 3, letra a)], entre el 9 de septiembre de 1986 y el 15 de marzo de 1987.

7° En el acuerdo relativo a los contratos y convenios firmados con Calcestruzzi los días 3 y 15 de abril de 1987 [artículo 4, apartado 3, letra b)], entre el 3 de abril de 1987 y el 3 de abril de 1992.

8° En las prácticas concertadas en el mercado del cemento blanco (artículo 7), del 6 de mayo de 1982 al 26 de mayo de 1988.

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 los motivos cuarto, quinto y sexto en auto de 5 de junio de 2002.

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. Italcementi pide al Tribunal de Justicia que anule la sentencia recurrida en su integridad o, al menos, en parte, haciendo lo propio con la Decisión y con la multa que le ha sido impuesta. De forma subsidiaria interesa que el asunto sea devuelto al Tribunal de Primera Instancia para que se pronuncie de nuevo. En cualquier caso, postula que la Comisión responda de las costas de ambas instancias.

13. La Comisión solicita que el recurso sea desestimado en su integridad y confirmada la sentencia impugnada, con imposición a Italcementi de las costas causadas en casación.

14. Para fundamentar sus pretensiones, la sociedad recurrente articuló nueve motivos de casación, algunos con fundamentos diversos. De esos motivos, como acabo de indicar, tres han quedado en el camino.

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

1. *Motivos dirigidos a la revocación de la sentencia y a la anulación de la Decisión*

A. Motivos procesales

1. Sobre el derecho de acceso a la totalidad de los documentos durante el procedimiento administrativo (primer motivo)

16. Italcementi articula este motivo en dos líneas argumentales principales. La pri-

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

mera, más abstracta, atañe a la caracterización del derecho de acceso al expediente en un procedimiento administrativo sancionador y las consecuencias que hay que anudar a su vulneración. [15] En la segunda, esgrimida a título subsidiario, la sociedad recurrente califica de erróneo, arbitrario y no fundado el concreto análisis desarrollado por el Tribunal de Primera Instancia para dilucidar si su derecho de defensa fue lesionado. [16]

a) El derecho de acceso y las consecuencias de su vulneración (primera línea argumental del primer motivo)

i) La posición de las partes

17. Italcementi inicia su argumentación tomando en consideración un hecho no discutido: el acceso al expediente durante la sustanciación del procedimiento administrativo no fue regular.

18. Partiendo de este dato incontestable, razona que la garantía de estar al corriente de todo lo tramitado es una manifestación del derecho fundamental de defensa, que ha de ser satisfecho en el seno del propio procedimiento administrativo y no después. Añade que las empresas encausadas debieron, en aquel momento, tener un conocimiento de las actuaciones igual al que disfrutó la Comisión y esa falta de equilibrio no puede ser subsanada, más tarde, en el procedimiento jurisdiccional. Constatada la falla procedimental, que era insubsanable, el Tribunal de Primera Instancia tendría que haber anulado la Decisión. Al no hacerlo así y valorar la medida en que los documentos inaccesibles en la fase administrativa eran relevantes para la Decisión, se comportó de manera irregular y arbitraria, sustituyendo la apreciación de la Comisión por la suya propia, que, además, no es controlable por el Tribunal de Justicia. Este comportamiento deja al poder discrecional de la Comisión la decisión de dar acceso al expediente y rompe el equilibrio de poderes.

19. Termina diciendo que el planteamiento del Tribunal de Primera Instancia comporta, de hecho, una inversión de la carga de la prueba; trastoca los papeles e impone a las empresas sometidas a expediente la obligación de demostrar que los documentos, cuyo contenido hasta entonces desconocían, eran virtuales para destruir las apreciaciones de la Comisión.

15 — Son los puntos 29 a 56 y 99 a 106 del escrito de interposición del recurso de casación.

16 — Puntos 57 a 98 del escrito de interposición del recurso de casación.

20. Para esta Institución, el Tribunal de Primera Instancia se ha limitado a examinar si el derecho de defensa de Italcementi fue vulnerado durante la tramitación del procedimiento administrativo. No ha organizado un nuevo acceso al expediente, sino que ha realizado la misma evaluación que en las sentencias Solvay/Comisión [17] e ICI/Comisión, [18] esto es, ha examinado si, a la vista de los documentos que fueron inaccesibles, se causó alguna indefensión a la sociedad recurrente. No hay, pues, inversión de la carga de la prueba, ya que sólo se pide a las demandantes que demuestren que los documentos cuya vista les negó la Comisión hubieran podido ser de alguna utilidad para su defensa.

21. Italcementi replica que la violación de un derecho fundamental acarrea una sanción, con independencia del daño causado. La manera de proceder del Tribunal de Primera Instancia equivale a denegar a las empresas encausadas el derecho a un acceso integral al expediente. El juez no puede apreciar *ex post* la pertinencia de los documentos cuya consulta les fue negada en la fase administrativa. El tiempo transcurrido entre el momento en el que procedía dar acceso al expediente y aquel en el que el Tribunal efectuó su verificación niega toda significación al examen jurisdiccional realizado. La diferenciación entre los documentos según su relevancia para la defensa no está justificada. Antes de que la Comisión adopte la decisión sancionadora, todos los documentos son igualmente pertinentes. Las empresas encausadas deben analizarlos, seleccionarlos y argumentar a la luz de su contenido, operaciones que forman parte de la instrucción. Incumbía a la Comisión acogerlos o descartarlos bajo el control del juez, que no puede situarse, de forma ficticia, en un momento anterior a la adopción de su pronunciamiento por la Administración.

22. La Comisión responde que el objetivo del Tribunal de Primera Instancia era proteger el derecho de defensa de las empresas demandantes y estaba dispuesto a anular la Decisión, en todo o en parte, en la medida en que el acceso a un documento del expediente que permaneció inaccesible se revelase útil para la defensa, pues examinó todos los documentos citados por Italcementi antes de acordar que ninguno presentaba la menor utilidad para sus intereses. El planteamiento formalista de la recurrente desconoce la naturaleza y la función del derecho de defensa. Si no existe una limitación efectiva de los medios, no hay violación del derecho.

ii) La legitimidad de las medidas de reorganización procedimental decretadas por el Tribunal de Primera Instancia

23. El Tribunal de Primera Instancia, para dar respuesta a las reclamaciones sobre la

17 — De 29 de junio de 1995 (T-30/91, Rec. p. II-1775).
18 — De 29 de junio de 1995 (T-36/91, Rec. p. II-1847).

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

24. La sentencia recurrida ha analizado los instrumentos señalados por las partes y las observaciones presentadas, resolviendo, respecto de Italcementi, en el apartado 34 de su parte dispositiva, según ha quedado expresado en el punto 8 de estas conclusiones. El Tribunal de Primera Instancia ha realizado la tarea aplicando el siguiente principio: los derechos de defensa de las recurrentes habrían sido conculcados si hubiera existido una posibilidad, aun reducida, de que el procedimiento administrativo alcanzase un resultado distinto, en el supuesto de que hubieran podido ser invocados los documentos cuyo acceso les fue negado. [20]

25. Italcementi cuestiona este proceder y niega legitimidad a las «medidas de reorganización procedimental» decretadas por el Tribunal de Primera Instancia.

