CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL SRA. ELEANOR SHARPSTON presentadas el 10 de febrero de 2011 [1]

1. Tres empresas vinculadas participaron, con otras empresas, en acuerdos para la fijación de precios y el reparto del mercado y en prácticas colusorias en el mercado de los tubos de cobre industriales, contraviniendo el artículo 81 CE (actualmente artículo 101 TFUE), por lo que fueron multadas por la Comisión.

2. Al fijar las multas, la Comisión tomó en consideración los criterios pertinentes establecidos en sus propias Directrices y varias circunstancias agravantes y atenuantes.

3. Las tres empresas de que se trata interpusieron un recurso ante el Tribunal General, [2] que tenía por objeto solicitar una reducción sustancial de las multas impuestas y en el que se alegaban cinco errores específicos en el cálculo de los importes.

4. El recurso fue desestimado en su totalidad, [3] por lo que han interpuesto un recurso de casación ante el Tribunal de Justicia basado en cinco motivos, de los cuales los primeros cuatro corresponden a los primeros cuatro motivos alegados en primera instancia. El quinto motivo se refiere, sin embargo, a una cuestión más genérica, relativa al alcance y naturaleza del control que el Tribunal General debe llevar a cabo en el ejercicio de su competencia jurisdiccional plena en materia de sanciones económicas.

Marco jurídico

Derechos humanos y derechos fundamentales

5. El artículo 6, apartado 1, del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, «CEDH») dispone lo siguiente:

1 — Lengua original: inglés.

2 — El Tribunal General se denominaba entonces, antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, «Tribunal de Primera Instancia». Para simplificar y tratándose de una modificación puramente formal sólo emplearé su denominación actual en estas conclusiones.

3 — Sentencia del Tribunal General de 6 de mayo de 2009, KME Germany AG y otros/Comisión (T-127/04, Rec. p. II-1167; en lo sucesivo, «sentencia recurrida»). Los demás participantes del cártel, a los que también se les impuso una multa en la mencionada Decisión, la recurrieron igualmente, siendo sus recursos desestimados en la misma fecha: véanse las sentencias del Tribunal General de 6 de mayo de 2009, Wieland-Werke/Comisión (T-116/04, Rec. p. II-1087) y Outokumpu y Luvata/Comisión (T-122/04, Rec. p. II-1135).

«Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. […]»

6. Los apartados 2 y 3 del artículo 6 prevén garantías adicionales específicas para toda persona «acusada de una infracción», tales como la presunción de inocencia y la disponibilidad de varios medios para garantizar su defensa.

7. Bajo el título de «Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial», el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»),[4] establece concretamente lo siguiente:

«Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo.

Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. […]»

8. La nota explicativa relativa a este artículo establece, entre otras cosas, que el segundo apartado se corresponde con el artículo 6 CEDH, apartado 1, con la siguiente puntualización:

«En el Derecho de la Unión, el derecho a un tribunal no se aplica únicamente a litigios relativos a derechos y obligaciones de carácter civil. Es una de las consecuencias del hecho de que la Unión sea una comunidad de Derecho, tal y como lo hizo constar el Tribunal de Justicia en el asunto 294/83, Les Verts c. Parlamento Europeo (sentencia de 23 de abril de 1986, Rec. 1986, p. 1339). No obstante, salvo en lo referente a su ámbito de aplicación, las garantías ofrecidas por el CEDH se aplican de manera similar en la Unión.»

9. El artículo 49 de la Carta se titula «Principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas». Con respecto a las penas, el artículo 49, apartado 3, dispone lo siguiente: «La intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción». Según la nota explicativa, este precepto «recoge el principio general de proporcionalidad de los delitos y las penas consagrado por las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia [...]».

4 — Proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000 (DO C 364, p. 1). El 29 de noviembre de 2007, el Parlamento Europeo aprobó una versión actualizada de la misma, eliminando las referencias a la Constitución Europea (DO C 303, p. 1); la versión consolidada más reciente –posterior al Tratado de Lisboa– ha sido publicada el 30 de marzo de 2010 (DO C 83, p. 389).

10. El artículo 51 de la Carta delimita su ámbito de aplicación, estableciendo en el apartado 1 lo siguiente:

«Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias.» [5]

Disposiciones del Tratado

11. El artículo 81 CE, apartado 1 (actualmente artículo 101 TFUE, apartado 1, tras una pequeña modificación) establece:

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

a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;

[…]

c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;

[…]»

12. El artículo 229 CE (actualmente artículo 261 TFUE, tras una pequeña modificación), dispone:

«Los reglamentos adoptados conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo, y por el Consejo, en virtud de las disposiciones del presente Tratado, podrán atribuir al Tribunal de Justicia una competencia jurisdiccional plena respecto de las sanciones previstas en dichos reglamentos.»

13. De forma más general, el artículo 230 CE (actualmente artículo 263 TFUE, tras su modificación) establece la competencia del Tribunal de Justicia para controlar la legalidad de los actos adoptados por las instituciones, incluida la Comisión, y conocer de los recursos «por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación del presente Tratado o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder».

5 — Versión original del 2000. La segunda frase tiene actualmente el siguiente tenor: «Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión».

14. De conformidad con el artículo 225 CE, apartado 1 (actualmente artículo 256 TFUE, apartado 1, tras su modificación), el Tribunal General será competente, en principio, para conocer en primera instancia de los recursos correspondientes y contra sus resoluciones podrá interponerse recurso de casación ante el Tribunal de Justicia limitado a las cuestiones de Derecho.

Ejecución del Derecho de la competencia

15. El artículo 15 del Reglamento nº 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE, [6] que estaba vigente en aquel momento, establecía lo siguiente:

«2. La Comisión podrá, mediante decisión, imponer a las empresas y asociaciones de empresas multas que vayan de un mínimo de mil unidades de cuenta a un máximo de un millón de unidades de cuenta, [7] pudiéndose elevar este límite máximo hasta el diez por ciento del volumen de negocios alcanzado durante el ejercicio económico precedente por cada empresa que hubiere tomado parte en la infracción cuando, deliberadamente o por negligencia:

a) cometan una infracción a las disposiciones del apartado 1 del artículo [81 CE, apartado 1/artículo 101 TFUE, apartado 1], o

[…]

Para establecer la cuantía de la multa, se tomará en consideración, además de la gravedad de la infracción, la duración de ésta.

[…]

4. Las decisiones tomadas en virtud [del apartado] 2 no tendrán carácter penal.» [8]

16. El artículo 17 del Reglamento nº 17 disponía:

«El Tribunal de Justicia tendrá competencia jurisdiccional plena en el sentido del artículo [229 CE/261 TFUE] sobre los recursos interpuestos contra las decisiones mediante las cuales la Comisión hubiera fijado una multa o una multa coercitiva; el Tribunal podrá suprimir, reducir o aumentar la multa o la multa coercitiva impuesta.» [9]

6 — DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22. Con efecto a partir del 1 de mayo de 2004, el Reglamento nº 17 fue derogado y sustituido por el Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (DO 2003, L 1, p. 1), el cual traspasó gran parte de la responsabilidad sobre la aplicación del Derecho de la competencia de la UE a los órganos jurisdiccionales y autoridades de los Estados miembros.

7 — La unidad de cuenta precedió al euro.

8 — Básicamente son las mismas disposiciones contenidas actualmente en el artículo 23, apartados 2, 3 y 5, del Reglamento nº 1/2003.

9 — Básicamente son las mismas disposiciones contenidas actualmente en el artículo 31 del Reglamento nº 1/2003.

17. También eran aplicables en el momento relevante las Directrices de la Comisión para el cálculo de las multas de 1998 (en lo sucesivo, «Directrices»). [10] El Preámbulo de estas Directrices declaraba, entre otras cosas, lo siguiente:

«Los principios fijados en las presentes Directrices deben servir para asegurar la transparencia y el carácter objetivo de las Decisiones de la Comisión, de cara tanto a las empresas como al Tribunal de Justicia, al tiempo que se asienta el margen discrecional que el legislador deja a la Comisión a la hora de fijar las multas dentro del límite del 10 % del volumen de negocios global de las empresas. No obstante, este margen deberá expresarse dentro de una línea política coherente y no discriminatoria adaptada a los objetivos perseguidos en la represión de las infracciones de las normas de competencia.

La nueva metodología aplicable para la determinación del importe de las multas obedecerá, de ahora en adelante, al modelo que figura a continuación, que se basa en la fijación de un importe de base al que se aplican incrementos para tomar en consideración las circunstancias agravantes y reducciones para tomar en consideración las circunstancias atenuantes. [11]»

18. El número 1 de las Directrices especificaba que el importe base se determinaría en función de la gravedad y la duración de la infracción, únicos criterios que figuran en el apartado 2 del artículo 15 del Reglamento nº 17.

19. Con respecto a la gravedad, el número 1, sección A, preveía que se tomasen en consideración la naturaleza de la infracción, «sus repercusiones concretas sobre el mercado (siempre y cuando se puedan determinar)» y la dimensión del mercado geográfico afectado. Las infracciones se clasificaban en tres categorías, a saber: leves, graves y muy graves, incluyendo estas últimas las restricciones horizontales tales como cárteles de precios y cuotas de reparto de los mercados, con unos «importes previstos» para las multas de más de 20 millones de euros. Este sistema también permitía «diferenciar el trato que conviene aplicar a las empresas en función de la naturaleza de las infracciones cometidas» y obligaba a «tomar en consideración la capacidad económica efectiva de los autores de

10 — Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del apartado 2 del artículo 15 del Reglamento nº 17 y del apartado 5 del artículo 65 del Tratado CECA (DO 1998, C 9, p. 3). Las Directrices de 1998 fueron sustituidas a partir del 1 de septiembre de 2006 por las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) nº 1/2003 (DO 2006, C 210, p. 2). Las Directrices de 2006 adoptan un sistema bastante diferente, que parte de la fijación de un importe de base calculado, por regla general, a partir del 30 % del valor anual de las ventas a que se refiere la infracción (ajustado, cuando sea pertinente, según las circunstancias pertinentes), multiplicado por el número de años de participación y luego ajustado nuevamente en función de las circunstancias agravantes, las mitigantes y el efecto disuasorio perseguido, con un límite máximo legal de un 10 % del volumen de negocios anual y con sujeción a las reglas sobre clemencia (véanse el punto 22 y la nota 13 *infra),* las cuales ofrecen una posibilidad excepcional de reducción de la multa cuando esta podría significar el fin de una empresa.

11 — Esta nota no afecta a la versión española de las presentes conclusiones.

la infracción para infligir un daño importante a los demás operadores, sobre todo a los consumidores, y fijar un importe que dote a la multa de un carácter lo suficientemente disuasorio».

20. Con respecto a la duración, el número 1, sección B, preveía que debía distinguirse entre: infracciones de corta duración (en general, inferior a un año), en cuyo caso no habría ningún importe adicional al establecido según el grado de gravedad de la infracción; de mediana duración (en general, de uno a cinco años), con un incremento de hasta el 50 % del mencionado importe; y de larga duración (en general, más de cinco años), con un incremento que puede situarse «por cada año, en el 10 %». [12] El importe determinado según el grado de gravedad sumado al importe establecido en función de la duración, formaban el importe base de la multa impuesta.

21. En virtud del número 2, el importe base podía incrementarse si concurrían circunstancias agravantes tales como, por ejemplo, la reincidencia de la misma empresa o de las mismas empresas en una infracción del mismo tipo.

22. El número 3 establecía que el importe de base se reduciría cuando se dieran circunstancias atenuantes específicas que incluyen, entre otras: no aplicación efectiva de los acuerdos o prácticas ilícitos (segundo guión); interrupción de las infracciones desde las primeras intervenciones de la Comisión (en particular, verificaciones), (tercer guión); y colaboración efectiva de la empresa en el procedimiento, fuera del ámbito de aplicación de la «Comunicación sobre la cooperación» de la Comisión de 1996 (sexto guión). [13]

23. La Comunicación sobre la cooperación establecía las condiciones en las que las empresas que cooperan con la Comisión en el marco de su investigación sobre un acuerdo colusorio podían quedar exentas del pago de la multa o beneficiarse de una reducción de la multa que, en principio, habrían tenido que pagar.

24. El número 4 de la sección A, de la Comunicación sobre cooperación preveía lo siguiente: «La Comisión considera que, en interés de la Comunidad, conviene que las empresas que cooperen con ella en las condiciones que a continuación se establecen, se beneficien de un trato favorable. Para los

12 — Como se verá más adelante en el marco de los motivos tercero y cuarto del recurso de casación, puede resultar útil señalar que se refiere (y esto es una interpretación que, a mí saber, nunca ha sido cuestionada) a un incremento del importe total por un (≤10 x n) %, siendo «n» igual al número de años de duración de la infracción. Véase igualmente el apartado 19 de la sentencia recurrida, citado en el punto 26 *infra,* y la nota nº 16 *infra*.

13 — Comunicación de la Comisión relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con acuerdos entre empresas, de 18 de julio de 1996 (DO C 207, p. 4), vigente en el momento de los hechos. Esta Comunicación fue sustituida a partir del 14 de febrero de 2002 por la Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel (DO C 45, p. 3), que a su vez fue sustituida en 2006 por la Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel, de 8 de diciembre de 2006 (DO C 298, p. 17).

consumidores y ciudadanos en general reviste mayor interés detectar y prohibir dichas prácticas que multar a las empresas que, al cooperar con la Comisión, le permiten detectar y sancionar un acuerdo o que le ayuden a esta tarea.» Las secciones B, C y D especifican de forma detallada el tipo de comportamiento que podrá llevar a que una empresa, que haya participado en actividades contrarias a las normas de la competencia, pueda no obstante recibir un trato favorable. Establecen lo siguiente:

«B. NO IMPOSICIÓN DE UNA MULTA O REDUCCIÓN MUY IMPORTANTE DE SU IMPORTE

La empresa que:

a) denuncie el acuerdo secreto a la Comisión antes de que ésta haya realizado una comprobación por vía de decisión, en los locales de las empresas que participan en el acuerdo y sin que disponga todavía de la suficiente información para probar la existencia del acuerdo denunciado;

b) sea la primera en facilitar elementos determinantes para probar la existencia del acuerdo;

c) haya puesto fin a su participación en la actividad ilícita, a más tardar, en el momento de denunciar el acuerdo;

d) facilite a la Comisión toda información que considere útil, así como todos los documentos y elementos de prueba de que disponga en relación con dicho acuerdo y mantenga con ella una cooperación permanente y total mientras dure la investigación;

e) no haya obligado a otra empresa a participar en el acuerdo ni haya sido la instigadora o haya desempeñado un papel determinante en la actividad ilícita;

gozará de una reducción del 75 %, como mínimo, del importe de la multa que se le habría impuesto a falta de cooperación, pudiendo llegarse incluso a una exención total de la misma.

C. REDUCCIÓN IMPORTANTE DEL IMPORTE DE LA MULTA

La empresa que reúna las condiciones previstas en las letras b) a e) de la sección B y que denuncie el acuerdo secreto después de que la Comisión haya realizado una comprobación, por vía de decisión, en los locales de las empresas que participan en el acuerdo, sin que dicha comprobación haya aportado motivos suficientes para justificar la incoación del procedimiento con vistas a la adopción de una decisión, gozará de una reducción del 50 al 75 % del importe de la multa.

D. REDUCCIÓN SIGNIFICATIVA DEL IMPORTE DE LA MULTA

1. Cuando una empresa coopere sin que se reúnan todas las condiciones establecidas en las secciones B o C, gozará de una reducción del 10 al 50 % del importe de la multa que se le habría impuesto a falta de cooperación.

2. Así sucederá cuando:

— antes del envío del pliego de cargos una empresa facilite a la Comisión información, documentos u otros elementos de prueba que contribuyan a confirmar la existencia de la infracción;

— tras recibir el pliego de cargos, una empresa informe a la Comisión de que no pone en duda la veracidad de los hechos sobre los que la Comisión funda sus acusaciones.»

Imposición de las multas y fijación de su importe en el presente asunto

25. El 16 de diciembre de 2003, la Comisión adoptó, tras varias investigaciones, una decisión [14] en la que declaraba que seis empresas –a saber, Wieland Werke AG (en lo sucesivo, «Wieland»), Outokumpu Oyj, Outokumpu Copper Products OY (en lo sucesivo, conjuntamente, «Outokumpu»), KM Europa Metal AG (en lo sucesivo, «KME Alemania»), Europa Metalli SpA (en lo sucesivo, «KME Italia») y Tréfimétaux SA (en lo sucesivo, «KME Francia»)– habían cometido una infracción de las disposiciones del artículo 81 CE, apartado 1, y (a partir del 1 de enero de 1994) del artículo 53, apartado 1, del Acuerdo EEE, al participar entre el 3 de mayo de 1988 y el 22 de marzo de 2001 en un conjunto de acuerdos y prácticas colusorias de fijación de precios y reparto del mercado en el sector de los tubos industriales. KME Alemania, KME Francia y KME Italia (que desde 1995 forman parte del grupo KME; en lo sucesivo, conjuntamente, «KME») fueron los demandantes en primera instancia, siendo los recurrentes en casación en el presente procedimiento.

26. Se impusieron multas a KME por un importe total de 39,81 millones de euros. [15] El proceso mediante el cual se fijaron los

14 — C(2003) 4820 final (Asunto COMP/E-1/38.240 – Tubos industriales; en lo sucesivo, «Decisión impugnada» o «Decisión controvertida»), se publicó un resumen de dicha Decisión (DO 2004, L 125, p. 50).

15 — Este importe se distribuye de la siguiente manera: 10,41 millones de euros a KME Alemania; 10,41 millones de euros, solidariamente, a KME Francia y KME Italia, siendo ambos importes relativos al período comprendido entre el 3 de mayo de 1988 y el 19 de junio de 1995, y 18,99 millones de euros a las tres empresas solidariamente con respecto al período comprendido entre el 20 de junio de 1995 y el 22 de marzo de 2001.

importes objeto del litigio queda resumido de la siguiente manera en los apartados 11 a 22 de la sentencia recurrida:

«11 Por lo que respecta, en primera lugar, a la fijación del importe de partida de la multa, la Comisión consideró que la infracción, que consistía esencialmente en fijar los precios y repartirse los mercados, era, por su propia naturaleza, una infracción muy grave (considerando 294 de la Decisión impugnada).