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

27. Éste es el sentido que tienen las disposiciones contenidas en el Reglamento nº 17, en particular el artículo 19, y en el Reglamento (CE) nº 2842/98 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1998, relativo a las audiencias en determinados procedimientos en aplicación de los artículos 81 CE y 82 CE; [22] no otro es el alcance que les han dado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia [23] y la del de

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

20 — Véase los apartados 241 y 247 de la sentencia.

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

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

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

Primera Instancia.[24] El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha extendido la aplicación de las garantías que incorpora el artículo 6 del Convenio de Roma a los procedimientos administrativos de naturaleza disciplinaria.[25]

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea[26] profundiza en esta línea, puesto que, junto con el derecho del acusado a defender sus posiciones jurídicas en un procedimiento judicial equitativo y público, seguido ante un juez independiente e imparcial, predeterminado por la ley,[27] garantiza también el derecho de toda persona a ser oída por las Instituciones de la Unión Europea antes de que adopten una medida individual que le pueda afectar desfavorablemente, así como el derecho a acceder al expediente.[28]

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

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

30. En suma, los defectos de forma no tienen vida propia separada de la sustancia del litigio. Si se anula una decisión dictada después de un cauce formal defectuoso,

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

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

26 — DO 2000, C 364, p. 1.

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

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

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

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

porque, debido a los vicios del *iter* seguido para su adopción, es incorrecta en cuanto al fondo, la anulación está determinada por esa incorrección de la resolución, no por la presencia de la tara procedimental. El defecto de forma sólo alcanza entidad propia cuando, por haberse producido, no es posible hacer un juicio sobre la resolución adoptada.

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

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

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

34. En el modo de proceder del Tribunal de Primera Instancia no hay quiebra alguna de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En la sentencia Hercules Chemicals/Comisión, que ya he citado, se afirma que, producida una violación del derecho de defensa, no puede quedar subsanada por un acceso tardío a los documentos del expediente que permita a las empresas afectadas deducir motivos y alegaciones para fundamentar sus pretensiones, pues no las coloca en la situación en la que se habrían encontrado si hubieran podido basarse en esos documentos para presentar sus alegaciones escritas y orales ante la Comisión. [32]

35. El Tribunal de Primera Instancia no ha pretendido subsanar *a posteriori* una inde-

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

32 — Apartados 78 y 79.

fensión ya consumada, se ha contentado, en un estadio anterior, con indagar si esa indefensión había tenido lugar. [33] Cuando así lo ha estimado, ha anulado la decisión. [34] Si, por el contrario, la indefensión no se produjo, ha declarado que el defecto formal cometido durante la sustanciación del expediente administrativo fue irrelevante.

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

37. Y en este planteamiento no hay inversión de la carga de la prueba. Este principio, que es de orden procesal, está al servicio del derecho fundamental a la presunción de inocencia, de dimensión sustantiva, con el que no cabe confundirlo.

38. La presunción de inocencia impide el castigo si no se acredita la culpabilidad. Consecuentemente, quien acusa debe probar que el denunciado ha realizado los hechos constitutivos de la infracción, así como que concurren los demás elementos, de hecho y de derecho, que permiten declararlo responsable. En este punto es donde la presunción de inocencia y la carga de la prueba se encuentran. La Comisión ha imputado a las empresas recurrentes la realización de determinadas conductas contrarias a la competencia y ha utilizado diferentes pruebas para corroborar su acusación. En principio, pues, ha dado satisfacción a esa regla de procedimiento que es la carga de la prueba. Cuestión distinta, que no procede abordar en este momento, es la de si los documentos utilizados son capaces de destruir la mencionada presunción.

39. Una vez pronunciada la resolución sancionadora, ha sido recurrida, entre otros, por Italcementi, quien solicita su anulación con el argumento de que se le ha causado indefensión por no haber tenido acceso íntegro a los documentos del expediente y, en particular, a los que podrían haberle servido de excusa. En virtud del principio de la carga de la prueba, le corresponde acreditar los presupuestos de hecho de esta pretensión. En primer lugar, que no se le ha dado traslado de todos los

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

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

documentos utilizados por la Comisión en las actuaciones y, en segundo término, que esta falta le ha causado indefensión.

40. Dicho en otras palabras: una vez que la Comisión cumplió con la obligación que le incumbía, las empresas y las asociaciones inculpadas tenían que desvirtuar las pruebas de cargo con todos los medios a su alcance. El Tribunal de Primera Instancia, aplicando el criterio de enjuiciamiento establecido en los apartados 241 y 247 de la sentencia, estimó que el defecto formal, la falta de acceso en la vía administrativa a esos documentos, fue irrelevante desde el punto de vista del derecho de defensa.

41. Se ha producido, pues, una aplicación estricta del principio de la carga de la prueba, por lo que resulta inadmisible el planteamiento abstracto y formalista de Italcementi: cualquier falla procedimental, por mínima que sea, conduciría a la anulación de la Decisión, sin que quepa interrogarse por la influencia que el defecto hubiera tenido en la corrección sustancial del pronunciamiento adoptado. Este planteamiento provocaría, sin garantía adicional alguna para los derechos de los administrados, la parálisis administrativa, en detrimento del principio de eficacia.

b) El supuesto carácter erróneo, arbitrario y no fundado del análisis realizado por el Tribunal de Primera Instancia (segunda línea argumental del primer motivo)

i) La posición de las partes

42. Para Italcementi, el planteamiento del Tribunal de Primera Instancia es arbitrario e infundado, por tres razones: en primer lugar, porque carece de toda justificación limitar el análisis de la utilidad eventual de los documentos velados en la vía administrativa a los que presentaban un vínculo objetivo con los cargos imputados; en segundo término, porque las llamadas «pruebas documentales directas» son realmente débiles y el juez de la instancia ha abusado de las presunciones; y, en fin, porque, al realizar el examen concreto de los documentos invocados, el propio órgano judicial se ha separado del criterio enunciado en el apartado 247 de la sentencia.

43. La Comisión se ha limitado a afirmar que esta parte del motivo es, por un lado, inadmisible, en cuanto afecta a la valoración de la prueba que compete al juez de primera instancia, y, por otro, infundada, ya que Italcementi atribuye a la sentencia afirmaciones que no contiene.

44. La coherencia argumental exige que, en primer lugar, se dé respuesta a la segunda de las razones esgrimidas por la sociedad demandante.

ii) Las llamadas «pruebas (de cargo) directas» y su valoración

45. Esta queja tiene una dimensión manifiestamente inadmisible, que Italcementi dice no abordar, pero que, en realidad, es presupuesto de su argumentación y está presente en varios pasajes del escrito del recurso, en especial cuando habla de la «debilidad» de las pruebas utilizadas en su contra. Sean débiles, directas, de referencia o de presunciones, el Tribunal de Justicia no puede revisar en casación la apreciación que de las pruebas ha realizado el juez de la instancia ni emitir juicios de valor sobre las consecuencias fácticas inferidas.

46. El tribunal de casación sólo ha de adentrarse en este terreno si en la obtención de las pruebas se ha infringido una disposición o un principio general del derecho comunitario o si, al apreciarlas, se ha hecho lo propio con las normas sobre la carga y la valoración de las pruebas, por ser esta última ilógica o arbitraria y, por consiguiente, desnaturalizadora de sus elementos. El Tribunal de Justicia únicamente puede reparar la infracción de derecho en que hubiera incurrido el tribunal de la instancia, nunca fijar los hechos, sin perjuicio del control sobre su calificación jurídica. [35] Nada de lo anterior ha ocurrido en este caso.

47. El modo de proceder del Tribunal de Primera Instancia ha sido, en lo que a Italcementi se refiere, el siguiente: a partir de unos hechos acreditados (la celebración de las distintas reuniones; la presencia de la recurrente en alguna; la adopción y ratificación en su curso de acuerdos contrarios a la competencia; la falta por su parte de una manifestación expresa de disentimiento o de distanciamiento; la intervención en los cambios de información sobre los precios; su participación en la constitución de la European Task Force y de Interciment; la actuación en las acciones Calcestruzzi; y el pacto con Cementir y Unicem), declara probado que formó parte de la entente. Este proceso lógico no sólo no adolece de ninguno de los vicios que justificarían un control por parte del Tribunal de Justicia en casación, sino que, además, es razonable, acorde con las reglas del criterio humano y aparece explicada adecuadamente en la sentencia. [36]

35 — 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.

36 — Véanse los apartados 1350, 1351, 1353, para el acuerdo Cembureau; 1497 a 1500, para los intercambios de información sobre los precios; 2745 a 2753, para la constitución de la European Task Force, y para la de Interciment, los números 2997 y siguientes; finalmente, los apartados 3264 a 3270, para las acciones Calcestruzzi, 3345 y siguientes, para el pacto sobre los contratos con dicho productor italiano de hormigón.

48. Si una compañía participa, junto con sus competidores en el mercado, en una o varias reuniones de las que surge un acuerdo contrario a la competencia, la técnica de las presunciones permite deducir, a falta de una manifestación expresa en contrario, que forma parte del pacto, máxime si, después, interviene en medidas de ejecución del convenio anticompetitivo.

49. La prueba de presunciones se basa en la lógica de la razón, así como en el común entendimiento y en la experiencia. A tal efecto, se ha de partir de unos sucesos probados que permitan, a través de un proceso mental acorde con las reglas del criterio humano, estimar acreditados determinados hechos.

50. El Tribunal de Justicia ha admitido que, a través de esta clase de pruebas, cabe declarar demostrada la participación de una empresa en un acuerdo anticoncurrencial, sin perjuicio de que esa presunción, como todas las que lo son *iuris tantum*, pueda ser destruida por otras pruebas.[37] Yo añadiría que, cuando se actúa en un sector como el de la defensa de la competencia en el mercado interior, en el que ha de hacerse frente a intrincadas conductas, manifestadas en comportamientos ágiles de estructuras organizativas complejas, la prueba de presunciones es un instrumento casi imprescindible para fijar la realidad.

iii) El carácter razonable del criterio utilizado por el Tribunal de Primera Instancia para valorar las pruebas de descargo

51. El dato decisivo en el discurso de Italcementi, presupuesto de su pretensión, es la afirmación, que atribuye al Tribunal de Primera Instancia, de que ha sido sancionada con fundamento «únicamente en pruebas documentales directas». Este aserto[38] no puede aislarse de su contexto. En la resolución impugnada se contiene esa aseveración, pero va acompañada de una negación, conforme a la cual la Decisión no se basó «en un paralelismo de conductas comprobado en el mercado»,[39] que se inserta en el texto para desvirtuar los documentos susceptibles de proporcionar una explicación económica alternativa al comportamiento de las empresas sancionadas.[40]

37 — En la sentencia de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Partecipazioni (C-49/92, Rec. p. I-4125), apartado 96, afirmó que el Tribunal de Primera Instancia podía conforme a derecho estimar que, acreditada la participación de Anic en las reuniones en las que se habían adoptado, organizado y controlado iniciativas sobre precios, correspondía a esta última probar que nunca se había adherido a dichas iniciativas, sin que tal proceder supusiese una inversión de la carga de la prueba. En el mismo sentido se ha manifestado en las sentencias de 8 de julio de 1999, Hüls/Comisión (C-199/92 P, Rec. p. I-4287), apartado 155, y Montecatini/Comisión (C-235/92 P, Rec. p. I-4539), apartado 181.

38 — Véanse, por ejemplo, los apartados 260 y 263 de la sentencia.

39 — Apartado 264.

40 — Véase los apartados 264 y 1116, en general. Para el caso particular de Italcementi, pueden consultarse los apartados 1257, 1260, 1262 y 1264.

52. En este contexto, alcanza todo su sentido el criterio del Tribunal de Primera Instancia de limitar el abanico de pruebas capaces de destruir las apreciaciones de hecho fijadas por la Comisión a las que contuvieran «documentos directamente relacionados con infracciones» imputadas en la Decisión. [41] Es decir, resulta correcta la regla conforme a la que se habría vulnerado el derecho de defensa si, durante la tramitación del expediente administrativo, se hubiera vedado el acceso a elementos probatorios capaces de contradecir las pruebas utilizadas por la Comisión [42] y no solamente de proporcionar explicaciones complementarias o alternativas, muy respetables, pero que no desdicen los documentos invocados en la Decisión.

53. Con un ejemplo basta para entenderlo. La Comisión dedujo de ciertos documentos [43] que, en las reuniones entre los productores europeos de cemento celebradas los días 14 de enero de 1983, 19 de marzo y 7 de noviembre de 1984 (Italcementi sólo participó en la segunda), se adoptaron acuerdos anticompetitivos. Parece razonable establecer el listón de la indefensión por referencia a aquellas pruebas que hubieran podido desdecir el contenido de tales elementos, que es la exigencia establecida por el Tribunal de Primera Instancia, al hablar de «relación objetiva» con alguna de las imputaciones formuladas en la Decisión. [44]

54. La propia empresa recurrente parece estar de acuerdo con este planteamiento. En el escrito de recurso afirma que es correcta la decisión de rechazar los «documentos por completo extraños» [45] al asunto y, a la vista de como se ha desarrollado el procedimiento administrativo, tales instrumentos son los que nada tengan que decir en relación con las pruebas directas. La Comisión, basándose en los documentos que obraban en el expediente, estimó que en la reunión de jefes de delegación de 14 de enero de 1983, a la que no asistió Italcementi, Cembureau y sus miembros llegaron a un acuerdo de respeto de los mercados nacionales y de regulación de ventas internacionales, cuyo contenido fue confirmado, entre otras, en la reunión de 19 de marzo de 1984, en la que sí estuvo presente. Únicamente habría causado indefensión a la recurrente la imposibilidad de utilizar en su descargo elementos de prueba que negaran que en dichas reuniones se hubiera adoptado y ratificado la entente en cuestión; o que, acreditada su ausencia en las sesiones, dejaran patente que, aun habiendo asistido, se desmarcó de lo pactado.

41 — Apartado 262 de la sentencia impugnada.

42 — Véase el apartado 263 de la sentencia.

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

44 — Véase el apartado 247 de la sentencia recurrida.

45 — Punto 70.