12 Para determinar la gravedad de la infracción, la Comisión también tuvo en cuenta el hecho de que el cártel afectó a todo el Espacio Económico Europeo (EEE) (considerando 316 de la Decisión impugnada). La Comisión examinó además los efectos reales de la infracción y declaró que la práctica concertada "globalmente, produjo efectos en el mercado" (considerando 314 de la Decisión impugnada).

13 Para afirmar esto último, la Comisión se basó, en particular, en los siguientes elementos. En primer lugar, consideró el funcionamiento de la práctica concertada señalando que los participantes se comunicaban los volúmenes de venta y los niveles de precios (considerando 300 de la Decisión impugnada). En segundo lugar, observó en elementos del expediente que los precios se habían reducido en períodos en que apenas se respetaba el acuerdo colusorio y habían aumentado de modo muy acusado en otros períodos (considerando 310 de la Decisión impugnada). En tercer lugar, la Comisión se refirió a la cuota de mercado conjunta del 75 al 85 % poseída por los miembros del cártel (considerando 310 de la Decisión impugnada). En cuarto lugar, la Comisión señaló que las respectivas cuotas de mercado de los participantes en el cártel se habían mantenido relativamente estables mientras duró la infracción, aun cuando los clientes de los participantes a veces habían cambiado (considerando 312 de la Decisión impugnada).

14 Finalmente, siguiendo en el marco de la determinación de la gravedad de la infracción, la Comisión tuvo en cuenta el hecho de que el mercado de los tubos industriales de cobre constituía un sector importante, cuyo valor se estimaba en 288 millones de euros en el ámbito del EEE (considerando 318 de la Decisión impugnada).

15 Habida cuenta de todas estas circunstancias, la Comisión concluyó que la infracción controvertida debía considerarse muy grave (considerando 320 de la Decisión impugnada).

16 En segundo lugar, la Comisión dispensó un tratamiento diferenciado a las

empresas implicadas para tener en cuenta la capacidad económica efectiva de cada una para causar un daño considerable a la competencia. A este respecto, la Comisión señaló la existencia de una diferencia entre las cuotas alcanzadas en el mercado de los tubos industriales en el EEE, por una parte, por el grupo KME, líder del mercado en el EEE con una cuota de mercado del [confidencial] % y, por otra parte, por Outokumpu y Wieland, que poseían unas cuotas respectivas del [confidencial] % y del 13,4 %. Habida cuenta de esta diferencia, el importe de partida de la multa impuesta a Outokumpu y a Wieland se fijó en el 33 % de la impuesta al grupo KME, es decir, 11,55 millones de euros a Outokumpu y a Wieland y 35 millones de euros al grupo KME (considerandos 327 y 328 de la Decisión impugnada).

17 Dado que la creación del grupo KME se produjo en 1995, la Comisión dividió en dos partes el importe de partida de la multa impuesta al grupo, de 35 millones de euros[: l]a primera por el período transcurrido entre 1988 y 1995 (diferenciando KME Germany de KME France y de KME Italy) y la segunda por el período transcurrido entre 1995 y 2001 (considerando que las tres entidades formaban un grupo). En consecuencia, dicho importe de partida se repartió como sigue: 8,75 millones de euros a KME Germany (entre 1988 y 1995); 8,75 millones solidariamente a KME Italy y KME France (entre 1988 y 1995) y 17,50 millones de euros al grupo KME, es decir, solidariamente a KME Germany, KME France y KME Italy (entre 1995 y 2001) (considerando 329 de la Decisión impugnada).

18 En tercer lugar, para satisfacer la necesidad de fijar la multa a un nivel que garantice su efecto disuasorio, la Comisión incrementó en un 50 % el importe de partida de la multa impuesta a Outokumpu, que de este modo ascendió a 17,33 millones de euros, al considerar que su volumen de negocios mundial, superior a 5 mil millones de euros, indicaba que su dimensión y su poder económico permitían dicho incremento (considerando 334 de la Decisión impugnada).

19 En cuarto lugar, la Comisión calificó de "larga" la duración de la infracción, desarrollada entre el 3 de mayo de 1988 y el 22 de marzo de 2001. De este modo, en atención a la duración de la infracción, la Comisión consideró procedente incrementar el importe de partida de las multas impuestas a las empresas implicadas en un 10 % por cada año de participación en el cártel. De este modo, la Comisión incrementó en un 55 % el importe de partida de la multa impuesta al grupo KME por el período transcurrido entre 1995 y 2001 y en un 70 % el importe de partida de las multas impuestas a KME Germany, por una parte, así como a KME Italy y a KME France, por otra parte, por el período transcurrido entre 1988 y 1995. Consiguientemente, el importe de base de las

multas a todo el grupo KME se fijó en 56,88 millones de euros (considerandos 338, 342 y 347 de la Decisión impugnada). [16]

20 En quinto lugar, por razón de las circunstancias agravantes, el importe de base de la multa impuesta a Outokumpu se incrementó en un 50 % por su reincidencia, pues ya había sido destinataria de la Decisión 90/417/CECA de la Comisión, de 18 de julio de 1990, relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 65 [CA] en relación con el acuerdo y prácticas concertadas de los productores europeos de productos planos de acero inoxidable laminados en frío (DO L 220, p. 28) (considerando 354 de la Decisión impugnada).

21 En sexto lugar, por razón de las circunstancias atenuantes, la Comisión señaló que, sin la cooperación de Outokumpu, sólo habría podido demostrar la existencia del comportamiento infractor durante un período de cuatro años y, en consecuencia, redujo el importe de base de su multa en 22,22 millones de euros, de manera que el importe de base corresponde a la multa que se le habría impuesto por tal período (considerando 386 de la Decisión impugnada).

22 Finalmente, en séptimo lugar, en virtud de la sección D, de la Comunicación de 1996 sobre la cooperación, la Comisión redujo el importe de las multas en un 50 % a Outokumpu, en un 20 % a Wieland y en un 30 % al grupo KME (considerandos 402, 408 y 423 de la Decisión impugnada).»

Resumen de la sentencia recurrida

27. El recurso interpuesto por KME en primera instancia se presentó bajo el título de «Recurso con arreglo a los artículos 225 y 230 CE». Mediante el mismo KME solicitaba al Tribunal General que:

— Redujera sustancialmente la multa.

— Condenara a la Comisión en costas y a cargar con los gastos en que incurrió KME para prestar una garantía bancaria en lugar del pago de la multa a la espera de la sentencia del Tribunal General.

16 — Aunque no se mencione en la sentencia recurrida, la Decisión impugnada incrementó el importe de partida en un 125 % para Outokumpu y Wieland: de 17,33 millones de euros a 39,98 millones y de 11,55 millones de euros a 25,99 millones, respectivamente (considerandos 328, 334 y 347 de la Decisión impugnada).

— Adoptara cualquier otra medida que el Tribunal General considerase apropiada.

28. KME invocó cinco motivos en apoyo de dichas pretensiones, todas relativas a la fijación del importe de la multa, a saber: a) la toma en consideración inapropiada de la repercusión concreta del cártel en el cálculo del importe de partida de la multa; b) la evaluación inadecuada del tamaño del mercado pertinente; c) el incremento erróneo de la multa en atención a la duración de la infracción; d) el no haber tenido en cuenta circunstancias atenuantes; y e) la aplicación errónea de la Comunicación sobre la cooperación. El Tribunal General no estimó ninguno de los cinco motivos, desestimando en consecuencia el recurso en su totalidad.

29. Respecto al primer motivo (la toma en consideración inapropiada de la repercusión concreta del cártel), el Tribunal General consideró que la Comisión podía diferenciar válidamente entre los participantes en función de las cuotas de mercado de cada uno, que las prácticas concertadas (en particular, la fijación de precios y el reparto de la clientela), eran por su propia naturaleza infracciones tan graves que merecen las multas más severas, independientemente de sus repercusiones en el mercado y que, además, «a mayor abundamiento», la Comisión había demostrado suficientemente una repercusión concreta de la (práctica concertada) en el mercado de que se trata.

30. En el segundo motivo, KME alegó que la Comisión había valorado de manera errónea el tamaño del mercado de elaboración de los tubos de cobre al basarse en el volumen de negocios incluyendo los costes de la materia prima (concretamente, cobre), cuando este coste era fijado, y a veces directamente soportado, por el comprador. Por lo tanto, consideraba que una evaluación correcta debería haberse basado en el valor añadido por los fabricantes. El Tribunal General estimó que ningún motivo válido obligaba a excluir determinados costes de producción en el cálculo del volumen de negocios de un mercado de referencia y que, a pesar de su naturaleza aproximativa, tanto el legislador como la Comisión y el Tribunal de Justicia consideraban que el volumen de negocios es un criterio adecuado para apreciar el tamaño y el poder económico de las empresas.

31. Con respecto al tercer motivo (incremento erróneo de la multa en un 10 % por año en atención a la duración de la infracción), el Tribunal General estimó que, sin confundir gravedad y duración de la infracción, la Comisión había ejercido correctamente su facultad de apreciación dentro de los límites de las reglas que se impuso en las Directrices, y que el incremento del 125 % por una duración de doce años y diez meses no era desproporcionado.

32. En el marco del cuarto motivo, KME alegó que, en contra de sus propias Directrices, la Comisión no había tomado en consideración determinadas circunstancias atenuantes alegadas, a saber: i) el hecho de que, aunque KME no dejara sistemáticamente de aplicar los acuerdos, los aplicó de forma limitada; ii) el hecho de que, tras las verificaciones

realizadas por la Comisión, KME puso fin a la infracción de forma inmediata y voluntaria; iii) la difícil situación económica del sector de los tubos industriales, y iv) el hecho de que KME proporcionó informaciones decisivas o que complementan elementos de prueba en poder de la Comisión. En el marco de estas alegaciones, el Tribunal General estimó, respectivamente, lo siguiente: i) que KME no había adoptado un comportamiento competitivo real y la aplicación limitada del acuerdo no era un factor atenuante suficiente; ii) que la reducción de la multa en función del cese de una infracción, particularmente cuando es una infracción deliberada, que se produce desde las primeras intervenciones de la Comisión, queda dentro del ámbito de apreciación de la Comisión y depende de su valoración de las circunstancias; iii) que la Comisión no está obligada a considerar como circunstancia atenuante la mala salud financiera del sector, y iv) que la Comisión dispone de una facultad de apreciación en lo que respecta a la aplicación de las circunstancias atenuantes y que no la ejercitó de forma incorrecta al considerar que fue Outokumpu y no KME la que había aportado la información importante.

33. En su quinto motivo (reducción insuficiente del importe de la multa con arreglo a la Comunicación sobre la cooperación), KME alegó que: i) el trato de que disfrutaron terceros en asuntos anteriores fue más favorable; ii) a razón de la información aportada por KME debía haberse concedido una reducción superior al 30 %, y iii) la Comisión vulneró el principio de igualdad de trato al conceder una reducción del 50 % a Outokumpu. El Tribunal General estimó, respectivamente, que: i) el hecho de que la Comisión hubiera concedido en el pasado un cierto porcentaje de reducción por un determinado comportamiento no la obligaba a conceder la misma reducción por un comportamiento similar en un procedimiento posterior; ii) sólo podría censurarse un error manifiesto de apreciación, ya que la Comisión disponía de una amplia facultad de apreciación a la hora de valorar la relevancia y utilidad de la cooperación prestada por una empresa, en especial en comparación con las contribuciones de otras empresas, y en este asunto no había habido ningún error manifiesto, y iii) tampoco hubo trato discriminatorio, pues KME y Outokumpu no se encontraban en situaciones comparables.

Motivos en que se basa el recurso de casación

34. KME invoca cinco motivos de casación, que pueden resumirse como sigue.

35. En primer lugar alega que, al considerar que la Comisión demostró suficientemente que el cártel tenía repercusiones en el mercado de referencia, circunstancia que debe tenerse en cuenta al determinar el importe de base de la multa de KME, el Tribunal General infringió el Derecho de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Derecho de la UE») y se basó en

una motivación ilógica e insuficiente al desestimar el primer motivo del recurso. Además, sostiene que, al admitir la afirmación de la Comisión de que las pruebas econométricas de KME no demostraban que la infracción en su conjunto no tuviera ninguna repercusión en el mercado, el Tribunal General desvirtuó manifiestamente los hechos y las pruebas que se le presentaron.

36. En segundo lugar, aduce que al aceptar la determinación del tamaño del mercado afectado por el cártel (el de los tubos industriales) realizada por la Comisión mediante la inclusión del volumen de negocios de un mercado de una etapa anterior distinto (el del cobre), a pesar de que los miembros del cártel no estaban integrados verticalmente en dicho mercado anterior, el Tribunal General infringió el Derecho de la UE y se basó en una motivación insuficiente para desestimar el segundo motivo del recurso de KME.

37. En tercer lugar, arguye que el Tribunal General infringió el Derecho de la UE y se basó en una motivación oscura, ilógica e insuficiente al aceptar la parte pertinente de la decisión controvertida y desestimar el tercer motivo del recurso interpuesto por KME, por el cual se alegaba que la Comisión incumplió las Directrices y vulneró los principios de proporcionalidad y de igualdad de trato, al aplicar el máximo porcentaje de incremento en función de la duración al importe de base de la multa de KME.

38. En cuarto lugar, considera que el Tribunal General infringió el Derecho de la UE al desestimar la cuarta parte del cuarto motivo del recurso de KME y al aceptar la parte pertinente de la Decisión impugnada, en la que la Comisión, en incumplimiento de las Directrices y de los principios de equidad y de igualdad de trato, rechazó que KME se beneficiara de una reducción de la multa en función de su cooperación fuera del ámbito de la Comunicación sobre la cooperación.

39. En quinto lugar, asevera que el Tribunal General infringió el Derecho de la UE y vulneró el derecho fundamental a un control jurisdiccional efectivo y completo al no examinar atenta y concienzudamente las alegaciones de KME y mostrar una preferencia sesgada por la apreciación de la Comisión.

40. De todos estos motivos de casación, opino que se deben examinar el quinto y último en primer lugar, ya que la postura que adopte el Tribunal de Justicia con respecto a la cuestión general del ámbito, alcance y naturaleza del control jurisdiccional que debe llevar a cabo el Tribunal General en casos de esta índole influirá en el enfoque que deba darse a los primeros cuatro motivos de casación, debido a que cada motivo critica un elemento concreto diferente de dicho control.

Sobre el quinto motivo de casación, relativo al control jurisdiccional efectivo

Partes pertinentes de la sentencia recurrida

41. KME cita las siguientes partes de la sentencia recurrida como base para su alegación de que el Tribunal General «mostró una deferencia excesiva e irrazonable hacia el margen de apreciación de la Comisión»:

«92 [...] la gravedad de la infracción se determina en atención a muchos factores, en relación con los cuales la Comisión dispone de un margen de apreciación […]»

«103 […] En efecto, corresponde a la Comisión, en el marco de su margen de apreciación [...], elegir el porcentaje de incremento que va a aplicar en atención a la duración de la infracción.»

«115 En efecto, la adopción de las Directrices no ha privado de pertinencia a la jurisprudencia anterior según la cual la Comisión dispone de una facultad de apreciación que le permite tomar o no en consideración determinados factores al decidir el importe de las multas que piensa imponer, en función sobre todo de las circunstancias del asunto. Así, a falta de indicaciones imperativas en las Directrices en lo que atañe a las circunstancias atenuantes que pueden tenerse en cuenta, hay que considerar que la Comisión conservó un cierto margen de valorar globalmente la importancia de una posible reducción del importe de las multas en atención a las circunstancias mitigantes.»

«129 […] la Comisión dispone de un margen de apreciación en lo que respecta a la aplicación de las circunstancias atenuantes […]»

42. Estos extractos de la sentencia deben leerse en el contexto de las «observaciones de carácter preliminar» que el Tribunal General hace en los apartados 32 a 37 de la sentencia recurrida, aunque KME no mencione estos apartados específicamente:

«32 […] debe recordarse, por una parte, que de los considerandos 290 a 387 de la Decisión impugnada se desprende que la Comisión impuso las multas por la infracción en virtud del artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17 y, por otra parte, que aunque en la Decisión impugnada la Comisión no se refiere expresamente a las [Directrices], no se discute que determinó el importe de

las multas aplicando el método definido en ellas.

33 Las Directrices, aunque no pueden calificarse de norma jurídica, establecen una regla de conducta indicativa de la práctica que debe seguirse y de la cual la Comisión no puede apartarse, en un determinado caso, sin dar razones que sean compatibles con el principio de igualdad de trato (véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de mayo de 2006, Archer Daniels Midland y Archer Daniels Midland Ingredients/Comisión, C-397/03 P, Rec. p. I-4429, apartado 91, y la jurisprudencia citada).

34 Corresponde, pues, al Tribunal de Primera Instancia, en el marco del control de la legalidad de la Decisión impugnada, comprobar si la Comisión ejerció su facultad de apreciación de acuerdo con el método que se expone en las Directrices y, en la medida en que declare que esta institución se separó de dicho método, comprobar si esta desviación está legalmente justificada y motivada. A este respecto, procede señalar que el Tribunal de Justicia ha confirmado la validez tanto del propio principio de las Directrices como del método que figura en ellas (sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de junio de 2005, Dansk Rørindustri y otros/Comisión, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, Rec. p. I-5425, apartados 252 a 255, 266, 267, 312 y 313).

35 En efecto, la autolimitación de la facultad de apreciación de la Comisión que resulta de la adopción de las Directrices no es incompatible con que la Comisión conserve un margen de apreciación sustancial. Las Directrices contienen varios rasgos de flexibilidad que permiten que la Comisión ejerza su facultad discrecional respetando lo dispuesto en el Reglamento nº 17, tal como ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia (sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, citada en el apartado 34 *supra,* apartado 267).