55. Una vez probada la adopción y la ratificación del acuerdo en tales concilios, los elementos de prueba susceptibles de aportar una explicación económica alternativa al comportamiento de Italcementi resultaban irrelevantes, por lo que su falta de consulta durante la tramitación del expediente no le pudo causar indefensión. Si se leen con detenimiento los apartados 1256 a 1267 de la sentencia, se observa que los documentos que se impidió consultar a la compañía recurrente eran instrumentos que, como no pretendían refutar las pruebas directas utilizadas en la Decisión, cabría calificar de «extraños» y de intrascendentes para su defensa.

iv) El respeto por el Tribunal de Primera Instancia de su propio criterio de enjuiciamiento. Las pruebas de cargo que quedaron inaccesibles

56. Italcementi denuncia que existe, en la sentencia impugnada, una desviación entre el planteamiento teórico del criterio de enjuiciamiento adoptado en el apartado 247 y su aplicación práctica. Para demostrarlo, cita y analiza los casos de los recursos T-38/95 (Cedest, S.A.), T-52/95 (Compañía Valenciana de Cementos Portland, S.A.) y T-56/95 (Castle Cement Ltd), en los que, no obstante haberse infringido el derecho de defensa porque las empresas recurrentes no tuvieron acceso a documentos de descargo, no se anuló la Decisión, limitándose a reformarla.

57. Esta alegación es improcedente. Italcementi invoca la vulneración de los derechos de defensa ajenos, para lo que carece de legitimación, con el objetivo de que se reconozcan los suyos. Aun cuando sean ciertos los hechos en que se sustenta el razonamiento, ninguna incidencia puede tener su veracidad en la suerte de la pretensión que actúa en casación.

58. Añade que su situación es la misma, pues en la sentencia se identifican unos documentos que quedaron velados, por lo que no los utilizó en su defensa durante el desarrollo del expediente sancionador. En su opinión, una vez constatado este hecho, el Tribunal de Primera Instancia debió declarar que se había producido un vicio de forma y anular la Decisión, sin necesidad de analizar aquellos documentos ni de indagar si, en cualquier caso, las infracciones por las que había sido sancionada aparecían suficientemente demostradas.

59. Por esta vía circular, la sociedad recurrente reproduce un debate al que ya he respondido: el relativo a si el defecto de forma debe conducir de manera automática, cualquiera que sea su importancia, a la anulación de la resolución que pone fin al procedimiento. Me remito, pues, a las consideraciones que he expuesto a lo largo del anterior apartado IV, 1, A, 1), a) y, en particular, a los puntos en los que sostengo que el Tribunal de Primera Instancia no ha suplantado a la Comisión, sino que ha ejercido su potestad jurisdiccional con

pulcritud al examinar si el defecto de forma en que, indiscutiblemente, incurrió dicha Institución ha causado a Italcementi la indefensión que denuncia. Haciendo uso de su poder jurisdiccional, analizando los elementos de hecho y los argumentos jurídicos proporcionados por la demandante, le ha dado una solución adecuada y fundada en derecho.

60. El razonamiento de Italcementi adolece, además, de confusionismo. Todos sus alegatos sobre el derecho de defensa están vinculados a la imposibilidad de consultar y de servirse, en la vía administrativa, de documentos que podría haber utilizado como prueba de descargo; sin embargo, a los que ahora hace referencia son elementos de cargo usados por la Comisión, que no tuvo oportunidad de examinar ni de contradecir antes de que fuese pronunciada la Decisión.[46] Como parece obvio, el canon de enjuiciamiento debe ser distinto en uno y otro caso. Para demostrar la incoherencia del criterio establecido en el apartado 247 de la resolución impugnada sobre la falta de acceso a las pruebas de descargo, no cabe acudir a los argumentos expuestos en la propia sentencia para dar respuesta a la imposibilidad de consultar las de cargo.

46 — Véanse los apartados 366, 376, 1111, 1112 y 2807 de la sentencia.

61. La regla utilizada por el juez de la instancia es también coherente: los elementos de cargo que las empresas encausadas no pudieron rebatir en la vía administrativa no deben ser utilizados en su contra; una vez rechazados, si no existe prueba que acredite la comisión de la infracción, la Decisión ha de ser anulada, pero si la contravención está suficientemente justificada, el defecto formal es intrascendente. Para explicar la justeza de este planteamiento, me remito a lo ya expuesto sobre el carácter instrumental del derecho de acceso al expediente administrativo y sobre la dimensión material que tiene el concepto jurídico de indefensión.

62. Por todo lo expuesto, procede desestimar este motivo —el primero— por inadmisible e infundado.

2. Sobre el derecho de defensa y la renuncia de la Comisión a los «cargos nacionales» (segundo motivo)

63. Italcementi divide este motivo en dos, denunciando, por un lado, que la circunstancia de no haber tenido oportunidad de argumentar frente al abandono de los

cargos nacionales, antes de que fuera dictada la resolución sancionadora, le ha causado indefensión;[47] por otro lado, que existe contradicción entre esta determinación de abandono y la Decisión, habida cuenta de que castiga las conductas que se contemplaban en los cargos nacionales.[48]

a) La imposibilidad de argumentar en la vía administrativa frente al abandono de los cargos nacionales

64. Esta queja de Italcementi presenta una dimensión que es inadmisible. Si se lee el escrito del recurso, se aprecia que una buena parte de los argumentos desarrollados por la recurrente se limitan a reproducir las razones expuestas en la instancia, sin crítica alguna a la respuesta facilitada en los apartados 438 y siguientes de la sentencia impugnada.

65. También es infundada. El Tribunal de Primera Instancia declara que nunca causa indefensión una decisión que, como la de abandonar una acusación, es el objetivo de los destinatarios del pliego de cargos y, por definición, redunda en su beneficio.[49]

66. Como excepción, es obligatorio dar a los afectados la oportunidad de pronunciarse acerca del abandono de la acusación, si, a pesar de las apariencias, no hay renuncia, sino una modificación *in peius* de los cargos.

67. Argumenta Italcementi que, de haber dispuesto de la ocasión de formular alegaciones una vez que se le comunicó la renuncia a los cargos nacionales, hubiera podido convencer a la Comisión para no condenar el acuerdo sobre Calcestruzzi como ejecución de la entente Cembureau [artículo 4, apartado 3, letra b)].

68. La clave no se encuentra, sin embargo, en esta circunstancia, la de la posibilidad de seducir a la Comisión, sino en el momento en el que dicha persuasión habría tenido lugar. El abandono de las acusaciones referidas a los mercados nacionales no añadió ni quitó nada sobre el particular.[50] La imputación relativa al acuerdo entre la recurrente, Unicem y Cementir para que Calcestruzzi dejara de importar cemento griego se encontraba, desde un principio, en

47 — Dedica a esta cuestión los puntos 113 a 120 del escrito de interposición del recurso.

48 — Puntos 121 a 129 del escrito del recurso.

49 — Véase el apartado 439 de la sentencia, en el que el Tribunal de Primera Instancia invoca la sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de junio de 1983, Musique Diffusion Française/Comisión (asuntos acumulados 100/80 a 103/80, Rec. p. 1825), en cuyo apartado 14 se reconoce la facultad de la Comisión de renunciar a los cargos que imputa a las empresas encausadas.

50 — Véase el apartado 443 de la sentencia.

la parte internacional del pliego de cargos [51] y aparecía reflejada en la correspondiente al mercado italiano, en la que se hacía referencia a los contratos de aprovisionamiento suscritos con dicho fabricante de hormigón, de manera que la empresa actora siempre pudo alegar y razonar sobre la mutua interdependencia de los dos cargos y la necesidad de que siguieran la misma suerte.

69. Cuando la Comisión hizo dejación de los apartados nacionales del pliego de cargos, Italcementi ya había tenido oportunidad de destacar la supuesta identidad de conductas imputadas en ambas partes del escrito de acusación. En este contexto adquiere todo su sentido la afirmación del Tribunal de Primera Instancia de que «los comentarios que la demandante hubiera podido efectuar acerca del abandono de los cargos nacionales no habrían llevado a la Comisión a abandonar el cargo internacional relativo al acuerdo entre los productores italianos de cemento». [52]

b) La sedicente contradicción entre la dejación de los cargos nacionales y la Decisión

70. El análisis de esta queja exige que me detenga en las llamadas medidas de defensa del mercado italiano.

71. La Decisión describe dos infracciones relacionadas con esas medidas e integradas en el marco de la European Task Force o Cembureau Task Force.

72. La primera, más general, sancionada en el artículo 4, apartado 3, letra a), comprende las prácticas concertadas destinadas a impedir que Calcestruzzi, a la sazón el mayor fabricante italiano de hormigón listo para su uso, fuera cliente de los productores griegos de cemento, en particular, de Titan. Esta infracción ha sido imputada a Italcementi, a Unicem y a Cementir, así como a los demás componentes de la mencionada entente. [53]

73. La segunda, más específica, residía en el acuerdo adoptado por los tres fabricantes italianos para que Calcestruzzi dejase de importar cemento procedente de Grecia. Su objeto era hacer frente a una amenaza de importación de 1,5 toneladas de cemento heleno por Calcestruzzi. Esta infracción, sancionada en el artículo 4, apartado 3, letra b), de la Decisión, fue únicamente imputada a los tres mencionados productores. [54]

51 — Véanse las consideraciones que sobre el particular realizo más adelante.

52 — Apartado 447 de la sentencia.

53 — Sobre la existencia de esta infracción véanse los apartados 3138 y siguientes de la sentencia.

54 — Los razonamientos del Tribunal de Primera Instancia sobre la existencia de esta infracción aparecen en los apartados 3345 y siguientes de la sentencia.

74. En la parte internacional del pliego de acusación se hacía referencia a dos infracciones relacionadas con las medidas de protección del mercado italiano, adoptadas en el marco de la European Task Force o de la Cembureau Task Force. En el apartado 61, letra h), punto iv),[55] se decía que «las presiones ejercidas sobre Calcestruzzi y el incumplimiento por parte de Calcestruzzi del contrato de compra de cemento de Titan forman parte de las medidas disuasorias de la Task Force, *siendo el resultado de prácticas concertadas entre los productores italianos Italcementi, Unicem y Cementir y entre éstos y los demás componentes "de la Cembureau Task Force"*»,[56] cuyo objetivo era arrebatar a los productores griegos un cliente útil para facilitar su penetración en el mercado italiano.

75. El cargo nacional correspondiente a Italia versaba sobre los contratos y los convenios de aprovisionamiento, firmados los días 3 y 15 de abril de 1987 por Unicem, Italcementi, Cementir y Calcestruzzi. En el marco de estos acuerdos crearon una filial común denominada *Società Italiana per le Promozioni ed Applicazioni del Calcestruzzo Spa* (SIPAC),[57] comprometiéndose los tres productores a satisfacer todas las necesidades de cemento del grupo Calcestruzzi y a practicar las reducciones de precios que mencionaban. Por su parte, esta última compañía se obligaba tanto a destinar la mitad de esos descuentos a la filial común, que debía invertir las sumas en sociedades de hormigón listo para su uso o en actividades relacionadas, así como a adquirir, por lo menos, un 80 % de sus necesidades de cemento a Italcementi, Unicem y Cementir o a las empresas que designasen. Si las compras de Calcestruzzi fuesen inferiores al 95 % de sus necesidades, los fabricantes se reservaban el derecho de cancelación.[58]

76. Pues bien, la Comisión estimó que estos contratos, que decidió no enjuiciar, fueron firmados en el marco del acuerdo convenido entre los tres fabricantes italianos de cemento, descrito en el artículo 4, apartado 3, letra b), de la Decisión.

77. Para Italcementi existe contradicción entre la determinación de abandonar los cargos nacionales y la de mantener los relativos a la conducta descrita en el artículo 4, apartado 3, letra b), de la Decisión, porque no es cierto, como dice el Tribunal de Primera Instancia, que en la parte internacional del pliego de cargos se hiciera referencia al acuerdo entre las tres cementeras italianas.

78. Basta leer las frases que he subrayado líneas más arriba para comprobar que el planteamiento de Italcementi es equivo-

55 — Que, como reconoce Italcementi, es reproducido literalmente en el punto 55, letra a), apartado (1), de la Decisión.

56 — El subrayado es mío.

57 — Véanse los apartados 444 y 445 de la sentencia recurrida.

58 — Véanse el punto 27, apartado (6), de la Decisión y el apartado 3345 de la sentencia.

cado. En la parte internacional del pliego de cargos se citaba el acuerdo entre las tres cementeras, así como la entente alcanzada con los demás productores incorporados a la Cembureau Task Force. Cierto es que esta alusión se realiza en el marco de la conducta después descrita en el artículo 4, apartado 3, letra a), de la Decisión, pero no lo es menos que en las consideraciones sobre el proceder previsto en la letra b) se hace referencia a un acuerdo entre Italcementi, Unicem y Cementir, que no puede ser otro que el indicado en el apartado 61, letra h), punto iv), del pliego de cargos.

79. De todas maneras, en la segunda parte de este motivo de casación hay una cierta contradicción con la postura adoptada para justificar la queja esgrimida en la primera. Allí pone el acento en los estrechos vínculos existentes entre ambas partes del pliego de cargos; ahora quiere dejar constancia de que esos lazos no son tan íntimos y de que en la parte internacional no se hacía referencia a acuerdo alguno entre los tres productores italianos. Si sobre la decisión de abandonar los cargos nacionales, cuyo objeto eran los contratos suscritos con Calcestruzzi, debió, en su opinión, darse oportunidad de alegación a las partes para convencer a la Comisión de que esa dejación obligaba a desistir de la imputación después descrita en el artículo 4, apartado 3, letra b), no alcanzo a comprender por qué insiste ahora en que en la parte internacional no se hacía referencia a un acuerdo entre las tres cementeras del que aquellos contratos serían consecuencia.

80. Las anteriores explicaciones conducen directamente a la desestimación del segundo motivo del recurso de casación interpuesto por Italcementi.

B. Motivos de fondo. El acuerdo «referente a los contratos y convenios firmados» con Calcestruzzi (tercer motivo). El principio ne bis in idem

81. Para obtener la revocación de la sentencia recurrida y la consiguiente anulación del pronunciamiento sancionatorio de la Comisión, Italcementi invoca un único motivo de fondo, en el que discute la apreciación del Tribunal de Primera Instancia sobre el acuerdo relativo a los contratos que firmó en 1987 con Calcestruzzi y, más en particular, su consideración como acto de ejecución del pacto Cembureau.

82. Italcementi explica que, para el Tribunal de Primera Instancia, el propósito de la imputación contenida en el artículo 4, apartado, 3, letra b), de la Decisión era el pacto suscrito por los tres fabricantes italianos para evitar que Calcestruzzi importase cemento griego, finalidad que, a través de las actividades desarrolladas por la European Task Force, la vincula con el acuerdo Cembureau.