36 Por tanto, en los ámbitos en que la Comisión ha conservado un margen de apreciación, por ejemplo, en lo relativo al porcentaje de incremento por la duración, el control de legalidad sobre estas apreciaciones se limita a la falta de error manifiesto de apreciación (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de julio de 2005, Scandinavian Airlines System/Comisión, T-241/01, Rec. p. II-2917, apartados 64 y 79).

37 El margen de apreciación de la Comisión y los límites que ella se ha marcado al respecto no prejuzgan el ejercicio de la competencia jurisdiccional plena del juez comunitario (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de julio de 2004, JFE Engineering y otros/Comisión, T-67/00, T-68/00, T-71/00 y T-78/00, Rec. p. II-2501, apartado 538), que le faculta para suprimir, reducir o incrementar el importe de la multa impuesta por la Comisión (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de febrero de 2007, Groupe Danone/

Comisión, C-3/06 P, Rec. p. I-1331, apartados 60 a 62; sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 21 de octubre de 2003, General Motors Nederland y Opel Nederland/Comisión, T-368/00, Rec. p. II-4491, apartado 181).»

Síntesis de las alegaciones

Alegaciones planteadas en el recurso de casación de KME

43. KME reprocha al Tribunal General que no haya realizado un examen atento y concienzudo de las alegaciones hechas en primera instancia y critica la «deferencia excesiva» de dicho Tribunal hacia el margen de apreciación de la Comisión, al confirmar la imposición de una multa desproporcionada. Esta deficiencia viola, según KME, el derecho fundamental a un control jurisdiccional pleno, efectivo y equitativo de la Decisión impugnada por un tribunal imparcial e independiente.

44. El Derecho de competencia de la UE se basa en la interacción entre la Comisión como órgano de instrucción, acusación y adopción de decisiones, y los órganos jurisdiccionales, que ofrecen una medida de control externo. No obstante, la jurisprudencia nunca ha aclarado cuál es el valor, el alcance y el fundamento exactos del margen de apreciación concedido a la Comisión en el marco del equilibrio institucional entre ambas instituciones.

45. La forma de esta interacción se ha visto influida por la evolución del papel desempeñado por la Comisión en la ejecución de la política de la competencia que se ha producido desde la adopción del Reglamento nº 17. En 1962 la CEE estaba formada por seis Estados miembros y se tenía poca experiencia y aceptación del Derecho de competencia europeo. Las notificaciones eran una fuente útil de información, que permitía a la Comisión ejercer un control *a priori* y dar forma a su política de ejecución; su función consistía fundamentalmente en educar y proporcionar seguridad jurídica mediante la adopción formal de decisiones de exención, cartas de compatibilidad y declaraciones negativas. Aunque la Comisión ya entonces combinaba competencias de instrucción, acusación y adopción de decisiones, eran pocos los casos de instrucción y acusación y las multas eran típicamente bajas. En este contexto resulta razonable, lógico y equitativo que el Tribunal de Justicia estimara en la sentencia Consten y Grundig/Comisión de la CEE [17] que, dado que el ejercicio de las competencias de la Comisión entrañaba apreciaciones complejas en materia económica, el control jurisdiccional de dichas apreciaciones debía respetar este carácter limitándose al examen de la realidad de los hechos y las calificaciones jurídicas que la Comisión deducía de ellos. Además, la prudencia mostrada por la Comisión restaba

17 — Sentencia de 13 de julio de 1966 (56/64 y 58/64, Rec. p. 559).

importancia a la cuestión de definir claramente los límites del ejercicio de su facultad de imponer multas.

46. No obstante, resulta arbitrario, peligroso y poco equitativo aplicar la misma «deferencia jurisdiccional» hacia el margen de apreciación de la Comisión en el marco del régimen actual de ejecución del Derecho de competencia, que se caracteriza por multas cada vez más cuantiosas, con inevitables repercusiones económicas y financieras sobre empresas, accionistas y empleados, y que conlleva una «criminalización» *de facto* del Derecho de la competencia. Las reglas del Derecho de la competencia de la UE son directamente aplicables y no dejan ningún margen de apreciación para establecer políticas con respecto a su interpretación y aplicación, por lo que los tribunales sólo tienen un margen muy limitado para mostrar deferencia al controlar su aplicación por la Comisión en un caso concreto.

47. Según el régimen actual, introducido por el Reglamento nº 1/2003, el artículo 101 TFUE en su conjunto es aplicado, no sólo por la Comisión, sino también por las autoridades de la competencia y los órganos jurisdiccionales nacionales. Nunca se ha sugerido que un órgano jurisdiccional nacional que aplique el artículo 101 TFUE a casos particulares goce de un amplio margen de apreciación, que deba ser respetado por deferencia por los órganos jurisdiccionales superiores que conozcan del recurso.

48. La experiencia y conocimientos de que dispone la Comisión para la evaluación de circunstancias y asuntos económicos complejos no justifica que se le conceda un amplio margen de apreciación en la aplicación del Derecho de competencia de la UE. Más bien, incumbe al Tribunal General llevar a cabo un examen en profundidad de casos complejos, que se creó como reacción a la crítica de que la intensidad del control jurisdiccional que entonces se ejercía ya no llegaba al nivel necesario requerido a un sistema jurídico que empezaba a invadir de forma significativa los derechos de los particulares al aplicar de forma estricta las reglas relativas a la competencia. Además, tanto el Tribunal General como el Tribunal de Justicia han llevado a cabo satisfactoriamente en muchas ocasiones un examen judicial particularmente detallado de casos complejos. La intensidad del control del Tribunal General no disminuye con la complejidad de los hechos controvertidos, sino que depende de su valoración del tipo de examen que es necesario y conveniente según las circunstancias de cada caso.

49. Por otro lado, el Tribunal General tiene competencia jurisdiccional plena con respecto a la imposición de multas en materia de competencia. Al ejercer esta competencia no debería concederle a la Comisión ningún margen de apreciación en relación con el carácter apropiado y proporcionado de una multa, ni sobre el método utilizado para su cálculo, *a fortiori,* dada la naturaleza penal *de facto* de dichas multas y teniendo en cuenta que el CEDH exige un control jurisdiccional efectivo de toda decisión administrativa que

imponga una sanción penal. Por tanto, el Tribunal General debe examinar la forma en que la Comisión evaluó la gravedad y duración del comportamiento ilícito en cada caso, pudiendo imponer su propia valoración mediante la anulación, reducción o incremento de la multa. El ejercicio de esta competencia jurisdiccional plena comprende no sólo un control de la legalidad formal de la multa sino también de si es apropiada, y se lleva a cabo mediante una valoración independiente de la gravedad del comportamiento que debe sancionarse y de la equidad de la sanción en su conjunto, a la vista de todas las circunstancias particulares de cada caso.

50. El ámbito del margen de apreciación de la Comisión (en la medida en que exista) en asuntos como el presente debe estar definido de forma restrictiva y el grado de deferencia jurisdiccional (en la medida en que exista) que debe mostrarse hacia esta apreciación discrecional debe estar correspondientemente limitado. La naturaleza técnica del asunto no debe ser motivo para que el Tribunal de Justicia abandone su obligación de velar por el cumplimiento de la ley.

51. Otra cuestión diferente es si el control ofrecido por el sistema jurisdiccional de la UE tiene el alcance y la fuerza suficientes como para garantizar el nivel de protección exigido por el artículo 6 CEDH, apartado 1. El debate sobre esta cuestión se ha intensificado a la vista, no sólo de la combinación de competencias de instrucción, acusación y adopción de decisiones en manos de la Comisión, sino también de la continua «criminalización» del Derecho de la competencia de la UE. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado reiteradamente que la ejecución del Derecho administrativo, incluida la imposición de multas, no es incompatible con el artículo 6 CEDH, apartado 1. No obstante, aunque la ejecución de dicho Derecho no tenga que estar íntegramente «sometida a los tribunales» para cumplir con los requisitos del artículo mencionado, sí deben existir unas garantías procesales suficientes y un control jurisdiccional efectivo que se ejercitará mediante la competencia jurisdiccional plena en los recursos contra las decisiones administrativas. Los requisitos que debe reunir un sistema de control jurisdiccional para cumplir con el artículo 6 CEDH, apartado 1, aún no han sido totalmente aclarados, y tampoco está claro si el sistema existente de ejecución del Derecho de la competencia de la UE, que incluye un control jurisdiccional, cumple con esos requisitos.

52. El derecho a una tutela judicial efectiva queda consagrado también en el artículo 47 de la Carta. La jurisprudencia ha confirmado que los receptores de las decisiones de imposición de una multa de la Comisión tienen derecho a un proceso judicial justo y que la ausencia de la posibilidad de recurso a un tribunal con plena competencia jurisdiccional a efectos del CEDH supone una vulneración de su derecho a un juez imparcial.

Contestación de la Comisión

53. La Comisión alega, en primer lugar, que este motivo de casación es demasiado general e impreciso para poder ser objeto de valoración por parte del Tribunal de Justicia [por tanto, no cumple con los requisitos del artículo 112, apartado 1, letra c), del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia], siendo en consecuencia inadmisible. En segundo lugar, aduce que la sentencia del Tribunal General se basó en sus propias conclusiones, por lo que el motivo de casación es infundado.

54. Sostiene que con respecto a la falta de precisión KME invoca varios argumentos a favor de que el Tribunal General lleve a cabo un control intensivo de las decisiones de la Comisión, aunque admite que un sistema de ejecución del Derecho administrativo en combinación con un control jurisdiccional ejercitado mediante una competencia jurisdiccional plena es compatible con el artículo 6 CEDH, apartado 1. También acepta KME que el Tribunal General y el Tribunal de Justicia están, en principio, capacitados para llevar a cabo un control adecuado y que, de hecho, lo han demostrado en la práctica. Por lo tanto, asevera que KME no cuestiona el fundamento del sistema del control jurisdiccional de las decisiones de la Comisión.

55. Partiendo de esta premisa, arguye la Comisión que KME debería haber: a) especificado los elementos de la sentencia en los que el Tribunal General no tomó en consideración adecuadamente sus alegaciones; b) especificado los criterios mediante los que debe evaluarse la calidad del control llevado a cabo por el Tribunal General, y c) demostrado cómo, en aplicación de estos criterios, el Tribunal General no tomó en consideración correctamente las alegaciones de KME. A su juicio, en su lugar KME ha citado cuatro partes de la sentencia relativas al margen de apreciación de la Comisión, sin explicar cómo demuestran que el Tribunal General no controló correctamente la decisión de la Comisión a la luz de las alegaciones de KME.

56. En efecto, en su opinión, los criterios mediante los cuales debe evaluarse el control del Tribunal General a efectos del artículo 6 CEDH, apartado 1, no están claros, incluso si aceptamos la afirmación de KME de que las multas previstas en el Derecho de la competencia de la UE son, a estos efectos, «de carácter penal». Afirma que KME evita cualquier discusión sobre lo que ello podría suponer para la determinación del nivel adecuado de control.

57. Sostiene la Comisión que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dejado claro que los requisitos del artículo 6 CEDH, apartado 1, difieren incluso dentro de la categoría general de «acusación en materia penal». Al establecer el Derecho de la UE expresamente que las multas en materia de competencia no son de carácter penal, estarían fuera del «núcleo duro» del Derecho penal definido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y las garantías previstas para los procedimientos penales no son necesariamente aplicables en todo su rigor.

58. En cualquier caso, es evidente que el Tribunal General tiene «jurisdicción plena» a efectos del artículo 6 CEDH, apartado 1 (que no debe confundirse con el concepto del Derecho de la UE de competencia jurisdiccional plena para conocer de los recursos contra las sanciones pecuniarias). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que no es adecuado el recurso judicial contra actos administrativos que se limita a los errores de Derecho y que, por tanto, no permite al órgano jurisdiccional subsanar errores en la apreciación de los hechos. No obstante, mientras el órgano jurisdiccional pueda necesitar controlar también la proporcionalidad, un control limitado a ciertos elementos no es, por sí mismo, incompatible con el concepto de «plena jurisdicción» a efectos del artículo 6 CEDH, apartado 1.

59. En el marco de la segunda alegación, que la sentencia del Tribunal General se basó en sus propias conclusiones, la Comisión argumenta que, independientemente de las referencias al margen de apreciación de la Comisión, el Tribunal General llevó a cabo un control riguroso y efectivo del cálculo de la multa, concluyendo por sí mismo que los motivos segundo, tercero y cuarto alegados por KME carecían de fundamento jurídico. [18] Sostiene que, en los puntos pertinentes, el Tribunal General consideró y desestimó los argumentos de KME en cuanto al fondo, coincidiendo con la conclusión de la Comisión, y no aceptó esta conclusión simplemente por «deferencia hacia su margen de apreciación». A su juicio, cualquiera que sea el nivel de control exigido implícitamente por el artículo 6 CEDH, apartado 1, el Tribunal General lo ha cumplido.

18 — Posiblemente la Comisión se refiera aquí únicamente a los motivos segundo, tercero y cuarto porque las partes de la sentencia citadas por KME (véase el punto 41 *supra)* se refieren únicamente a estos motivos.

Apreciación

60. El argumento de KME consiste fundamentalmente en sostener que, al aceptar que algunas apreciaciones de la Comisión, que sirvieron de base para la fijación de las multas, están incluidas en el margen de apreciación de la misma y, en consecuencia, abstenerse de llevar a cabo una apreciación propia en estos puntos, el Tribunal General no sometió la Decisión impugnada al escrutinio exigido por el CEDH y la Carta.

61. Resulta, por tanto, importante establecer cuál es el escrutinio exigido según dichos instrumentos y para ello nos debemos guiar, sobre todo, por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

62. KME alega que los procedimientos de ejecución del Derecho de la competencia, como el que es objeto de este litigio, que se basan en una apreciación de un comportamiento ilícito de una empresa y en la imposición de una multa por este comportamiento,

son claramente de carácter penal a efectos del CEDH. La Comisión señala que, con respecto a las decisiones como la que es objeto del litigio, se ha declarado expresamente que *no* son de «carácter penal» pero acepta que, según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, esto no es un criterio determinante y aunque se considerasen de carácter penal a la luz de dicha jurisprudencia, en cualquier caso, estarían fuera del «núcleo duro» de la normativa penal definido por aquel Tribunal. Esta cuestión es importante ya que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos exige unas garantías procesales más estrictas y un nivel más elevado de control para los procedimientos penales que para los civiles y, dentro del ámbito del Derecho penal, las exigencias son más estrictas para los asuntos incluidos en el «núcleo duro» que para otros procedimientos.

63. Para decidir si un procedimiento relativo a un comportamiento ilícito debe ser calificado como «penal» o no, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos aplica los tres «criterios Engel», denominados según la sentencia en la que fueron formulados por primera vez. [19] En primer lugar, debe tenerse en cuenta la calificación formal con arreglo al ordenamiento jurídico del que se trata, aunque se señala expresamente que esto «no es más que un punto de partida». En la sentencia Engel, al igual que en la jurisprudencia posterior, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos otorgó mucha más importancia –llegando incluso a ir en contra de la calificación del ordenamiento nacional– al segundo y tercer criterios, a saber, la naturaleza de la infracción y la severidad de la sanción a la que la persona afectada se expone. A este respecto ha considerado que es relevante si la sanción impuesta se basa en una norma general dirigida a todos los ciudadanos o si está dirigida a un grupo de sujetos pertenecientes a una categoría especial, y si el propósito de la sanción es la penalización con efectos disuasorios para evitar la reincidencia o la compensación económica por los daños causados. [20]

64. A la luz de estos criterios, no me resulta difícil concluir que el procedimiento por el que se impone una multa por incumplimiento de la prohibición de acuerdos de fijación de precios y reparto del mercado contemplados en el artículo 81 CE, apartado 1, está dentro de la «categoría penal» del artículo 6 CEDH, tal y como ha sido definida gradualmente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. [21] La prohibición y la posibilidad de imponer una multa están contempladas en el Derecho de aplicación general primario y derivado; la infracción consiste en un comportamiento que generalmente se considera fraudulento, perjudica al público en su conjunto, una característica que comparte con los delitos en

19 — Sentencia de 8 de junio de 1976, Engel y otros c. Países Bajos (serie A nº 22, § 82).

20 — Véase, por ejemplo, la sentencia del TEDH de 23 de noviembre de 2006, Jussila c. Finlandia (nº 73053/01, ECHR 2006-XIII).

21 — Véanse también los puntos 48 a 52 de las conclusiones del Abogado General Bot de 26 de octubre de 2010, presentadas en el asunto en el que recayó la sentencia ThyssenKrupp Nirosta (anteriormente, ThyssenKrupp Stainless)/Comisión (asunto C-352/09 P, pendiente ante este Tribunal), opinión con la que coincido totalmente, y la jurisprudencia allí citada.

general y que además sin duda lleva asociado un estigma; [22] una multa de hasta [23] un 10 % del volumen de negocios anual es, sin duda, severa, pudiendo incluso llevar la empresa a la quiebra; y su finalidad expresa es la penalización y la disuasión, [24] sin existir elemento alguno de compensación de daños.

65. Es cierto que, como señaló la Comisión, en el asunto Neste [25] el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que ciertos aspectos de la ejecución del Derecho de competencia ruso quedaban fuera del ámbito penal. No obstante, creo que los factores que se tuvieron en cuenta en ese caso son muy diferentes de los factores presentes en el caso objeto del presente litigio. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló en aquella decisión que las reglas que prohíben los monopolios de que se trataba sólo eran aplicables a los acuerdos que afectaban a la competencia dentro del mercado de las materias primas y que, por tanto, tenían una aplicación restringida; que estaban destinadas a proteger y restaurar la competencia; y que las medidas que podían imponerse no eran «sanciones en sentido estricto» sino medidas que se impusieron, en combinación con la confiscación de beneficios obtenidos ilícitamente, a efectos de obtener compensaciones pecuniarias por el daño causado y no de imponer una penalización con efecto disuasorio.

66. Se ha de admitir que en esta decisión el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también señaló que ciertos tipos de comportamientos monopolísticos pueden quedar autorizados cuando se acredita que sirven al bien común (una posibilidad también contemplada en el artículo 81 CE, apartado 3, al menos en teoría, incluso con respecto a los acuerdos prohibidos de fijación de precios y reparto de mercados), mientras que un comportamiento genuinamente delictivo generalmente no se puede justificar por razones utilitarias, y que la libertad de competencia en el mercado es un valor relativo y circunstancial, cuyas restricciones no son inherentemente o de por sí negativas. Con respecto a la primera de estas consideraciones, deseo señalar –con el debido respeto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos– que no es difícil encontrar ejemplos de comportamientos de naturaleza claramente delictiva que, sin embargo, pueden estar autorizados cuando se dan las circunstancias apropiadas. La posesión de armas de fuego es, en principio, un delito pero está autorizada en ciertas situaciones para la protección del público; la venta de ciertas drogas

22 — No es necesario dilucidar (como se planteó en la vista) si dicho estigma es mayor que el de la evasión de impuestos, aunque el mero hecho de que se haya planteado esta cuestión no resulta muy halagador con respecto a cómo se percibe la moral empresarial.

23 — No creo que sea necesario considerar las alegaciones de KME relativas al apreciable incremento del importe de las multas impuestas por la Comisión en años recientes. La naturaleza de la infracción no se define por la severidad de la sanción *efectivamente* impuesta sino por el alcance de las sanciones que se *pueden* imponer.

24 — Las Directrices hablan de «los objetivos perseguidos en la represión de las infracciones» y hacen referencia a «fijar un importe que dote a la multa de un carácter lo suficientemente disuasorio».

25 — Decisión del TEDH, Tercera Sección, de 3 de junio de 2004, sobre la admisibilidad de los recursos nºs 69042/01, 69050/01, 69054/01, 69055/01, 69056/01 y 69058/01, OOO Neste St Petersburg y otros c. Rusia.

es, en principio, un delito pero está autorizada para determinados fines medicinales, etc. Con respecto a la segunda consideración, la fijación de precios y el reparto de mercados tienen repercusiones para los consumidores y, por tanto, para el público en general, que van mucho más allá de la «restricción de la libertad de competencia» que afecta a la comunidad empresarial.

67. Aunque el procedimiento de imposición de la multa del presente asunto esté incluido, por tanto, dentro del ámbito penal a efectos del CEDH (y la Carta), considero no obstante que, en palabras de la sentencia Jussila, [26] «queda fuera del núcleo duro del Derecho penal y, en consecuencia, las garantías previstas para los procedimientos penales no son necesariamente aplicables con todo su rigor». Esto implica concretamente que puede ser compatible con el artículo 6 CEDH, apartado 1, que se imponga una sanción penal en primera instancia, no por un «tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley», sino por un órgano administrativo o no jurisdiccional que no cumpla por sí mismo con los requisitos de este precepto, siempre y cuando la decisión de este órgano esté sujeta a un control judicial posterior de un órgano jurisdiccional que tenga plena jurisdicción y que sí cumpla con estos requisitos. [27] Dicho de otro modo, debe estar claro que mediante los recursos disponibles podrá subsanarse cualquier defecto del procedimiento en primera instancia. [28]

68. La triple función de instrucción, acusación y adopción de decisiones de la Comisión en materia de procedimientos de ejecución del Derecho de la competencia ha sido objeto de numerosas críticas, y KME ha mencionado algunas de estas críticas en su recurso de casación. [29] No obstante, aunque puedan existir razones convincentes para afirmar que la Comisión no es, en este aspecto, un «tribunal independiente e imparcial establecido por la ley», creo que estas consideraciones son, en realidad, ajenas al objeto del presente recurso. La alegación de KME no se basa, de hecho, en que el procedimiento ante la Comisión sea inadecuado, sino que se basa en que el control llevado a cabo por el Tribunal General del resultado de aquel procedimiento ha sido inadecuado. El hecho de que la Comisión sea un órgano administrativo y no pueda separar totalmente las tres funciones que desempeña en el procedimiento, [30] es una circunstancia aceptada en el marco de este recurso. La cuestión es si el Tribunal General ejercitó la «plena jurisdicción» en el sentido

26 — Citada en la nota 20 *supra,* apartado 43, que a su vez cita la sentencia del TEDH de 27 de febrero de 1992, Société Stenuit c. Francia, serie A nº 232-A, que se refiere específicamente al Derecho de la competencia.

27 — Véase igualmente la sentencia del TEDH de 10 de febrero de 1983, Albert y Le Compte c. Bélgica, serie A, nº 58, § 29.

28 — Véase la sentencia del TEDH de 29 de abril de 1988, Belilos c. Suiza, serie A nº 132, § 68.

29 — KME hace mención, por ejemplo, a Slater, D *et al.:* «Competition law proceedings before the European Commission and the right to a fair trial: no need for reform?», *GCLC Working Paper* 04/08; y Wisking, S.: «Does the European Commission Provide Parties with a Proper Opportunity to be Heard on the Level of Fines?», *GCP – The Online Magazine for Global Competition Policy* [edición de junio 2009(2)].

30 — Aunque debe advertirse que se han adoptado medidas en varias ocasiones para lograr una mejor separación de las funciones, siendo quizá el ejemplo más notable la decisión de tener a un consejero auditor independiente para presidir la audiencia en vez de al director de aquella dirección que esté llevando a cabo la investigación, como se venía haciendo hasta entonces (véase el XI Informe sobre política de competencia de la Comisión de 1981, punto 26).

de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. [31]

69. Dicho Tribunal ha afirmado que la «plena jurisdicción» en este contexto abarca «la facultad de anular en todos los aspectos, con respecto tanto a cuestiones de hecho como de Derecho, la decisión del órgano inferior». El órgano jurisdiccional encargado del control «debe, en concreto, tener competencia jurisdiccional para examinar todas las cuestiones de hecho y de Derecho pertinentes del litigio de que conoce». [32] El mismo Tribunal también ha considerado que, para determinar si un órgano jurisdiccional de segunda instancia tiene «plena jurisdicción» o si ofrece un «control suficiente» para subsanar una falta de independencia en primera instancia, es necesario tener en cuenta factores como «el marco de la Decisión impugnada, la forma en la que se llegó a la misma y el contenido del litigio, que incluye los motivos pretendidos y efectivos del recurso». [33]

70. Creo que no cabe duda de que la «competencia jurisdiccional plena» atribuida al Tribunal General en el artículo 229 CE y en el artículo 17 del Reglamento nº 17 cumple con estos requisitos en lo que concierne a los recursos contra el importe de la multa impuesta, incluso aunque se trate, como señala la Comisión, de un concepto diferente del criterio de la «plena jurisdicción» del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que debe entenderse que abarca también los recursos contra, por ejemplo, la apreciación de la existencia de una infracción (que el Tribunal General también puede considerar, y de hecho considera, aunque de una manera más restringida, cuando en ello se basa el litigio de que conoce). En el presente asunto, sin embargo, se trata únicamente de un recurso contra el importe de una multa y no procede profundizar más en el análisis de este punto. En este contexto, debe entenderse, en mi opinión, que la competencia jurisdiccional plena para cancelar, reducir o incrementar el importe, cuyo ejercicio no está sometido a restricciones con respecto a la naturaleza (jurídica o fáctica) de los motivos, debe necesariamente ofrecer las garantías exigidas por el artículo 6 CEDH, al menos en teoría.

71. No obstante, cabe plantearse la cuestión de si, en un caso concreto el Tribunal General efectivamente ha ejercitado de forma adecuada esa competencia jurisdiccional, y ésta es precisamente la cuestión planteada aquí por KME.

72. Es una cuestión legítima, pero a mi juicio su examen debe hacerse con ciertas cautelas, tanto de carácter general como concreto, y la forma en que se ha planteado debe ser analizada a la luz de algunas de las objeciones de la Comisión.

31 — Lo mismo sería aplicable incluso cuando el procedimiento del que se trata es de naturaleza puramente «civil» (véase, por ejemplo, la sentencia del TEDH de 28 de junio de 1990, Obermeier c. Austria, serie A nº 179, §§ 67 y 70), que incluiría también los litigios administrativos.

32 — Véase la decisión del TEDH de 21 de marzo de 2006, Valico S.r.l. c. Italia (dec.), nº 70074/01, p. 20, ECHR 2006-III, y la jurisprudencia allí citada.

33 — Véase la sentencia del TEDH de 27 de octubre de 2009, Crompton c. Reino Unido, nº 42509/05, § 71, y la jurisprudencia allí citada.

73. En primer lugar, considero que lo más importante es la forma en que el Tribunal General efectivamente llevó a cabo el control, siendo la descripción que hace de ese control menos relevante. Por tanto, no puede concluirse necesariamente que por hacer referencia al margen de apreciación, elección o flexibilidad de que dispone la Comisión el Tribunal General incumplió con su obligación de examinar, en respuesta a las alegaciones de KME, la manera en que se fijó la multa. Ni al contrario puede concluirse de la utilización de la frase «en el ejercicio de su competencia jurisdiccional plena» que ese Tribunal efectivamente ejerció de manera adecuada sus facultades de apreciación. Debe examinarse cada uno de estos aspectos sobre la base de su contenido real.

74. Se deduce de lo anterior que, cualquiera que sea el alcance de la competencia jurisdiccional del Tribunal General, los procedimientos ante el mismo siempre son de naturaleza contradictoria. Ni el artículo 6 CEDH, ni la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos exigen que un «tribunal independiente e imparcial» investigue de oficio cuestiones que no se le han planteado. Por supuesto que la jurisprudencia del mencionado Tribunal exige que ciertas cuestiones de orden público (fundamentalmente relativas a las garantías procesales) sí sean planteadas de oficio, pero en los demás ámbitos debe medirse el alcance del ejercicio de la competencia jurisdiccional plena del Tribunal General dentro del marco de las alegaciones con respecto a las cuales se le pide que se pronuncie.

75. No obstante, señalo que el Tribunal General solicitó a la Comisión la presentación de una serie de documentos de su expediente administrativo y que en cumplimiento de lo solicitado la Comisión presentó más de quinientas páginas de documentación. Este hecho por lo menos parece indicar que el control se llevó a cabo con una *rigurosidad* suficiente como para satisfacer los requisitos del CEDH y de la Carta. No obstante, queda por comprobar en la propia sentencia si este control fue *del tipo exigido*. Dicho de otro modo, ¿se limitó a comprobar si la Comisión había excedido los límites de su facultad de apreciación o hubo una consideración (cuando KME así lo pedía) de la apreciación realizada dentro de esos límites?

76. Veamos, a continuación, dos objeciones concretas de la Comisión a las alegaciones de KME.

77. Un punto formal que la Comisión sólo planteó en la vista es que en el recurso presentado en primera instancia KME declaraba expresamente que lo hacía con arreglo al artículo 230 CE y no al artículo 229 CE. Por consiguiente, la Comisión parece sugerir que KME ni siquiera pidió al Tribunal General que ejerciera su competencia jurisdiccional plena y que, por tanto, tampoco podía reprochar un ejercicio insuficiente de la misma.

78. En sí misma, no me parece que sea una objeción seria. La referencia al artículo 230 CE sólo se encuentra en el encabezamiento del recurso. El simple hecho de que KME pidiera

una reducción de la multa es suficiente para dejar claro que se acoge a la competencia jurisdiccional plena del Tribunal General en materia de sanciones, y no únicamente al control de legalidad. Este último, en caso de ser favorable al recurrente, sólo llevaría a la anulación de la multa, dejando a la Comisión la tarea de imponer otra multa de conformidad con la motivación de la sentencia. El recurso, sin embargo, insiste en todo momento en la reducción de la multa, lo cual sólo puede decidirse por el Tribunal General sobre la base del artículo 229 CE y del artículo 17 del Reglamento nº 17.

79. Por otro lado debemos tener en cuenta que KME no ha pedido al Tribunal específicamente que haga una reevaluación de la multa *a novo,* sino que ajuste el importe a la luz de los defectos de la decisión controvertida alegados.

80. La segunda objeción planteada por la Comisión resulta más seria. Mediante la misma se advierte básicamente que, por muy bien planteados que estén los argumentos de KME a favor de un ejercicio diligente de la competencia jurisdiccional plena del Tribunal General en asuntos como el presente, KME no ha identificado los requisitos específicos del control que deberían haberse observado, ni las partes de la sentencia recurrida en las que dichos requisitos no se hayan cumplido.

81. En este punto estoy de acuerdo con la Comisión. El quinto motivo del recurso de casación de KME se plantea más bien como una crítica general a todo el sistema de ejecución del Derecho de la competencia de la UE y de la función desempeñada en el mismo por el Tribunal General, sin identificar los defectos específicos incurridos por el Tribunal en la sentencia recurrida. Sin embargo, según reiterada jurisprudencia, el recurso de casación debe indicar de manera precisa los elementos impugnados de la sentencia recurrida y los fundamentos jurídicos específicos en que se apoya. [34]

82. Normalmente la apreciación de un defecto de tal índole en un motivo del recurso de casación llevaría simplemente a que se desestime o se declare inadmisible. Opino, sin embargo, que este enfoque no sería del todo apropiado en el caso que nos ocupa. Es cierto que, como alegación independiente, el quinto motivo de casación no aporta al Tribunal de Justicia indicaciones lo suficientemente precisas como para determinar en qué medida el Tribunal General concretamente llevó a cabo un control insuficiente. No obstante, es una alegación que se puede utilizar como un criterio adicional para valorar los demás motivos de casación, tal y como en efecto se hizo en el escrito de contestación de la Comisión, en el cual se examina este punto en el marco de los motivos de casación segundo, tercero y cuarto.

83. Propongo, por tanto, no considerar el quinto motivo de casación como alegación

34 — Véase, como ejemplo reciente, la sentencia de 14 de octubre de 2010, Deutsche Telekom/Comisión (C-280/08 P, Rec. p. I-9555), apartado 24.

independiente sino tener en cuenta los argumentos planteados en el mismo al analizar los primeros cuatro motivos de casación. No obstante, me limitaré –tal y como señalé más arriba– al análisis de la manera en que el Tribunal General efectivamente examinó los motivos de casación planteados, considerando la denominación empleada al describir este examen únicamente como una indicación al respecto.

Sobre el primer motivo de casación, relativo a las repercusiones concretas en el mercado

Partes pertinentes de la sentencia recurrida

84. En la apreciación del primer motivo planteado por KME (basado en que no se tuvieron en cuenta de forma adecuada las repercusiones concretas del cártel en el mercado), el Tribunal General inicialmente admitió como elementos de prueba tres estudios econométricos presentados por KME, concluyendo después lo siguiente:

«60 […] las demandantes se oponen [...] tanto a la evaluación, por la Comisión, de la gravedad de la infracción (véanse los apartados 12 y 13 *supra)* como al trato desigual dispensado por ésta en función de las cuotas de mercado de las empresas implicadas (véase el apartado 16 *supra).*

61 Por lo que respecta, en primer lugar, al trato desigual de las empresas implicadas, la motivación aportada por la Comisión al respecto en la Decisión impugnada pone de manifiesto, en particular, una preocupación por tener en cuenta el "peso específico de cada empresa y, por tanto, el efecto real de su comportamiento ilícito sobre la competencia" (considerando 322 de la Decisión impugnada). Sin embargo, procede señalar que la Comisión está legitimada para dispensar un trato diferenciado, en función de las cuotas alcanzadas en el mercado de que se trata, como el descrito en los considerandos 326 a 329 de la Decisión impugnada, aun cuando no se demuestre una incidencia concreta de la infracción en el mercado.

62 En efecto, de la jurisprudencia se desprende que la cuota de mercado de cada una de las empresas implicadas en el mercado que ha sido objeto de una práctica restrictiva constituye un criterio objetivo que ofrece una justa medida de la responsabilidad de cada una en cuando a la posible nocividad de dicha práctica para el juego normal de la competencia (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 29 de abril de 2009, Tokai Carbon y otros/Comisión, T-236/01, T-239/01, T-244/01 a T-246/01, T-251/01 y T-252/01, Rec. p II-1181, apartado 197).

63 Asimismo, en cuanto a la apreciación de la gravedad de la infracción, procede señalar además que aunque la Comisión no hubiera demostrado que la práctica concertada tuvo una repercusión concreta

en el mercado, ello no habría influido en la calificación de la infracción como "muy grave" y, por tanto, en el importe de la multa.

64 A este respecto, cabe señalar que del sistema comunitario de sanciones por infracción de las reglas de la competencia, tal como fue establecido por el Reglamento nº 17 e interpretado por la jurisprudencia, se desprende que las prácticas concertadas merecen, por su propia naturaleza, las multas más severas. Su posible impacto concreto en el mercado, en particular la cuestión de en qué medida la restricción de la competencia llevó a un precio de venta superior al que se habría impuesto en el supuesto de que no hubiera existido el cártel, no es un criterio determinante para fijar el importe de las multas (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 7 de junio de 1983, Musique diffusion française y otros/Comisión, 100/80 a 103/80, Rec. p. 1825, apartados 120 y 129; de 17 de julio de 1997, Ferriere Nord/Comisión, C-219/95 P, Rec. I-4411, apartado 33; de 16 de noviembre de 2000, Stora Kopparbergs Bergslags/Comisión, C-286/98 P, Rec. p. I-9925, apartados 68 a 77, y de 25 de enero de 2007, Dalmine/Comisión, C-407/04 P, Rec. p. I-829, apartados 129 y 130; sentencia Tokai Carbon y otros/Comisión, véase el apartado 62 *supra,* apartado 225; véanse también las conclusiones del Abogado General Mischo en el asunto en que recayó la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de noviembre de 2000, Mo och Domsjö/Comisión, C-283/98 P, Rec. pp. I-9855 y ss., especialmente p. I-9858, puntos 95 a 101).

65 Procede añadir que de las Directrices se desprende que los acuerdos o prácticas concertadas que, como en el presente asunto, persiguen en particular la fijación de los precios y el reparto de la clientela pueden ser calificados como "muy graves" basándose únicamente en su propia naturaleza, sin que sea necesario que tales comportamientos estén caracterizados por una repercusión o una dimensión geográfica determinados. Esta conclusión queda confirmada por el hecho de que, si bien la descripción de las infracciones "graves" menciona expresamente las repercusiones en el mercado y los efectos en amplias zonas del mercado común, la de las infracciones muy graves, en cambio, no menciona ninguna exigencia de repercusión concreta ni de producción de efectos en una zona geográfica determinada (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 25 de octubre de 2005, Groupe Danone/Comisión, T-38/02, Rec. p. II-4407, apartado 150).