83. En su opinión, la sanción por la conducta que se describe en el mencionado artículo de la Decisión contradice esas premisas por las siguientes tres razones:

1ª) la firma y la ejecución de los contratos con Calcestruzzi eran ajenas al principio «cada uno en su casa», que fue satisfecho con la ruptura de las relaciones de esta empresa con la griega Titan; es más, dichos contratos marcan el fin del acto ilícito referido en el artículo 4, apartado 3, letra b), de la Decisión;

2ª) en realidad, contrariamente a lo que se dice en la Decisión y en la sentencia, la Comisión y el Tribunal de Primera Instancia no han censurado la entente entre las tres cementeras italianas, sino los contratos con Calcestruzzi, pronunciamiento que es incompatible con la dejación de los cargos nacionales e inconciliable con cualquier resolución de la Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato; y

3ª) la consideración de los contratos con Calcestruzzi como aplicación del acuerdo Cembureau provoca un resultado aberrante: entre 1989 y 1992 las únicas participantes en dicho acuerdo son las tres empresas italianas; ¿cabe hablar, entonces, de pacto «ultranacional»?

84. Como puede apreciarse, la contradicción denunciada, que en el anterior motivo era formal, alcanza ahora una dimensión material.

85. La respuesta a esta queja tiene que ser proporcionada desde los hechos del litigio, tal y como aparecen expresados en los apartados 3345 y siguientes de la sentencia recurrida.

86. Estos hechos sólo admiten dos interpretaciones en derecho, según se estime que el acuerdo sancionado en el artículo 4, apartado 3, letra b), de la Decisión y los contratos firmados en abril de 1987 por Italcementi, Unicem, Cementir y Calcestruzzi son comportamientos diferentes o que constituyen la misma práctica. Sería rechazable la utilización indistinta de las dos apreciaciones en función del contexto o del argumento al que haya de darse respuesta.

87. Si se sigue la segunda posibilidad, aparece el principio *ne bis in idem,* en la medida en que la misma conducta habría sido sancionada dos veces; una por la Comisión y la otra por la *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.* [59]

59 — Decisión de 6 de marzo de 1996. Procedimiento I.123, *Bollettino* 10/1996, p. 7.

88. Dicho principio [60] impide que, para proteger los mismos bienes jurídicos, una persona sea sancionada repetidamente por idéntica conducta ilícita, en cuanto esta duplicación de sanciones entraña una inadmisible reiteración en el ejercicio del *ius puniendi.* [61]

89. Son tres las identidades que, en consecuencia, deben concurrir para que el mencionado principio sea operativo. Coincidencia en los hechos, una misma persona infractora y un único bien jurídico protegido. [62]

90. La concurrencia de la identidad subjetiva es indiscutible.

91. La unidad de bien jurídico protegido también está fuera de duda. En el ordenamiento para la garantía de la libre competencia no puede hablarse, en el seno de la Unión Europea, de ámbitos distintos, el comunitario y los nacionales, como si de compartimentos estancos se tratase. Ambos sectores se orientan a la tutela de una competencia libre y abierta en el mercado común, uno contemplándolo en su integridad, el otro, desde sus distintos componentes, pero la esencia es la misma. Los derechos nacionales deben ser, en este punto, adecuada trasposición de las disposiciones contenidas en los artículos 81 CE y 82 CE y, en su desarrollo, por el derecho derivado.

92. Si se leen los artículos 2 [63] y 3 de la Ley italiana 287/1990, de 10 de octubre, para la protección de la competencia y del mercado, [64] se observa que son transcripción casi literal de los artículos 81 CE y 82 CE, con la única diferencia de que donde aquí se habla de «mercado común», allí se lee «mercado nacional», pero esta disparidad, como expresaré más adelante, es adjetiva, no tiene carácter sustancial.

93. Las autoridades comunitarias y las nacionales están implicadas en similar

60 — Sobre el principio *ne bis in idem,* pueden consultarse las conclusiones que he presentado el 19 de septiembre de 2001 en los asuntos C-187/01, Gözütok, y C-385/01, Brügge, en los que aún no ha sido pronunciada sentencia.

61 — La eventualidad de que sobre un mismo hecho confluyan las autoridades nacionales de la competencia y la Comisión fue ya contemplada por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 13 de febrero de 1969, Wilhelm (14/68, Rec. p. 1), en la que afirmó que la aplicación paralela del sistema nacional no puede menoscabar la aplicación uniforme, en todo el mercado común, de las normas comunitarias en materia de prácticas colusorias y del pleno efecto de los actos adoptados para la ejecución de dichas normas (punto 1 de la parte dispositiva). Hoy en día la existencia de competencias compartidas es un hecho asumido (véase la Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE, DO 1993, C 39, p. 6); también lo es que, cuando se produce una duplicidad de intervenciones sobre una misma práctica o acuerdo anticompetitivo, debe prevalecer el pronunciamiento comunitario [véanse las sentencias de 28 de febrero de 1991, Delimitis (C-234/89, Rec. p. I-935), y de 14 de diciembre de 2000, Masterfoods y HB (C-344/98, Rec. p. I-11369)].

62 — En la sentencia de 18 de noviembre de 1987, Maizena (137/85, Rec. p. 4587), el Tribunal de Justicia negó la existencia de vulneración del principio *ne bis in idem,* porque las dos cauciones exigidas a una misma persona en función de unos mismos hechos no tenían la misma finalidad (apartados 22 y 23).

63 — En la Decisión de la *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato,* ya citada, Italcementi ha sido sancionada como autora de infracciones de este precepto.

64 — *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana,* nº 240, de 13 de octubre de 1990.

función y, cuando reprimen conductas restrictivas de la competencia, intentan proteger un único bien jurídico, repartiéndose la tarea según los criterios diseñados por el Tribunal de Justicia en las sentencias que he reseñado en la nota 61 de estas conclusiones.

94. La sentencia Wilhelm, ya citada, declaró que, «en tanto que el artículo 85 del Tratado CE considera las prácticas colusorias en razón de los obstáculos que puedan ocasionar en el comercio entre los Estados miembros, las legislaciones internas valoran dichas prácticas sólo en el marco de las consideraciones particulares en que se inspira cada ordenamiento». [65] Cuando así se expresaba, estaba refiriéndose a esa doble perspectiva, una global y otra territorialmente limitada, a la que he aludido líneas más arriba. En este último supuesto, cuando la actividad colusoria no excede las fronteras de un Estado miembro, no por esa causa deja de afectar al «juego de la competencia dentro del mercado común». [66] El criterio de la extensión territorial de la conducta restrictiva no es sustancial, sino adjetivo, en cuanto que no afecta a la naturaleza de la infracción, sólo a su intensidad.

95. Si concurren las citadas tres identidades, cuando una conducta contraria al artículo 81 CE ha sido perseguida y sancionada por la Comisión, no puede después ser reprimida por la autoridad nacional competente en materia de defensa de la competencia, y viceversa. [67]

96. La solución de que la segunda autoridad interviniente disminuya la sanción en función del importe de la multa infligida por quien primero reprimió, que fue adoptada por el Tribunal de Justicia en la sentencia Wilhelm, no satisface las exigencias del principio *ne bis in idem*. Este principio no es una regla de procedimiento que funcione como un lenitivo al servicio de la proporcionalidad, cuando una persona es doblemente juzgada y sancionada por una misma conducta, sino una garantía fundamental de los ciudadanos. [68]

97. En realidad, la mencionada sentencia del Tribunal de Justicia no ha aplicado el citado principio, [69] porque se trataba de «dos procedimientos paralelos con fines distintos», [70] es decir, en los que se prote-

65 — Apartado 3.