66 A mayor abundamiento, el Tribunal de Primera Instancia considera que la Comisión demostró suficientemente una repercusión concreta de la práctica concertada en el mercado de que se trata.

67 En este contexto, procede señalar que la jurisprudencia ha rechazado la premisa de las demandantes de que la Comisión, en caso de que se prevalga de una repercusión concreta de la práctica concertada para fijar el importe de la multa, está obligada a demostrar científicamente la existencia de un efecto económico tangible en el mercado y de una relación

de causalidad entre la infracción y la repercusión.

68 En efecto, el Tribunal de Primera Instancia declaró en varias ocasiones que las repercusiones concretas de una práctica colusoria en el mercado quedan suficientemente demostradas si la Comisión puede proporcionar indicios concretos y verosímiles que indiquen, con una probabilidad razonable, que dicha práctica colusoria ha tenido repercusiones en el mercado (véanse, en particular, las sentencias del Tribunal de Primera Instancia Scandinavian Airlines System/Comisión, citada en el apartado 36 *supra,* apartado 122; de 27 de septiembre de 2006, Archer Daniels Midland/Comisión, T-59/02, Rec. p. II-3627, apartados 159 a 161; Jungbunzlauer/Comisión, T-43/02, Rec. p. II-3435, apartados 153 a 155; Archer Daniels Midland/Comisión, T-329/01, Rec. p. II-3255, apartados 176 a 178; Roquette Frères/Comisión, T-322/01, Rec. p. II-3137, apartados 73 a 75).

69 Procede observar a este respecto que las demandantes no negaron los hechos, expuestos en el apartado 13 *supra,* en los que la Comisión se apoyó para concluir que existía una repercusión concreta de la práctica concertada en el mercado, a saber, que los precios bajaban cuando el acuerdo colusorio apenas se respetaba y subían en otros períodos, el establecimiento de un sistema de intercambio de datos sobre los volúmenes de ventas y los niveles de precios, la alta cuota de mercado alcanzada por el conjunto de los participantes en la práctica concertada y que sus respectivas cuotas de mercado permanecieron relativamente estables mientras duró la infracción. Las demandantes sólo alegaron que dichos hechos no podían demostrar que la infracción controvertida hubiera tenido una repercusión concreta en el mercado.

70 De la jurisprudencia se desprende que es legítimo que la Comisión deduzca, sobre la base de los indicios que figuran en el apartado anterior, que la infracción tuvo una repercusión concreta en el mercado (véanse, en este sentido, las sentencias Jungbunzlauer/Comisión, citada en el apartado 68 *supra,* apartado 159; Roquette Frères/Comisión, citada en el apartado 68 *supra,* apartado 78; Archer Daniels Midland/Comisión, T-59/02, citada en el apartado 68 *supra,* apartado 165; Archer Daniels Midland/Comisión, T-329/01, citada en el apartado 68 *supra,* apartado 181; sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de diciembre de 2006, Raiffeisen Zentralbank Österreich y otros/Comisión, T-259/02 a T-264/02 y T-271/02, Rec. p. II-5169, apartados 285 a 287).

71 En lo que atañe a la alegación de las demandantes de que los autos contienen numerosos ejemplos de incumplimiento de los acuerdos colusorios, hay que señalar que el hecho de que los participantes en la práctica colusoria no hayan respetado siempre los acuerdos no basta para descartar una repercusión en el mercado (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia Groupe

Danone/Comisión, citada en el apartado 65 *supra,* apartado 148).

72 Tampoco pueden acogerse las alegaciones que las demandantes derivan de su propio comportamiento. En efecto, el comportamiento efectivo que afirma haber adoptado una empresa no resulta pertinente para valorar las repercusiones de un cártel en el mercado, pues los únicos efectos que deben tomarse en consideración son los resultantes de la infracción en su conjunto (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 9 de julio de 2003, Archer Daniels Midland y Archer Daniels Midland Ingredients/Comisión, T-224/00, Rec. p. II-2597, apartado 167). Tampoco puede reprocharse a la Comisión que declarara, en el considerando 303 de la Decisión impugnada, que el informe inicial no permitía rebatir sus conclusiones sobre los efectos reales de la infracción en el mercado. En efecto, el análisis econométrico que figura en él sólo trata de elementos cuantitativos relativos a las demandantes.

73 Por tanto, a la vista de todas las consideraciones anteriores, procede desestimar el presente motivo por infundado.

74 Además, el Tribunal de Primera Instancia considera, a la luz de lo anterior y en el marco de su competencia jurisdiccional plena, que no procede cuestionar la apreciación llevada a cabo por la Comisión sobre el importe de partida de la multa fijado en función de la gravedad.»

Síntesis de las alegaciones de las partes

Alegaciones planteadas en el recurso de casación de KME

85. KME se opone a la conclusión del Tribunal General de que la Comisión demostró suficientemente de modo conforme a Derecho que el cártel tenía repercusiones en el mercado y que podía tener en cuenta dichas repercusiones al fijar el importe de partida de la multa. Afirma que las Directrices exigían que la Comisión tuviese en consideración tres factores, siendo uno de ellos las «repercusiones concretas sobre el mercado (siempre y cuando se puedan determinar)». En consecuencia, sostiene que sólo podía tomar en consideración dichas repercusiones concretas en la medida en que las pudiera determinar y cuantificar. Alega que no debería habérsele permitido que, escudándose en el criterio de las «probabilidades razonables» establecido en la sentencia Roquette Frères/Comisión, [35] se basase en presunciones para tomar en consideración unas repercusiones sobre el mercado aun cuando no podía

35 — Sentencia del Tribunal General de 27 de septiembre de 2006, T-322/01, citada en el apartado 68 de la sentencia recurrida, apartado 73.

determinar su existencia o alcance con arreglo a las Directrices. Considera que permitir el uso de dichas presunciones anula cualquier posibilidad de diferenciar las infracciones sobre la base de sus repercusiones en el mercado. Asevera que la jurisprudencia citada en los apartados 68 y 70 de la sentencia recurrida es claramente incorrecta.

86. Sostiene que, además, si un participante en el cártel aporta pruebas econométricas de que el cártel en su conjunto no tuvo repercusiones en los precios del mercado y los demás participantes hacen afirmaciones similares, la Comisión no debe estar legitimada para dejar de lado estos elementos de prueba, estimando que la infracción sí tuvo repercusiones –y tomando en cuenta este factor para determinar el importe de partida de la multa con arreglo a las Directrices– exclusivamente sobre la base de pruebas indirectas como las mencionadas en el apartado 69 de la sentencia recurrida. Aduce que, en estas circunstancias, la Comisión debe aportar pruebas directas de que el cártel sí tuvo repercusiones sobre el mercado.

87. KME considera que las pruebas econométricas que aportó se basaban en información exhaustiva extraída de todos los datos disponibles de facturación y clientes relativos a más de una década y demostraba que: i) el cártel no tenía repercusiones estadísticamente significativas sobre los precios cobrados por KME y ii) este análisis era válido para el cártel en su conjunto. La ausencia de repercusiones fue confirmada por la existencia en los expedientes de prueba del incumplimiento de varios participantes. Por último, afirma que la falta de perjuicios para el consumidor final fue confirmada por el hecho de que los tubos de que se trata sólo representaban alrededor del 2 % del precio de venta del producto final del que formaban parte.

88. Alega que, conforme a Derecho, la Comisión debería haber aportado pruebas directas contrarias basadas en factores económicos objetivos pertinentes al mercado y contexto económico de que se trata, que acreditasen la existencia y alcance de las supuestas repercusiones sobre el mercado, y no estaba legitimada para concluir que el cártel tuvo unas repercusiones sobre el mercado exclusivamente sobre la base de las pruebas indirectas en que se apoyó la Decisión controvertida.

89. Asegura que la sentencia recurrida también está viciada por basarse en una motivación ilógica e insuficiente. Arguye que el Tribunal General, al evaluar el argumento alegado por KME de que los datos econométricos aportados demostraban la ausencia de repercusiones sobre el mercado: i) únicamente se refirió al informe inicial, según el cual el cártel no tuvo repercusiones sobre los precios de KME, por tanto, ii) no tuvo en cuenta los dos informes posteriores que concluían que el cártel en su conjunto no tenía repercusiones sobre el mercado, y iii) finalmente desestimó el recurso de KME sobre la base de que los datos econométricos no habían probado que el cártel en su conjunto no había tenido repercusiones en el mercado. En otras palabras, por un lado el Tribunal General admitió medios de prueba que acreditaban la ausencia de

repercusiones en el mercado, pero por otro desestimó el recurso de KME sobre la base de que no había aportado dichas pruebas y, por lo tanto, desvirtuó manifiestamente los hechos y las pruebas presentadas.

90. En consecuencia, al no reconocer los errores de Derecho cometidos por la Comisión, el Tribunal General infringió el Derecho de la UE. KME alega que, por tanto, el Tribunal de Justicia debe volver a determinar el importe de partida de la multa, excluyendo del cálculo el factor de las repercusiones sobre el mercado.

Contestación de la Comisión

91. La Comisión alega, en primer lugar, que este motivo de casación es inoperante puesto que se dirige contra un elemento secundario y no esencial de la motivación.

92. Sostiene que su afirmación de que había demostrado de forma suficiente a efectos jurídicos que el cártel tuvo una repercusión concreta en el mercado se hizo expresamente sólo a mayor abundamiento. Según jurisprudencia reiterada, no se puede anular una sentencia sólo sobre la base de la impugnación de una afirmación de este tipo. Considera que el Tribunal General estimó que cada uno de los dos elementos de la Decisión controvertida, con respecto a los cuales KME mantuvo que fue relevante la repercusión concreta sobre el mercado, estaban justificados, independientemente de si se podía probar dicha repercusión o no. Con respecto al tratamiento diferenciado de las empresas participantes declaró que, incluso sin pruebas de la repercusión real en el mercado, la Comisión estaba legitimada para establecer diferencias según la cuota en el mercado, y que, en relación con la gravedad de la infracción, consideró que, aunque la Comisión no hubiera probado una repercusión real en el mercado, ello sería irrelevante a efectos de la clasificación de la infracción como «muy grave» y, por consiguiente, también a efectos del importe de la multa. Aduce que KME no menciona ninguna de estas dos afirmaciones clave y de principio, por lo que quedan fuera del ámbito del recurso. Arguye que sus objeciones a una afirmación adicional, hecha a mayor abundamiento, no pueden resultar en la anulación de la sentencia recurrida.

93. En segundo lugar, la Comisión alega que este motivo de casación es inadmisible a efectos de la impugnación de las apreciaciones de hecho.

94. Afirma que KME meramente alega que el Tribunal General: i) estimó erróneamente que la Comisión estaba legitimada para deducir la existencia de una repercusión real sobre el mercado de los elementos de prueba enumerados en el apartado 69 de su sentencia; ii) debería haber otorgado más peso en el apartado 71 a las pruebas que, según KME, indican que no hubo ninguna repercusión y que los participantes en el cártel no cumplían

los acuerdos; iii) debería haber otorgado más peso en el apartado 72 a los estudios econométricos que según KME indican que no hubo una repercusión estadísticamente significativa; y iv) debería haber exigido «pruebas directas» de la existencia y alcance de las repercusiones.

95. A su juicio, sin embargo, el Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse sobre los hechos ni, en principio, para examinar las pruebas admitidas por el Tribunal General. Corresponde únicamente a este último la valoración de los elementos de prueba, siempre que se hayan obtenido de forma regular y se hayan observado las normas y los principios pertinentes. Salvo que se haya desvirtuado el sentido manifiesto de las pruebas, esta valoración no está sujeta al control del Tribunal de Justicia.

96. Sostiene que las pruebas de la repercusión real en las que se basa la Decisión controvertida y las conclusiones extraídas de las mismas fueron discutidas en profundidad ante el Tribunal General, el cual ofreció un resumen de los elementos de prueba en el apartado 69 de su sentencia, concluyendo en el apartado 70 que la Comisión estuvo legitimada para deducir que el cártel había tenido una repercusión real, y desestimando a continuación, en los apartados 71 y 72, las alegaciones de KME de que esta conclusión quedaba desvirtuada por otros elementos de prueba.

97. Además, asevera que, aparte del hecho de que las alegaciones de KME se basan únicamente en su propio comportamiento, los estudios econométricos que aportó estaban fundamentalmente viciados por varias razones que fueron discutidas exhaustivamente ante el Tribunal General. El Tribunal General no tenía obligación de pronunciarse sobre estas cuestiones, ya que en cualquier caso desestimó las alegaciones de KME, pero la Comisión las resume del siguiente modo.

98. Los estudios tenían por objeto alcanzar conclusiones sobre las repercusiones del cártel mediante la comparación de los precios que se admite que fueron pactados con los precios en períodos y/o países «competitivos». Sin embargo, se incluían muchas regiones con respecto a las cuales había pruebas directas de comportamientos colusorios. Uno de los acuerdos de fijación de precios preveía unos incrementos específicos para ciertos países mencionados y un 8 % para «cualquier otro país no mencionado», sugiriendo que todas las ventas de KME estaban sujetas a acuerdos colusorios y que no existían «países competitivos» para llevar a cabo una comparación.

99. En cualquier caso, el examen de los cálculos estadísticos indicaba que los resultados alegados también coincidían con la conclusión de que el cártel había incrementado los precios. El modelo de KME no podía excluir un incremento medio del 10,5 % anual e indicó que los precios de KME Germany subieron como media un 29,9 % por año durante la

existencia del cártel. En otros aspectos los estudios mostraban resultados irregulares que KME no pudo explicar.

100. Por consiguiente, el Tribunal General examinó adecuadamente tanto los elementos de prueba en los que se basó la Decisión controvertida para apreciar una repercusión real, como todas las alegaciones formuladas por KME para oponerse a las conclusiones alcanzadas. Mucho más allá de la aplicación de los acuerdos de fijación de precios, el Tribunal General concluyó, sobre la base de pruebas concretas, fiables y adecuadas que quedaba demostrada la existencia de una repercusión real.

101. En tercer lugar, la Comisión alega que las conclusiones del Tribunal General estaban suficientemente razonadas.

102. En su opinión, la alegación de KME –según la cual, la motivación del Tribunal General es ilógica e insuficiente cuando declara que las pruebas econométricas aportadas por KME no demostraban que la infracción en su conjunto había carecido de repercusiones en el mercado, apoyándose en el informe inicial relativo únicamente a los precios de KME sin mencionar los dos informes adicionales que se referían al cártel en su conjunto– se basa en una interpretación errónea del apartado 72 de la sentencia.

103. Afirma que ante el Tribunal General KME alegó que los estudios relativos a sus propios precios prueban que el cártel no tuvo repercusiones concretas en el mercado. Sin embargo, tanto el estudio inicial (tenido en cuenta por la Comisión en la Decisión controvertida) como los dos estudios adicionales (aportados ante el Tribunal General) se referían únicamente a las ventas de KME. En virtud del apartado 72 de su sentencia, el Tribunal General desestimó la alegación de KME sobre la base de su valoración independiente de los hechos y los elementos de prueba, señalando que el comportamiento de una sola empresa no es relevante para evaluar las repercusiones del cártel en su conjunto. Este razonamiento es totalmente coherente.

104. Aduce que la importancia de examinar el efecto del cártel en su conjunto es evidente en el presente asunto. Alega que, en primera instancia, señaló que el cártel incluía un reparto de la clientela y un sistema por el que, antes de las visitas de los clientes, los participantes tenían que ponerse en contacto con el líder del cártel en cada país a fin de confirmar qué cantidad podía venderse a qué precio. De los datos sobre los precios de KME no pueden, pues, extraerse conclusiones sobre los precios de otros miembros del cártel –por ejemplo, donde KME no intentaba vender a clientes debido al acuerdo de reparto. KME ha sugerido que incumplió los acuerdos, pero para que sus estudios econométricos aportasen información válida a este respecto, tendría que haber probado el incumplimiento

con respecto a cada cliente asignado a otro participante. KME ni siquiera intentó probarlo, ni ante la Comisión ni ante el Tribunal General.

105. A su juicio, la última frase del apartado 72 de la sentencia recurrida sólo hace referencia al informe inicial porque KME había alegado que la Decisión controvertida incurría en un error al desestimar la relevancia de dicho informe. Los informes adicionales no existían al tiempo de adoptarse la Decisión controvertida y, por tanto, no podían tomarse en consideración. El Tribunal General ciertamente examinó los tres estudios econométricos para alcanzar una conclusión sobre las alegaciones de KME basadas en el análisis de sus precios. Estas alegaciones fueron desestimadas por un motivo común a los tres estudios: se centraban únicamente en los precios de KME.

Apreciación

106. La primera cuestión que se debe analizar es si la naturaleza de la infracción (consistente en prácticas concertadas para la fijación de precios y reparto del mercado) basta por sí misma, independientemente de que se pruebe la repercusión real en el mercado, para justificar la aceptación por parte del Tribunal General de la calificación que hace la Comisión de la infracción como «muy grave» y de la fijación correspondiente del importe de partida de la multa.

107. En la Decisión controvertida, la Comisión fijó el importe de partida sobre la base de las siguientes apreciaciones: a) la existencia de una infracción «muy grave» debido a i) su naturaleza, ii) su repercusión en el mercado y iii) el tamaño geográfico del mercado, y b) el hecho de que la cuota de mercado de KME era aproximadamente tres veces mayor que la de Outokumpu o Wieland. Fijó un importe total de partida de 58,1 millones de euros: 35 millones de euros correspondientes a KME y 11,55 millones de euros correspondientes a cada una de las otras dos empresas.

108. KME alegó en primera instancia que, tanto al valorar la gravedad de la infracción como al distribuir el importe de partida de la multa entre los participantes del cártel, la Comisión no tuvo en cuenta la repercusión concreta en el mercado que en su motivación se afirmaba simplemente que se había establecido la existencia de una repercusión en el mercado pero que la misma no se podía cuantificar y que podía válidamente distribuir el importe de partida según la cuota de mercado. KME alegó, en síntesis, que la Comisión está legalmente obligada a tomar en consideración la repercusión concreta en el mercado cuando se pueda determinar y que en este caso se podía determinar, demostrando el estudio econométrico aportado por KME que era estadísticamente insignificante. Por tanto, el importe de partida debería haberse fijado dentro del grado inferior de la escala

pertinente (que para infracciones «muy serias» empieza en 20 millones de euros).

109. El Tribunal General estimó en el apartado 63 de la sentencia que, «aunque la Comisión no hubiera demostrado que la práctica concertada tuvo una repercusión concreta en el mercado, ello no habría influido en la calificación de la infracción como muy grave y, por tanto, en el importe de la multa» y profundizó en este razonamiento en los apartados 64 y 65, llegando a la misma conclusión.

110. Ante el Tribunal de Justicia, KME dirige sus alegaciones principalmente contra las conclusiones derivadas de este punto, recogidas en los apartados 66 a 72 de la sentencia recurrida, en virtud de las cuales el Tribunal General estimó «a mayor abundamiento» que la Comisión demostró suficientemente que existía una repercusión concreta de las prácticas concertadas en el mercado.

111. La Comisión alega, a la luz de lo anterior, que el motivo de casación es inoperante puesto que KME no ha impugnado la apreciación fundamental del apartado 63 y que, aunque se estimasen sus alegaciones con respecto a la repercusión concreta en el mercado, seguiría siendo válida la calificación de las prácticas concertadas como infracción «muy grave», no pudiéndose anular la sentencia en la medida en que desestimó el primer motivo.

112. No encuentro ningún defecto en este razonamiento, pero no creo que la premisa de que KME no ha impugnado la apreciación fundamental del apartado 63 deba aceptarse necesariamente.

113. Es cierto que KME no ha impugnado la apreciación de que la Comisión podía calificar válidamente la infracción como «muy seria», simplemente sobre la base de su naturaleza. De hecho, afirma (si bien en una nota a pie de página) que no habían planteado objeciones a este punto en primera instancia, sino que mantenía que, a la luz de las limitadas repercusiones concretas del cártel en el mercado, el importe de partida de la multa total debería haberse fijado conforme al grado inferior de la escala prevista para las infracciones «muy serias», concretamente en 20 millones de euros, según las Directrices, y no en 58,1 millones de euros. Desde este punto de vista opino que el primer motivo de casación de KME debe entenderse en el sentido de que cuestiona (aunque admito que no tan explícitamente como hubiera sido deseable) la afirmación del Tribunal General de que, al ser irrelevante la repercusión concreta en el mercado para calificar la infracción como «muy grave», también es irrelevante para fijar el importe de partida de la multa.

114. Estoy de acuerdo, sin embargo, con que si se confirman las afirmaciones de los apartados 63 a 65 de la sentencia recurrida, la impugnación de las apreciaciones de los apartados 66 a 72, aunque fuera aceptada, quedaría sin efecto. Se deduce claramente de las palabras que sirven de introducción al apartado 66 [36] que lo que seguía cumplía sobradamente con lo que el Tribunal General

36 — Su formulación, aunque pueda dar lugar a cierta duda en inglés, corresponde a la expresión inequívoca «[à] titre surabondant» de la versión francesa, que es la lengua en la que el Tribunal General formuló la sentencia.

consideraba una motivación suficiente. Además, por lógica, si «las prácticas concertadas merecen, por su propia naturaleza, las multas más severas», independientemente de su repercusión concreta sobre los precios del mercado y de si la Comisión se basó en la existencia de dicha repercusión y no en el nivel preciso de la misma al fijar el importe de partida de la multa, entonces ese importe no puede ser cuestionado pretendiendo demostrar que la repercusión era limitada.

115. La Comisión sostiene igualmente que este motivo es inadmisible porque sólo impugna las apreciaciones de los hechos realizadas por el Tribunal General.

116. Este punto tampoco me convence del todo. Algunos aspectos de las alegaciones de KME parecen referirse a la apreciación de los hechos –concretamente, las recogidas en los apartados 18 a 20 y 22 del recurso, y los apartados 87 y 89 *supra*– pero otras alegaciones son de naturaleza jurídica y denuncian deficiencias de la sentencia recurrida (aunque, de nuevo, podrían haberse formulado mejor). Básicamente KME alega que, ante las discrepancias existentes relativas a las conclusiones que deben sacarse de las pruebas disponibles, el Tribunal General no debería haberse limitado a permitir que la Comisión se apoyara en presunciones basadas en «indicios [...] que indiquen, con una probabilidad razonable, que dicha práctica colusoria ha tenido repercusiones en el mercado», sino que debería haberle exigido, como mínimo, que refutara de forma satisfactoria las pruebas contrarias aportadas por KME. Esta alegación debe ser analizada, tal y como expliqué en el punto 113 *supra,* en el marco de la impugnación de la afirmación del Tribunal General, no ya de que la repercusión concreta no era relevante para la calificación de la infracción como «muy seria», sino de que la repercusión concreta en el mercado tampoco era relevante para determinar el importe de partida de la multa.

117. Por tanto, yo no desestimaría el primer motivo por inoperante o inadmisible en virtud de que sólo impugna la apreciación de los hechos.

118. Por otra parte, en la medida en que plantea cuestiones de Derecho, no opino que deba ser estimado. La afirmación del Tribunal General recogida en el apartado 64 de su sentencia de que las posibles repercusiones concretas del cártel en el mercado no constituyen un criterio decisivo para fijar el importe de las multas, queda ampliamente respaldada por la jurisprudencia que cita. [37] Dichas repercusiones son sólo uno de los muchos criterios que deben tenerse en cuenta y que no se limitan a los tres enumerados en las Directrices. En la medida en que la Comisión estableció en la Decisión impugnada que había habido cierta

37 — Véanse especialmente los resúmenes contenidos en los puntos 95 y siguientes de las conclusiones del Abogado General Mischo en el asunto en el que recayó la sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de noviembre de 2000, Mo och Domsjö/Comisión, y los apartados 129 y 130 de la sentencia de 25 de enero de 2007, Dalmine/Comisión, ambas citadas en el apartado 64 de la sentencia recurrida, reproducido en el punto 84 *supra*.

repercusión (un punto no refutado por KME), podía utilizar esta apreciación como uno de los elementos en los que basar el cálculo del importe de partida de la multa. Y en la medida en que al hacerlo la Comisión no presumió el nivel específico de las repercusiones, sino que, al contrario, procedió explícitamente sobre la base de que las repercusiones no podían cuantificarse de forma precisa, [38] no se le puede reprochar que no haya identificado de forma precisa dicho nivel, ni se puede criticar al Tribunal General por haber aceptado el enfoque de la Comisión.

119. Debo añadir que, si las empresas deciden aportar estudios econométricos para respaldar sus alegaciones, la Comisión debe ciertamente tomar en cuenta estos elementos de prueba en su apreciación global. Sin embargo, si no acepta totalmente estos elementos de prueba, no está obligada a aportar otro estudio econométrico para probar lo contrario.

120. Queda por considerar, como mencioné en el punto 83 *supra,* si el examen realizado por el Tribunal General de este motivo ha cumplido con el nivel exigido por el CEDH y la Carta.

38 — Véanse, especialmente, los puntos 299 a 301 y 314 de la Decisión impugnada.

121. A este respecto procede señalar que KME no alega un incumplimiento en este sentido. Ninguno de los extractos citados en el marco del quinto motivo de casación se refieren a la parte pertinente de la sentencia del Tribunal General. De hecho, esta parte de la sentencia no emplea la formulación concreta criticada por KME, a saber, una referencia al margen de apreciación de la Comisión.

122. Creo además que el Tribunal General analizó el primer motivo con arreglo al modo en que lo planteó KME.

123. El argumento de KME se basaba fundamentalmente en alegar que la Comisión quedaba obligada por sus propias Directrices a, o bien medir las repercusiones concretas de las prácticas concertadas en el mercado y basarse en esta medición, o bien abstenerse por completo de basarse en las repercusiones sobre el mercado. El Tribunal General analizó esta alegación y, aunque lo consideró innecesario, también examinó tanto los elementos de prueba de los que dispuso la Comisión, como los informes econométricos posteriormente aportados por KME, llegando a la conclusión de que no podía reprocharse a la Comisión que se hubiera apoyado y utilizado el criterio de las repercusiones sobre el mercado al fijar el importe de partida de la multa. Por tanto, aunque podrían haberse planteado otras cuestiones –por ejemplo, la posible necesidad de explicar por qué el importe de salida

total fue fijado en 58,1 y no en 20 millones de euros o en 100 millones de euros– no fue así y el Tribunal General analizó las cuestiones planteadas de una manera que no sugiere en ningún caso que no hubiera ejercitado su plena jurisdicción, tal y como lo exige el CEDH.

Sobre el segundo motivo de casación, relativo al tamaño del mercado

Partes pertinentes de la sentencia recurrida

124. En la Decisión impugnada, la Comisión había calculado el tamaño del mercado de que se trata con inclusión del coste del cobre utilizado en la fabricación de los tubos. KME alegó en primera instancia que dicho cálculo no tenía en cuenta la realidad del mercado. Afirma que, de hecho, son los propios compradores de los tubos los que fijan el precio del cobre que se utiliza y ese precio, que representa alrededor de dos tercios del precio final de los tubos, simplemente se les repercute. Sostuvo que el peso económico real del mercado se limita al margen obtenido de la transformación, que representaba alrededor de un tercio del importe de 288 millones de euros manejado en la Decisión impugnada.

125. En los apartados 86 a 89 de su sentencia, el Tribunal General señaló que la Comisión, aunque no estaba obligada a hacerlo, podía válidamente tener en cuenta el tamaño del mercado a la hora de determinar la gravedad de la infracción para fijar el importe de partida de la multa y que en este caso lo había tenido en cuenta, aunque sólo como uno de los elementos a tomar en consideración, por lo que era necesario considerar si la Comisión había cometido un error al incluir el precio del cobre en este contexto. La conclusión del Tribunal General se encuentra recogida en los apartados 91 a 94:

«91 […] ningún motivo válido obliga a excluir determinados costes de producción en el cálculo del volumen de negocios de un mercado de referencia. Tal y como la Comisión señaló acertadamente, en todos los sectores industriales existen costes inherentes al producto final que el fabricante no puede controlar, pero que constituyen un elemento esencial del conjunto de sus actividades y que, por tanto, no pueden excluirse de su volumen de negocios en la fijación del importe de partida de la multa (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia 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, Rec. p. II-491, apartados 5030 y 5031). No desvirtúa esta conclusión el hecho de que el precio del cobre constituya una parte considerable del precio final de los tubos industriales ni que el riesgo de

fluctuaciones de los precios del cobre sea mayor que el de otras materias primas.

92 [...] procede señalar que carecen de pertinencia las distintas alegaciones en que las demandantes afirmaban que, en lugar de recurrir al volumen de negocios del mercado pertinente, sería más conveniente, a la vista de la finalidad disuasoria de las multas y del principio de igualdad de trato, fijar el importe de éstas en función de la rentabilidad del sector afectado o de su correspondiente valor añadido. A este respecto debe observarse, en primer lugar, que la gravedad de la infracción se determina en atención a muchos factores, en relación con los cuales la Comisión dispone de un margen de apreciación (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de diciembre de 2007, BASF y UCB/Comisión, T-101/05 y T-111/05, Rec. p. II-4949, apartado 65), sin que se haya establecido una lista taxativa o exhaustiva de criterios que deban tenerse en cuenta obligatoriamente (sentencia Dalmine/Comisión, citada en el apartado 64 *supra,* apartado 129), y que no compete al juez comunitario, sino a la Comisión, en el marco de su margen de apreciación y dentro de los límites que se desprenden del principio de igualdad de trato y del Reglamento nº 17, elegir los factores y los elementos cuantitativos que tendrá en cuenta para aplicar una política que garantice el respeto de las prohibiciones contempladas en el artículo 81 CE.

93 Además, no puede discutirse que el volumen de negocios de una empresa o de un mercado, como factor de evaluación de la gravedad de la infracción, es necesariamente vago e imperfecto. No distingue ni los sectores con alto valor añadido de los de escaso valor añadido, ni las empresas rentables de las que no lo son. Sin embargo, a pesar de su naturaleza aproximativa, tanto el legislador comunitario como la Comisión y el Tribunal de Justicia consideran que el volumen de negocios, en la actualidad, es un criterio adecuado, en el marco del Derecho de la competencia, para apreciar el tamaño y el poder económico de las empresas implicadas [véanse, en particular, la sentencia Musique diffusion française y otros/Comisión, citada en el apartado 64 *supra,* apartado 121; el artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17, el considerando 10 y los artículos 14 y 15 del Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO L 24, p. 1)].

94 Habida cuenta de todo lo anterior, procede concluir que la Comisión no erró al tener en cuenta el precio del cobre en la determinación del tamaño del mercado de referencia.»

Síntesis de las alegaciones

Alegaciones planteadas en el recurso de casación de KME

126. KME considera que su descripción de las características del mercado de referencia, al no haber sido cuestionada en la sentencia recurrida, debe ser considerada un hecho aceptado a efectos del recurso. Alega que, no obstante, el Tribunal General cometió un error de Derecho y realizó una motivación insuficiente al no reconocer que la Comisión podía interpretar válidamente el concepto de «volumen de negocios» como volumen de negocios neto al calcular el valor del mercado.

127. En primer lugar, considera que la práctica de la Comisión demuestra que, al calcular el importe de partida de una multa, debe tener en cuenta las características específicas del mercado o empresa de que se trate. Sostiene que los tribunales han estimado que puede apartarse de su práctica general de basar el cálculo en el volumen de negocios alcanzado durante el último año completo de la infracción, si ese año no es representativo del tamaño y poder económico real de la empresa ni de la verdadera escala de la infracción. Con respecto al cálculo del importe máximo de la multa, alega que el Tribunal de Justicia ha estimado que, en cada caso concreto, y teniendo en cuenta el contexto y los objetivos del sistema de las multas, la Comisión debe valorar la repercusión que se pretende tener sobre la empresa de que se trata, tomando en consideración en particular un volumen de negocios que refleje la situación económica real de la empresa durante la infracción. Afirma que, en su práctica reciente, la Comisión se ha apoyado a menudo en la posibilidad contemplada en las Directrices de apartarse del criterio de utilizar las ventas alcanzadas durante el último ejercicio completo de participación en la infracción, cuando esto es aconsejable en el marco de los hechos concretos del caso o de otros factores externos. Asimismo, asevera que el Tribunal General ha declarado que la Comisión puede basar su valoración de la capacidad económica efectiva para causar un perjuicio significativo en datos relativos al volumen de negocios y cuota de mercado, salvo que circunstancias concretas, como las características del mercado, disminuyan apreciablemente la relevancia de dichos datos y sea necesario tener en cuenta otros factores.

128. En segundo lugar, sostiene que el hecho de que el precio del cobre dependa únicamente de la decisión del cliente de comprar en una fecha determinada hace que el sector de los tubos de cobre sea excepcional y no pueda compararse a ningún otro sector, de la misma manera que el cobre no es comparable con otros costes de insumos, tales como energía, agua o equipos, cuyos precios son fijados contractualmente entre el fabricante y el proveedor correspondiente. Afirma que, a pesar de ello, el Tribunal General concluyó erróneamente que no existían razones válidas para excluir el precio del cobre del tamaño del mercado afectado por las prácticas

concertadas a efectos del cálculo de la multa. Según KME, con ello también vulneró el principio de no discriminación –en virtud del cual las situaciones diferentes deben tratarse de forma diferente– y el de proporcionalidad. Con respecto a este último punto, KME señala que la multa que le fue impuesta representa aproximadamente el 2 % de su volumen de negocios total mundial para 2002, el 40 % de su volumen de negocios en el EEE en el mercado de los tubos industriales basado en el precio total, incluyendo el cobre; el 80 % de su volumen de negocios correspondiente a la transformación en este sector, el 42 % de su beneficio de explotación bruto consolidado en 2003 y el 16 % de su valor neto consolidado en junio de 2003.

129. En tercer lugar, alega que si la Comisión le hubiera multado por prácticas concertadas en el mismo mercado, cesando en 2007, y hubiera calculado el valor del mercado sobre la base del volumen de negocios global para ese año, el importe de partida de la multa hubiera sido mucho más elevado simplemente por la enorme subida del precio del cobre entre 2003 y 2007.

130. En cuarto lugar, aduce que el Tribunal General se basó erróneamente en su sentencia Cimenteries CBR y otros/Comisión: [39] En aquel asunto, los costes de los insumos relevantes, tales como transporte y el suministro de bolsas, estaban bajo el control de los participantes en el cártel, mientras que en el presente asunto el precio del cobre no estaba bajo el control de los fabricantes de los tubos. Asevera que igualmente se fundamentó equivocadamente en la jurisprudencia que otorga a la Comisión un margen de apreciación para elegir los factores que utiliza a fin de determinar la gravedad de una infracción, incluyendo, como regla general, el volumen de negocios, ya que el volumen de negocios basado en el precio total no es un indicador significativo de la gravedad de una infracción en el mercado de los tubos industriales. En su opinión, el margen de apreciación de la Comisión al elegir los factores no puede llegar al punto de apoyarse en elementos que, a la luz de las características especiales del contexto económico, no afectan a la gravedad de la infracción. Considera que, en su sentencia, el Tribunal General no examinó si los criterios empleados por la Comisión habían sido pertinentes y adecuados.

39 — Citada en el apartado 91 de la sentencia recurrida.