66 — Artículo 85 del Tratado CE (actualmente artículo 81 CE).

67 — Sobre la sanción de un mismo hecho desde dos ordenamientos jurídicos distintos, véanse las consideraciones que he realizado en los puntos 52 y siguientes de las conclusiones que he presentado en los asuntos Gözütok y Brügge, ya citadas.

68 — Véanse el artículo 4 del Protocolo nº 7 al Convenio de Roma y el 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

69 — Véase Pralus, M.: «Étude en droit pénal international et en droit communautaire d'un aspect du principe *non bis in idem: non bis*», en *Revue de sciencie criminelle*, julio-septiembre de 1996, pp. 553 a 574, en especial, p. 558.

70 — Apartado 11.

gían bienes o valores jurídicos diferentes. [71] No se daba la identidad de objetivo protegido que reclama la regla *ne bis in idem*. De este pronunciamiento se obtiene que, para la jurisprudencia comunitaria, incluso cuando no es operativo el mencionado principio y la doble punición es legítima, «una exigencia general de equidad [...] requeriría que se tuviera en cuenta cualquier decisión sancionadora anterior al determinar la sanción que en su caso se impusiera». [72]

98. Sin embargo, falta la tercera de las identidades requeridas, la que se refiere a los hechos. [73]

99. El apartado 3386 de la sentencia impugnada precisa que la Decisión de la *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* hacía referencia a los contratos de abastecimiento y a los convenios de cooperación suscritos por los tres productores nacionales (Unicem, Cementir e Italcementi) con Calcestruzzi, en tanto que la intervención de las autoridades comunitarias tuvo por objeto el acuerdo alcanzado entre los citados fabricantes de cemento para que Calcestruzzi dejara de importar cemento procedente de Grecia.

100. Italcementi pone en tela de juicio la anterior afirmación del Tribunal de Primera Instancia, pero no la discute por el cauce adecuado al plantearla en un recurso de casación, donde no cabe revisar la apreciación fáctica efectuada en la instancia.

101. Hubo, por tanto, un acuerdo entre los tres productores italianos de cemento, cuya meta era evitar que Calcestruzzi continuase importando cemento griego, en particular, mediante la ejecución del contrato que había suscrito en 1986 con Titan. Este pacto, que se enmarcaba en el propósito común de la European Task Force de eliminar las importaciones de cemento en Europa occidental, necesitaba un complemento que, además, era su último objetivo. Si se trataba de que Calcestruzzi dejase de importar cemento procedente de Grecia y de que lo adquiriese a los fabricantes italianos, respetando la regla «cada uno en su casa», inherente al principio Cembureau, resultaba imprescindible regular el aprovisionamiento de cemento a dicho productor italiano de hormigón, tal era el fin de los contratos y los convenios firmados los días 3 y 15 de abril de 1987.

102. Como puede apreciarse, no es cierto que esos contratos fueran ajenos al mencionado principio y nada de aberrante hay en la circunstancia de que, a partir de 1989 y hasta el 3 de abril de 1992, únicamente las tres empresas italianas fabricantes de cemento continuaran aplicando el acuerdo Cembureau.

71 — Discrepo de este planteamiento, pues, como he señalado líneas más arriba, las autoridades nacionales y la Comisión tutelan idénticos valores cuando sancionan una misma conducta aplicando el derecho de la competencia, sea nacional o comunitario.

72 — Apartado 11.

73 — En la sentencia de 14 de diciembre de 1972, Boehringer Mannheim/Comisión (7/72, Rec. p. 1281), el Tribunal de Justicia negó la existencia de vulneración del principio *ne bis in idem*, porque, «si bien los hechos en que se basan las dos condenas tienen su origen en el mismo conjunto de acuerdos, se distinguen fundamentalmente tanto por su objeto como por su localización territorial» (apartado 4).

103. En efecto, la duración de la infracción sancionada en el artículo 4, apartado 3, letra b), de la Decisión fue fijada por referencia al plazo de vigencia de los contratos y de los convenios firmados con Calcestruzzi. Una vez acreditado que Unicem, Italcementi y Cementir habían acordado evitar la importación de cemento griego por Calcestruzzi, en cuyo marco firmaron con esta compañía los contratos de aprovisionamiento, no es contradictorio ni ajeno a la lógica que la duración de esa entente se fije por referencia a la vigencia de esos convenios, que son su expresión exterior. Éste es el sentido que tienen los apartados 3396, 4340 y concordantes de la sentencia recurrida.

104. Y en una afirmación como la anterior no hay contradicción alguna con el razonamiento del apartado 4278 de la sentencia recurrida. El acuerdo Cembureau, de respeto de los mercados nacionales, fue un pacto global contrario a la competencia, aplicado por la mayoría de los productores comunitarios de cemento. Todas las empresas sancionadas intervinieron en su adopción y en su realización o en alguna de ambas conductas, y lo hicieron con medidas más o menos duraderas. La circunstancia de que los tres productores italianos lo mantuvieran hasta el 3 de abril de 1992, cuando los demás fabricantes habían dejado de aplicarlo, sólo indica que lo prolongaron más que las otras empresas.

2. *Motivos dirigidos a la anulación o a la reducción de la multa*

105. Italcementi destina la segunda parte de su recurso, integrado por seis motivos, a criticar la sentencia que impugna por no haber anulado ni reducido la multa que le impuso la Comisión. Tres de estos motivos (el cuarto, el quinto y el sexto), que esgrimía para obtener la anulación total de la sanción, han sido rechazados en el auto de 5 de junio pasado, por ser manifiestamente infundados. Quedan por examinar los otros tres que, empleados con carácter subsidiario, tienen como objetivo la disminución del castigo.

A. La intangibilidad de la multa pese a la anulación parcial de la Decisión (séptimo motivo)

106. Italcementi se queja de que la anulación de los artículos 2 y 5 de la Decisión no haya tenido reflejo en el importe de la multa que se le impuso. Sostiene que esta circunstancia infringe el artículo 15 del Reglamento nº 17 y vulnera los principios de proporcionalidad y de no discriminación.

107. Teniendo en cuenta la estructura de la Decisión y el fundamento del pronunciamiento sancionador, [74] debo dejar constancia de que la queja de Italcementi arranca de una premisa en parte errónea. Cuando se lamenta de que la anulación de los apartados 1 y 2 del artículo 2 de la Decisión no ha tenido ningún reflejo en la sanción, sencillamente se equivoca.

108. El Tribunal de Primera Instancia anuló ambos preceptos porque atribuían a la empresa actora el haber colaborado, antes del 19 de marzo de 1984, en las infracciones que describían. Este pronunciamiento condujo a la anulación del artículo 1 en cuanto a su intervención en el acuerdo Cembureau desde el 14 de enero de 1983 [75] y, dado que la sanción fue impuesta en función de la duración de la participación de cada empresa en la entente, a la reducción proporcional de su importe. Así pues, no es cierto que la anulación del artículo 2, en lo que concierne a Italcementi, no haya tenido reflejo en la cuantía de la multa infligida.

109. La queja es cierta en lo que al artículo 5 atañe, pero su planteamiento pone de manifiesto que la sociedad recurrente no ha entendido la estructura ni el fundamento de la sanción que se le impuso. En lo que al mercado del cemento gris se refiere, en el que Italcementi plantea la reclamación, la Comisión castigó una única conducta, la de participar en el acuerdo Cembureau, descrito en el artículo 1 de la Decisión. Los comportamientos que aparecen en los artículos 2 a 6 son medidas de aplicación de dicha entente que no se reprimen separadamente.

110. Cada entidad ha sido castigada con una multa en función de la intensidad de su participación en el pacto. A tal efecto, la Comisión singularizó dos grupos de empresas y asociaciones: por un lado, las que participaron en el acuerdo Cembureau y, por otro lado, el resto de las empresas, con una intervención menos decisiva, de menor gravedad. [76]

111. 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 Italcementi; 2) un segundo subgrupo formado por las compañías que asumieron, a

74 — Véanse las consideraciones que sobre el particular he realizado en los puntos 83 a 93 de las conclusiones que he presentado en esta misma fecha en el asunto C-204/00 P, Aalborg/Comisión.

75 — Véase el apartado 4381 de la sentencia.

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

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. [77]

112. 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. [78]

113. La Comisión sancionó a las empresas y 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. [79]

114. No cabe, pues, apreciar ninguna vulneración del artículo 15 del Reglamento nº 17 ni de los principios de proporcionalidad y de igualdad, por la circunstancia de que el Tribunal de Primera Instancia no haya reducido la multa impuesta a Italcementi después de declarar que la conducta descrita en el artículo 5 de la Decisión no constituía una infracción del artículo 85, apartado 1, del Tratado.

115. La anulación del artículo 5 de la Decisión no disminuye la gravedad de su conducta ni reduce el tiempo durante el que se desarrolló, criterios que, conforme a lo dispuesto en el artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17, deben ser tomados en cuenta para fijar el importe de la multa. Por consiguiente, dicha anulación no tenía que reflejarse en la sanción mediante una aminoración de su cuantía. Tal y como ha señalado el Tribunal de Primera Instancia en la sentencia, «el número de infracciones específicas cometidas por una empresa determinada en el marco del acuerdo Cembureau no constituye [...] un criterio pertinente de evaluación de su grado de responsabilidad en dicho acuerdo». [80]

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

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

79 — 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.

80 — Apartado 4966.

116. Conforme a lo expresado, procede un pronunciamiento desestimatorio de este motivo.

B. Motivación insuficiente sobre la gravedad de la infracción imputada a Italcementi (octavo motivo)

117. Italcementi denunció en la primera instancia que la Decisión aparecía insuficientemente motivada en lo que se refiere a la gravedad de la infracción imputada a cada empresa. En particular, señaló su papel marginal y pasivo en la entente. En este recurso, entiende que el Tribunal de Primera Instancia ha incurrido en el mismo defecto. La sentencia es poco exhaustiva, no pondera los distintos niveles de responsabilidad de las empresas en el comportamiento ilícito y no explica la razón de que su conducta fuera siempre igual de grave, cuando, según opina, tuvo momentos de mayor compromiso con la entente, junto a otros en los que los vínculos se relajaron.

118. La queja sobre la falta o la insuficiente motivación se reitera en casi todos los recursos de casación que se dirigen contra la sentencia de instancia. La verdad es que la resolución impugnada podría ser tachada de extensa, confusa o aburrida, pero nunca de inmotivada. La contestación que la recurrente echa en falta se encuentra en la sentencia. En el apartado 4944 se hace referencia a las quejas que dedujo sobre el particular y en los números 4964 y siguientes se razona, en respuesta a los argumentos de todas las partes, sobre la corrección jurídica del criterio seguido por la Comisión.

119. Creo necesario recordar que la motivación exigible a las Instituciones comunitarias [81] y, más en particular, a las resoluciones adoptadas por sus órganos judiciales, no impone un discurso que siga al pie de la letra todos los argumentos utilizados por las partes en litigio, siendo suficiente que contenga los fundamentos precisos para que los interesados puedan conocer las razones del pronunciamiento, así como que el órgano jurisdiccional competente disponga de los elementos de juicio adecuados para ejercer su potestad de control. [82] Las motivaciones implícitas de la decisión judicial son también legítimas, ya que satisfacen las finalidades perseguidas con esta garantía del ejercicio racional del poder.

120. En realidad, en la queja de Italcementi no se denuncia tanto una deficiente explicación de las raíces del fallo judicial, como una discrepancia con los criterios aplicados por la Comisión para graduar las multas,

81 — Véase el artículo 253 CE.

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

que han sido ratificados por el Tribunal de Primera Instancia. En su opinión, desconocerían el principio de proporcionalidad al despreciar la intensidad de la participación de cada empresa en la entente.

121. Ese planteamiento carece de fundamento.

122. 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.

123. 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.

124. El Tribunal de Justicia ha declarado que la gravedad de las infraccciones 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. [83]

125. 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. [84]

126. 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

83 — Véanse la sentencia Musique Diffusion française y otros/Comisión, citada en la nota 48 *supra*, 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.

84 — E. David afirma, en «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, 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).

intensidad de las medidas de aplicación puestas en práctica.

127. 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.

128. 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, [85] haya que examinar, utilizando las expresadas pautas, la gravedad relativa de la participación de cada una. [86] 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.

129. 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.

130. 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 varias categorías en función de la incidencia sobre el mercado y de la afectación de la libre competencia.

131. 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

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

86 — Véanse la sentencia 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 623, y la sentencia Hercules Chemicals/Comisión, antes citada, apartado 110.

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.

132. Las razones que expone la Comisión, asumidas por el Tribunal de Primera Instancia, [87] 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», [88] podían ser calificados de menos graves.

133. En consecuencia, procede desestimar este motivo por infundando.

134. El argumento es también inadmisible en la medida en que, con su articulación, Italcementi se introduce en un terreno vedado al recurso de casación. En efecto, cuando afirma que los jueces de la instancia no han distinguido las épocas en las que su adhesión a la entente fue menos fuerte que aquellas otras en las que estuvo más implicada, propone una nueva lectura de los hechos del litigio en la que el Tribunal de Justicia no puede adentrarse. [89]

C. Apreciación errónea sobre la duración de la infracción imputada a Italcementi (noveno motivo)

135. Este último motivo carece de contenido sustantivo propio. Es un epígono de los motivo segundo y tercero. Italcementi pide que, en la medida en que cualquiera de los dos [90] fuera estimado, el Tribunal de Justicia anule la sentencia impugnada en cuanto extiende su participación en la entente Cembureau hasta el 3 de abril de 1992 y, en todo caso, más allá del 31 de diciembre de 1988. Pide, además, que el Tribunal de Justicia, en pleno ejercicio de la jurisdicción que le atribuyen el Tratado y el Reglamento de procedimiento, resuelva definitivamente sobre el particular y reduzca el importe de la multa que se le impuso.

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

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

89 — Véanse las consideraciones que he realizado en el punto 46 de estas conclusiones.

90 — Que afectan al artículo 4, apartado 3, letra b), de la Decisión.

136. La desestimación de los dos motivos de los que es corolario lleva, sin necesidad de más razonamientos, al rechazo de esta queja.

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

V. **Las costas**

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

VI. Conclusión

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

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

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

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