Contestación de la Comisión

131. La Comisión alega que las afirmaciones de KME sobre cómo se fijan los precios del cobre y la forma en que se venden los tubos industriales no son hechos aceptados a efectos del recurso de casación. Sostiene que el Tribunal General no estaba obligado a pronunciarse sobre estos extremos. Afirma que sus conclusiones no respaldaron la descripción que KME ofreció de los miembros del cártel como agentes de compra del metal y la Comisión alegó expresamente en primera instancia que, por los motivos finalmente aducidos en la sentencia recurrida, las afirmaciones de KME de que frecuentemente actuaba como agente para sus clientes no eran relevantes. Aduce que, como explicó, dondequiera que el cliente efectivamente comprara el cobre, encargando a KME que lo transformara, el precio del metal no quedaría incluido en el

volumen de negocios de KME. A su juicio, en cualquier caso las apreciaciones del Tribunal General relativas al tamaño del mercado de tubos industriales son incompatibles con la sugerencia de que los fabricantes de tubos industriales simultáneamente realizaban ventas en un mercado competitivo de cobre y en un mercado del producto transformado sometido a un cártel; sólo existe un mercado – el de los tubos industriales.

132. La Comisión afirma que el Tribunal General rechazó la alegación de KME, según la cual el mercado de tubos industriales es excepcional por la ausencia de control sobre los precios de los insumos, sin tener que pronunciarse sobre los detalles de la argumentación de KME. Estimó en el apartado 91 de su sentencia que ningún motivo válido obliga a excluir determinados costes de producción en el cálculo del volumen de negocios del sector y que concluyó que es un hecho acreditado que en todos los sectores industriales existen costes inherentes al producto final que el fabricante no puede controlar, pero que constituyen un elemento esencial del conjunto de sus actividades. Alega que estos costes no pueden excluirse del volumen de negocios en la fijación del importe de partida de la multa. Considera que no desvirtúa esta conclusión el hecho de que el precio del cobre constituya una parte considerable del precio final de los tubos industriales ni que el riesgo de fluctuaciones de los precios del cobre sea mayor que el de otras materias primas.

133. En opinión de la Comisión, mediante este motivo de casación simplemente se pide al Tribunal de Justicia que realice una apreciación diferente con respecto al hecho de si el sector de los tubos industriales es excepcional o no. Asevera que KME reitera las alegaciones que formuló en primera instancia relativas a los derechos contractuales de sus clientes con respecto al precio del cobre, la proporción del precio del cobre en relación con el precio total del tubo y la volatilidad del precio del cobre. Señala que este argumento es inadmisible y además, de hecho, nada diferencia en este punto a los fabricantes de tubos industriales de otros fabricantes que compran materias primas, servicios o equipos. Ninguna empresa que no sea dominante puede controlar el precio de los insumos. Observa que cualquier contrato es el resultado de la voluntad propia del fabricante, que aquí tiene la ventaja de repercutir el riesgo de las fluctuaciones del precio del cobre al cliente.

134. Sostiene la Comisión que en el apartado 93 el Tribunal General reconoció que el volumen de negocios de una empresa o de un mercado, como factor de evaluación de la gravedad de la infracción, es necesariamente vago e imperfecto. Alega que dicho Tribunal aceptó que el criterio del volumen de negocios no distingue entre diferentes sectores según tengan un valor añadido alto o bajo, ni

entre empresas según sean rentables o no. A pesar de ello, consideró que el volumen de negocios es un criterio adecuado en el marco del Derecho de la competencia para apreciar el tamaño y el poder económico de las empresas implicadas. En su opinión, en cambio, la alegación de KME simplemente tiene por objeto incitar al Tribunal de Justicia a que contradiga la apreciación del Tribunal General en este punto. Aduce que esta apreciación se llevó a cabo de forma equilibrada y se produjo tras un intenso debate en los escritos de alegaciones y en la vista, prefiriendo el Tribunal General la objetividad del criterio del volumen de negocios al riesgo de interminables controversias, subjetividad e incertidumbre que conllevaría la propuesta de KME de deducir los costes no controlados por los participantes en los cárteles.

135. Afirma que la apreciación del Tribunal General fue correcta. Considera que el Tribunal de Justicia debe oponerse en particular a la alegación de KME de que debe volver a valorar la multa sobre la base de los datos relativos bien a 2002, bien a 2003. Alegaciones de este tipo sólo incumben al Tribunal General.

Apreciación

136. Con respecto a si el examen del Tribunal General fue adecuado o no, la Comisión señala que KME cita (en el marco de su quinto motivo, pero con referencia al trato dispensado en primera instancia a su segundo motivo) el apartado 92 de la sentencia recurrida, en el que el Tribunal General invoca el margen de apreciación de la Comisión. Sostiene que, sin embargo, en el apartado 91, ese mismo Tribunal afirmó que «ningún motivo válido obliga a excluir determinados costes de producción en el cálculo del volumen de negocios de un mercado de referencia», que «en todos los sectores industriales existen costes inherentes al producto final que el fabricante no puede controlar, pero que constituyen un elemento esencial del conjunto de sus actividades y que, por tanto, no pueden excluirse de su volumen de negocios en la fijación del importe de partida de la multa» y que «[n]o desvirtúa esta conclusión el hecho de que el precio del cobre constituya una parte considerable del precio final de los tubos industriales ni que el riesgo de fluctuaciones de los precios del cobre sea mayor que el de otras materias primas». En el apartado 93 concluyó que «a pesar de su naturaleza aproximativa, tanto el legislador comunitario como la Comisión y el Tribunal de Justicia consideran que el volumen de negocios, en la actualidad, es un criterio adecuado, en el marco del Derecho de la competencia, para apreciar el tamaño y el poder económico de las empresas implicadas». Finalmente, en el apartado 94, el Tribunal General declaró: «Habida cuenta de todo lo anterior, procede concluir que la Comisión no erró [...]».

137. La cuestión subyacente es si, al utilizar la Comisión el tamaño del mercado (es decir, el volumen de ventas en vez de la extensión geográfica) como uno de los criterios para la valoración de la gravedad de la infracción, debe basarse en todos los casos en los precios

totales o si puede basarse exclusivamente en aquella parte del precio que está bajo la influencia de los infractores.

138. KME no mantiene que el tamaño del mercado nunca deba tenerse en cuenta, ni que sea siempre incorrecto tomar como base los precios totales, sino que el mercado de los tubos de cobre tiene unas características específicas por las que es erróneo en este caso. Considera, por tanto, que el Tribunal General incurrió en un error de Derecho y proporcionó una motivación insuficiente con respecto a su afirmación de que el volumen de negocios bruto era una medida válida para determinar el tamaño del mercado.

139. Considero que la Comisión está en lo cierto cuando alega que KME le está pidiendo en gran medida al Tribunal que lleve a cabo apreciaciones de hecho sobre las características del mercado, para lo cual carece de competencia en un recurso de casación. El Tribunal General sólo aceptó como hechos acreditados que «el precio del cobre constituy[e] una parte considerable del precio final de los tubos industriales» y que «el riesgo de fluctuaciones de los precios del cobre [es] mayor que el de otras materias primas». KME no ha alegado que estas apreciaciones desvirtúan claramente el sentido de las pruebas. Por tanto, debe valorarse sobre esta base fáctica si el Tribunal General cometió un error de Derecho u ofreció una motivación insuficiente.

140. El Tribunal General apoyó su conclusión, en cuanto a los fundamentos de Derecho, en cuatro afirmaciones: el tamaño de cualquier mercado, determinado según el volumen de ventas, incluye algunos costes que los fabricantes no pueden controlar; a este respecto, las características del mercado de tubos industriales no son excepcionales; la Comisión tiene cierta libertad para elegir los factores que toma en consideración; y el volumen de negocios bruto se acepta, aun siendo imperfecto, como indicador del tamaño y poder económico de las empresas.

141. No creo que esta motivación sea insuficiente. Es cierto que la sentencia Cimenteries CBR y otros/Comisión, citada por el Tribunal General, se refería a costes secundarios que sin duda eran menos importantes que el precio del cobre en el presente asunto, pero la diferencia en importancia no desvirtúa la tendencia existente en la jurisprudencia actual de incluir costes más importantes. Además, resulta inevitable que la proporción de las materias primas en el volumen de negocios varíe sustancialmente de un sector a otro. Si en algunos casos se permitiera tener en cuenta el volumen de negocios bruto y en otros no, sería necesario establecer algún límite, probablemente expresado mediante determinada relación entre el volumen de negocios neto y el bruto, a partir del cual se aplicaría un trato diferente. Pero este límite sería muy difícil de aplicar y daría lugar a controversias interminables e insalvables, incluidas alegaciones de desigualdad de trato. Debe recordarse también que de la Decisión impugnada no se

deduce ninguna relación directa o matemática entre el tamaño del mercado y el importe de partida global de las multas y que el propio Tribunal General afirmó que el tamaño del mercado sólo era uno de los factores utilizados por la Comisión. En estas circunstancias, parece razonable aceptar que la Comisión se apoyase en una medida «aproximada» –pero fácil de utilizar– al determinar el tamaño del mercado, como uno entre varios criterios utilizados para determinar la gravedad de la infracción. En cualquier caso, KME no ha planteado ningún motivo válido para concluir que el Tribunal General cometió un *error de Derecho* al estimar que la Comisión estaba legitimada para actuar de esta manera.

142. Analizaré a continuación la cuestión de si el examen llevado a cabo por el Tribunal General del segundo motivo en primera instancia fue adecuado a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

143. En primer lugar, es cierto que el Tribunal General estableció en su motivación que, «la gravedad de la infracción se determina en atención a muchos factores, en relación con los cuales la Comisión dispone de un margen de apreciación» y que, «no compete al juez comunitario, sino a la Comisión, en el marco de su margen de apreciación [...] elegir los factores y los elementos cuantitativos que tendrá en cuenta». KME se ha apoyado como mínimo en el primero de estos extractos de la sentencia para alegar, en el marco de su quinto motivo de casación, que el Tribunal General mostró una «deferencia excesiva» hacia el margen de apreciación de la Comisión.

144. Sin embargo, se deduce del segundo motivo de casación, mediante el que KME alega que «el margen de apreciación de la Comisión para elegir los factores que utiliza a fin de determinar la gravedad de las prácticas concertadas no puede llegar al punto de apoyarse en elementos que, a la luz de las características especiales del contexto económico, no afectan a la gravedad de la infracción», que KME efectivamente acepta la existencia de ese margen de apreciación pero simplemente no está de acuerdo con el Tribunal General con respecto a su alcance. Opino que esto no constituye una base suficiente para alegar que el Tribunal General no ha ejercitado su competencia jurisdiccional plena con respecto al recurso contra la Decisión impugnada.

145. También es cierto que las afirmaciones pertinentes del Tribunal General, recogidas en los apartados 91 a 93 de la sentencia, son breves. No obstante, esto no implica forzosamente que no se hayan examinado cuidadosamente las alegaciones. Al contrario, se deduce claramente de la larga exposición de las alegaciones de KME (apartados 75 a 82) y de la desestimación (en el apartado 88) de la alegación de la Comisión de que el tamaño

del mercado no fue relevante con respecto al importe de la multa, que el segundo motivo fue cuidadosamente analizado. Las apreciaciones del Tribunal General son totalmente coherentes con la conclusión de que formó su propia opinión sobre si había sido apropiado incluir los precios del cobre para la determinación del tamaño del mercado a efectos de determinar la gravedad de la infracción y, en mi opinión, KME no ha planteado ningún argumento convincente para cuestionar esta conclusión.

Sobre el tercer motivo de casación, relativo al incremento del porcentaje en función de la duración

Partes pertinentes de la sentencia recurrida

146. En primera instancia, KME alegó en su tercer motivo que, si bien las Directrices permiten un incremento en función de la duración de la infracción de *hasta un* 10 % por año (es decir, de entre un 0 y un 10 %), la Comisión debería haber ajustado este incremento teniendo en cuenta la intensidad variable de las prácticas concertadas durante el período de su existencia y la falta de repercusiones sobre los precios, en vez de aplicar un incremento a tanto alzado del máximo del «10 % por cada año de duración, es decir, un total del 125 %». El Tribunal General desestimó este motivo por infundado, afirmando lo siguiente en los apartados 100 a 104 de la sentencia recurrida:

«100 […] un incremento del importe de la multa en función de la duración no se limita a la hipótesis de que exista una relación directa entre la duración y un mayor [[40]] perjuicio causado a los objetivos comunitarios que contemplan las normas sobre la competencia (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de septiembre de 2003, Michelin/Comisión, Rec. p. II-4071, apartado 278 y jurisprudencia allí citada).

101 De las Directrices se desprende además que la Comisión no estableció ningún solapamiento ni ninguna interdependencia entre la apreciación de la gravedad y de la duración de la infracción.

102 Por el contrario, en primer lugar, de la sistemática de las Directrices se desprende que establecen la apreciación de la gravedad de la infracción, como tal, a efectos de determinar un importe de partida general de la multa. En segundo lugar, la gravedad de la infracción se analiza en relación con las características de la empresa implicada, en particular su tamaño y su posición en el mercado pertinente, lo que puede dar lugar a una ponderación del importe de partida, a la distribución de las

40 — Esta nota no afecta a la versión española de las presentes conclusiones.

empresas en categorías y a la fijación de un importe de partida específico. En tercer lugar se tiene en cuenta la duración de la infracción para la fijación del importe de base y, en cuarto lugar, las Directrices prevén la toma en consideración de circunstancias agravantes y atenuantes que permiten modular el importe de la multa en función, en particular, del papel activo o pasivo de las empresas implicadas en la comisión de la infracción.

103 De ello se deduce que el mero hecho de que la Comisión se haya reservado una posibilidad de incremento por cada año de infracción, que por lo que respecta a las infracciones de larga duración alcanza hasta el 10 % del importe establecido según la gravedad de la infracción, no la obliga en modo alguno a fijar este porcentaje en función de la intensidad de las actividades del cártel o de sus efectos, ni siquiera de la gravedad de la infracción. En efecto, corresponde a la Comisión, en el marco de su margen de apreciación (véase el apartado 31 supra), elegir el porcentaje de incremento que va a aplicar en atención a la duración de la infracción.

104 En el caso de autos, la Comisión declaró, concretamente en los considerandos 335 y 340 de la Decisión impugnada, que el grupo KME había participado en la infracción durante doce años y diez meses, es decir, una larga duración en el sentido de las Directrices y, por ello, incrementó la multa en un 125 %. Al hacer esto, la Comisión no se apartó de las reglas que se impuso en las Directrices. Por lo demás, el Tribunal de Primera Instancia considera que en el caso de autos, este incremento del 125 % no es manifiestamente desproporcionado.»

Síntesis de las alegaciones

Alegaciones planteadas en el recurso de casación de KME

147. KME alega que la motivación del Tribunal General es oscura, ilógica e insuficiente, al no establecer una regla clara.

148. Afirma que la interpretación y aplicación del número 1 de la sección B de las Directrices ha sido discutidas frecuentemente en la jurisprudencia, la cual, no obstante, no formula los criterios que deben servir de base a la Comisión para ajustar, en caso de infracciones de más de cinco años de duración, el importe de partida de la multa dentro de un margen de entre un 0 y un 10 % por cada año de infracción. Sostiene que parece indicar simplemente que el incremento en función de la duración no se limita a los casos que muestren una relación directa entre la duración y la mayor gravedad del perjuicio causado a los

objetivos de la Comunidad contemplados en las normas sobre la competencia –en otras palabras, que el importe de partida puede ser incrementado en función de la duración aun cuando el perjuicio causado a los objetivos contemplados en las normas sobre la competencia no se vea agravado como efecto directo de este factor, o no exista en absoluto. Esta interpretación no puede ser correcta.

149. En primer lugar, alega que contradice la formulación clara del número 1 de la sección B, que se refiere a sancionar realmente aquellas restricciones «cuyos efectos nocivos sobre los consumidores sean duraderos». Por lo tanto, a su juicio, la Comisión misma estableció el requisito de una relación directa entre la duración y el efecto perjudicial, que ha sido reconocido hace tiempo por la jurisprudencia. Aduce que el Tribunal General ha declarado que, cuando la Comisión fija el importe de partida en función de la gravedad teniendo en cuenta las repercusiones concretas en el mercado, deberá «demostrar plenamente que dicho impacto se [ha] producido durante todo el período de vigencia del cártel» y si no lo demuestra el importe de partida deberá ser reducido. [41]

150. En segundo lugar, considera que, al afirmar que la Comisión no ha establecido ningún solapamiento ni ninguna interdependencia entre la apreciación de la gravedad y la duración de la infracción en las Directrices, el Tribunal General aceptó la alegación de la Comisión de que el importe del incremento en función de la duración sólo refleja la duración de la infracción y no su gravedad, de manera que cualquier factor relevante relativo a la intensidad de la infracción ya se ha tomado en cuenta al apreciar la gravedad. Sin embargo, afirma que el Tribunal General no examinó si en la apreciación de la gravedad la Comisión tuvo en cuenta adecuadamente el hecho de que el cártel varió en intensidad y efectividad a lo largo de su existencia y que hubo períodos significativos de tensión y alejamiento. Sostiene que, en lugar de aceptar la afirmación de la Comisión de que se trataba de evitar tener en cuenta los mismos factores por partida doble en beneficio de los miembros del cártel, el Tribunal General debería haber analizado si esto realmente se había producido en la Decisión impugnada. Alega que, de hecho, la Comisión ignoró dos veces las variaciones de intensidad, incluidos dos períodos de inactividad: una vez cuando determinó el importe de partida en función de la gravedad, y otra vez, cuando determinó el incremento en función de la duración.

151. En tercer lugar, aduce que el Tribunal General cometió un error lógico al concluir que el incremento del 10 % por año era coherente con los principios establecidos en las Directrices simplemente porque las mismas contemplan un incremento de hasta un 10 % por año. Asevera que esto sería correcto si las mismas hubiesen previsto un incremento *del* 10 % (y no *de hasta* un 10 %). Sin embargo, sostiene que el margen de apreciación de

41 — Sentencia de 5 de abril de 2006, Degussa/Comisión (T-279/02, Rec. p. II-897), apartados 247 y 254.

la Comisión al fijar el importe de las multas entre un máximo y un mínimo no es ilimitado y, por tanto, debe explicar su elección en relación con las características de cada caso, quedando la elección sometida al control de los tribunales. La aplicación de un incremento máximo no debería haberse aprobado por el Tribunal General sin valorar primero de qué manera ejercitó la Comisión su facultad de apreciación.

152. Finalmente, en su opinión, el Tribunal General también erró al estimar que el incremento del 125 % del importe de partida no es manifiestamente desproporcionado. Afirma que la Comisión admitió en la Decisión impugnada que el cártel varió en intensidad y efectividad y que hubo períodos significativos de tensión y distanciamiento, a pesar de lo cual aplicó el incremento máximo disponible en función de la duración. Por tanto, KME afirma que habría recibido el mismo trato aunque el cártel hubiera funcionado todo el tiempo con plena intensidad y efectividad. A su juicio, al no reconocer y tener en cuenta esta circunstancia y no corregir el incremento determinado por la Comisión, el Tribunal General vulneró los principios de proporcionalidad y de igualdad de trato.

153. Consiguientemente, KME considera que la sentencia recurrida debe ser anulada en este punto y que el Tribunal de Justicia debe ejercitar su competencia jurisdiccional plena para reducir adecuadamente el porcentaje del incremento en función de la duración, volver a determinar el importe de partida y, en consecuencia, el importe total de la multa.

Contestación de la Comisión

154. La Comisión alega que el Tribunal General estimó que no estaba obligada a fijar el incremento en función de la duración sobre la base de la intensidad o efectos del cártel, ni de la gravedad de la infracción. Sostiene que, mediante el presente motivo de casación, KME simplemente expresa su desacuerdo con esta apreciación y pide al Tribunal de Justicia que la sustituya por la suya propia. A consecuencia de ello, el motivo es inadmisible.

155. Afirma que el Tribunal General explicó de forma clara y lógica los motivos de su apreciación, contestando a todas las alegaciones de KME. Asevera que éste estimó que el incremento en función de la duración no se limita a casos en que exista una relación directa entre la duración y un mayor perjuicio a los objetivos comunitarios contemplados en las normas sobre la competencia. Aduce que explicó a continuación que las Directrices no establecen ningún solapamiento ni ninguna interdependencia entre la apreciación de la gravedad y de la duración. Más bien

establecen cuatro pasos diferenciados que debe seguir la Comisión:

a) apreciar la gravedad de la infracción como tal a efectos de determinar el importe de partida;

b) analizar la gravedad de la infracción en relación con las características de cada empresa, lo que puede dar lugar a una ponderación del importe de partida;

c) tener en cuenta la duración de la infracción para la fijación del importe de base; y

d) considerar circunstancias agravantes y atenuantes que permiten modular el importe de la multa.

156. Por tanto, a su juicio la gravedad de la infracción o la intensidad y efectos del cártel no influyen necesariamente en el incremento en función de la duración en el tercer paso. Arguye que al basarse las alegaciones de KME de que el incremento debería haber sido inferior al 10 % por cada año exclusivamente en estos elementos, debe entenderse que son infundadas. A pesar de todo, el Tribunal General estimó que el incremento resultante del 125 % no era manifiestamente desproporcionado.

157. Observa que KME alega ahora que esta apreciación no fue equitativa y que el Tribunal de Justicia debe sustituirla por su propia apreciación. Sin embargo, «[...] en el marco del recurso de casación, el control del Tribunal de Justicia tiene por objeto, por un lado, examinar en qué medida el [Tribunal General] ha tomado en consideración, de manera jurídicamente correcta, todos los factores esenciales para apreciar la gravedad de un determinado comportamiento [...] y, por otro lado, examinar si el [Tribunal General] ha contestado de modo suficiente con arreglo a Derecho a todas las alegaciones formuladas por la recurrente sobre la supresión o la reducción de la multa [...]. En lo referente al supuesto carácter desproporcionado de la multa, [...] no corresponde al Tribunal de Justicia, cuando se pronuncia sobre cuestiones de Derecho en un recurso de casación, sustituir, por razones de equidad, la apreciación del [Tribunal General] por la suya propia, cuando éste resuelve, en el ejercicio de su plena jurisdicción, sobre el importe de las multas impuestas a empresas por haber infringido el Derecho [de la UE]». [42]

158. Por tanto, afirma que el tercer motivo de casación de KME es inadmisible y además carece, por las razones expuestas por el Tribunal General, de fundamento.

42 — Sentencia de 29 de abril de 2004, British Sugar/Comisión (C-359/01 P, Rec. p. 1-4933), apartados 47 y 48.

159. Con respecto a si el examen del Tribunal General fue adecuado, la Comisión señala (en el marco del quinto motivo de casación, aunque con referencia al tratamiento de su tercera alegación en primera instancia) que KME cita el apartado 103 de la sentencia, en el que el Tribunal General hace referencia, en el marco de las Directrices, al margen de apreciación de la Comisión con respecto al porcentaje de incremento que aplica en atención a la duración de la infracción. Sin embargo, sostiene que en el apartado 100 el Tribunal General ya hizo la afirmación de principio de que «un incremento del importe de la multa en función de la duración no se limita a la hipótesis de que exista una relación directa entre la duración y un mayor [43] perjuicio causado a los objetivos comunitarios que contemplan las normas sobre la competencia». Con respecto a la alegación de KME según la cual la Comisión se había impuesto límites a este respecto al adoptar las Directrices, alega que el Tribunal General explicó, en el apartado 102, la sistemática de las Directrices y, en el apartado 103, concluyó que: «[d]e ello se deduce que el mero hecho de que la Comisión se haya reservado una posibilidad de incremento por cada año de infracción, que por lo que respecta a las infracciones de larga duración alcanza hasta el 10 % del importe establecido según la gravedad de la infracción, no obliga en modo alguno a fijar este porcentaje en función de la intensidad de las actividades del cártel o de sus efectos, ni siquiera de la gravedad de la infracción. En efecto, corresponde a la Comisión, en el marco de su margen de apreciación […] elegir el porcentaje de incremento que va a aplicar en atención a la duración de la infracción». En su opinión, de ello se deduce que el Tribunal General consideró, en el marco de la alegación de KME, si la Comisión se había impuesto un límite concreto al adoptar las Directrices, concluyendo que éste no era el caso.

Apreciación

160. Una característica inesperada del presente motivo de casación (y del motivo correspondiente en primera instancia e incluso de la parte pertinente de la Decisión impugnada) es que toda esta cuestión parece basarse en un error aritmético elemental que se desprende de la sentencia recurrida, aunque parece haber pasado desapercibido por todos los implicados.

161. El reproche de KME ha sido desde el principio que su multa había sido incrementada en un 125 % en función de la duración de la infracción, lo cual considera excesivo. La Comisión no se ha opuesto de ninguna forma a esta premisa (lo cual, sin duda, es la razón por la que el Tribunal General la ha aceptado sin cuestionarla) e incluso parece creer que en la Decisión impugnada efectivamente aplicó un incremento del 125 % a la multa de KME. Sin embargo, esto no es cierto.

162. El hecho de que el incremento fue considerablemente menor resulta evidente sin necesidad de recurrir a un cálculo complejo. Cuando un importe se incrementa en un 100 %, se duplica; por tanto, si se incrementa en un 125 % el importe sería más del doble.

43 — Esta nota no afecta a la versión española de las presentes conclusiones.

Sin embargo, si comparamos los importes globales para todo el grupo KME detallados en los apartados 17 y 19 de la sentencia recurrida (35 millones de euros y 56,88 millones de euros, respectivamente), [44] podemos observar que el incremento especificado en el apartado 19 resulta ser menos del doble del importe de partida. De hecho, el incremento real fue de un 62,5 %, [45] que es sólo la mitad de lo que se afirmó, presumió o aceptó a lo largo de todo el procedimiento. En efecto, la Comisión trató el comportamiento de KME como participación en dos infracciones separadas, una de una duración de siete años y la otra de cinco y medio, resultando en un incremento total en función de la duración inferior al que se aplicó en el caso de Outokumpu y Wieland, a pesar de que la duración del comportamiento fue de al menos doce años y diez meses para todos los participantes. [46]

163. Resulta preocupante que una discrepancia de casi 22 millones de euros [47] haya pasado desapercibida. Quizá los contables de KME no comprobaron los cálculos de la Decisión impugnada o no creyeron oportuno avisar del error y sus abogados quizá careciesen de los conocimientos matemáticos necesarios o no comprobaron los órdenes de magnitud implicados del modo en que los ha descrito en el punto 1 anterior. Tal vez la Comisión nunca verificó las cantidades, ni en el momento de calcular la multa ni durante el procedimiento judicial. Si (aunque parece poco probable) la intención fue realmente aplicar un incremento global del 62,5 %, parece que como mínimo falló la comunicación dentro de la Comisión entre los responsables de fijar la multa y los responsables de contestar a las alegaciones formuladas por KME.

44 — Véase el punto 26 *supra*.

45 — Para ser exactos, está ligeramente por encima del 62,5 % ya que, después de llevar a cabo sus cálculos, la Comisión redondeó al alza el importe resultante, de 56,875 millones de euros a 56,88 millones de euros; no obstante, para compensar se aplicó un redondeo a la baja en un momento posterior, cuando se aplicó una reducción del 30 %. Los importes que manejó la Comisión en la Decisión impugnada parecen estar redondeados hasta los 10.000 euros más próximos.

46 — Como el grupo KME no se formó como tal hasta 1995 (aunque las entidades que lo constituyen participaron en el cártel durante todo el período), la Comisión dividió el importe global de la multa en dos partes iguales: una correspondiente al período de 1988 a 1995, a su vez repartida entre las diversas entidades; y la otra, correspondiente al período de 1995 a 2001, para el grupo en su conjunto. La Comisión aplicó a la primera parte un incremento del 70 % y a la segunda, del 55 %, asumiendo, según parece, que resultaba en un total del 125 %, incremento que aplicó al importe de partida de Outokumpu y Wieland (véase la nota 16 *supra*). Sin embargo, en realidad, cuando la mitad de un importe se incrementa en un tanto por ciento y la otra mitad en otro tanto por ciento, el importe total se incrementa, no por la suma de los dos porcentajes, sino por el promedio de los mismos. Esto resulta más claro si imaginamos que cada mitad es incrementada por el mismo porcentaje –supongamos que es un 55 % en cada caso–; el incremento total sigue siendo, obviamente, del 55 % y no del 110 %.

47 — Si el importe de partida de 35 millones de euros hubiera sido incrementado en un 125 %, el resultado hubiera alcanzado la suma de 78,75 millones de euros, 21,87 millones más que la cantidad real de 56,88 millones de euros.

164. En cualquier caso, el resultado final parece ser que, mientras las multas impuestas a Outokumpu y Wieland fueron efectivamente incrementadas en un 125 % (lo que supone un total acumulado de casi un 10 % por año de infracción), en aquel momento del proceso del cálculo, las multas a KME sólo fueron incrementadas en un 62,5 % (ligeramente por debajo de un 5 % por año), a pesar de que la duración de su participación en el cártel, bien como grupo, bien como empresas individuales, había sido la misma. [48] Esto pone en evidencia lo que parece ser un defecto de la Decisión impugnada que, de haberse detectado, podría haber sido impugnado por Outkumpu o Wieland o podría haber llevado al Tribunal General a incrementar la multa de KME.

165. La cuestión que nos concierne es, sin embargo, en qué afecta el error a este motivo de casación.

166. En mi opinión, de lo anterior se deduce que este motivo es inoperante. En efecto, el motivo original alegado en primera instancia también es inoperante y resultan irrelevantes las correspondientes alegaciones de la Comisión y las apreciaciones del Tribunal General. El motivo de KME se basa en que la Comisión no debería haber aplicado el incremento máximo del 10 % por año de infracción con respecto a la presunta duración de doce años y medio (o algo más), resultando en un incremento total del 125 %. Sin embargo, la Comisión no hizo tal cosa y ahí debe quedarse el asunto.

167. Es cierto que, en teoría, sería posible analizar de forma independiente la cuestión de si la Comisión debería haber aplicado el incremento máximo del 10 % por año de la forma en que lo hizo y que resultó en un incremento total del 62,5 %. Sin embargo, tanto la motivación del Tribunal General como las alegaciones planteadas por KME en el recurso de casación se basan en la asunción de que se había producido un incremento total del 125 %. Sería pura especulación intentar analizar esta cuestión a la luz de cómo podrían haber sido la motivación y las alegaciones si se hubiera considerado el incremento real.

168. Cabría afirmar que el hecho de que el Tribunal General no detectara la discrepancia respalda la alegación de KME de que el nivel de control jurisdiccional fue inadecuado. Sin embargo, el Tribunal General no hizo nada más que basar su sentencia en una premisa aceptada por ambas partes. Además, si aquel Tribunal hubiera declarado que la premisa es errónea, el resultado no podría haber sido favorable a KME, por lo que no puede alegar

48 — Según mis cálculos, si se hubiera aplicado el mismo incremento a la multa de KME, el importe total de su multa hubiera ascendido, tras la reducción posterior del 30 %, a 55,125 millones de euros (35 + 125 % = 78,75; 78,75 – 30 % = 55,125), en lugar de a 39,81 millones de euros. Esta cifra se hubiera dividido proporcionalmente, en la medida en que fuera necesario, en una *ratio* de 7:5.5 correspondiente a los dos períodos, de 1988 a 1995 y de 1995 a 2001.

que sus derechos se vieron de forma alguna perjudicados.

Sobre el cuarto motivo de casación, relativo a la reducción de la multa en función de la cooperación

Partes pertinentes de la sentencia recurrida

169. En la Decisión impugnada, la Comisión redujo la multa de Outokumpu en función del hecho de que había aportado pruebas para determinar que la duración de la infracción fue de doce años y diez meses y no sólo de cuatro años. Como resultado de la reducción, Outokumpu acabó en la misma situación que si el incremento aplicado en función de la duración hubiera sido sólo de un 40 %, en vez de un 125 %.

170. En la cuarta parte del cuarto motivo de su recurso en primera instancia, KME alegó que la Comisión, vulnerando las Directrices y el principio de equidad y de igualdad de trato, no tuvo en cuenta adecuadamente su contribución a la determinación de la duración total de la infracción. Al haber sido el primero en proporcionar a la Comisión pruebas decisivas (y no sólo simple información) relativas a dos períodos de la infracción (entre mayo de 1988 y noviembre de 1992 y entre mayo de 1998 y el final de 1999), KME consideraba que debería haberse beneficiado de una reducción de la multa por estos períodos, de la misma forma en que se aplicó una reducción a la multa de Outokumpu.

171. El Tribunal General desestimó esta alegación en los apartados 123 a 133 de su sentencia:

«123 […] en primer lugar procede señalar que, según la Comunicación de 1996 sobre la cooperación, no podía concederse ni a Outokumpu ni a las demandantes una reducción superior al 50 % del importe final de las multas impuestas, pues no denunciaron la infracción ante la Comisión antes de que ésta efectuara las verificaciones que le proporcionaron motivos suficientes para incoar el procedimiento de infracción que dio lugar a la Decisión impugnada.

124 Tampoco se discute que la Comisión tuvo conocimiento por primera vez de la duración total del cártel por un memorándum de Outokumpu de 30 de mayo de 2001. En efecto, sobre la base de las informaciones proporcionadas anteriormente por la sociedad Mueller Industries, la Comisión sólo podía demostrar la existencia de una infracción desde mayo de 1994 hasta mayo de 1998. Sin embargo, las demandantes sostienen que gracias a

la información que comunicaron a la Comisión en octubre de 2002 esta última pudo comprobar definitivamente la existencia del cártel durante los períodos comprendidos entre mayo de 1988 y noviembre de 1992 y entre mayo de 1998 y el final de 1999.

125 Al determinar la duración adicional de la infracción, la Comisión podía incrementar los importes de partida de las multas impuestas a las empresas infractoras en un 125 % en vez de en un 40 %, en virtud del número 1, sección B, de las Directrices. Por tanto, las empresas que proporcionaron a la Comisión la información sobre la duración adicional de la infracción corrían el riesgo de que el importe de partida de sus multas se incrementara adicionalmente en un 85 %.

126 Se trata de una paradoja inherente a la Comunicación de 1996 sobre la cooperación, en el sentido de que una empresa que entra en el ámbito de la sección D de dicha Comunicación y que proporciona informaciones nuevas a la Comisión corre el riesgo de ser sancionada más severamente que si no hubiera comunicado dichas informaciones a la Comisión. El número 3, sexto guión, de las Directrices, a tenor del cual una "colaboración efectiva de la empresa en el procedimiento, fuera del ámbito de aplicación [de la Comunicación de 1996 sobre la cooperación]" puede constituir una circunstancia atenuante, permite superar esta paradoja.

127 En el caso de autos, al aplicar, sin mencionarlo, el número 3, sexto guión, de las Directrices, la Comisión concedió, de hecho, una exención a Outokumpu respecto a la duración adicional de la práctica concertada, que ignoraba antes de recibir de ésta el memorándum de 30 de mayo de 2001 (considerando 386 de la Decisión impugnada).

128 Por tanto, procede verificar si la Comisión estaba obligada, bien con arreglo al número 3, sexto guión, de las Directrices o bien según el principio de igualdad de trato, a conceder una reducción a las demandantes por las informaciones que proporcionaron a la Comisión, más de dieciséis meses más tarde que Outokumpu, sobre los períodos entre 1988 y 1992 y entre 1998 y 1999.

129 A este respecto procede recordar, de entrada, que la Comisión dispone de un margen de apreciación en lo que respecta a la aplicación de las circunstancias atenuantes (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de julio de 2004, Mannesmannröhren–Werke/Comisión, T-44/00, Rec. p. II-2223, apartado 307).

130 A continuación, procede señalar que es inherente a la lógica de la exención de las multas que sólo uno de los participantes en una concertación pueda beneficiarse de ella, pues el efecto perseguido es crear un clima de incertidumbre en el seno de las empresas fomentando su denuncia ante la Comisión. Esta incertidumbre resulta precisamente de que los participantes en la concertación saben que sólo uno de ellos podrá beneficiarse de una exención de la multa denunciando a los demás participantes en la infracción, exponiéndoles así al riesgo de que se les impongan multas más severas.

131 En una situación como la del caso de autos, en que la Comisión sabe que existe una práctica concertada pero carece de ciertos elementos esenciales que pueden determinar su duración total, es particularmente deseable el empleo de tal mecanismo, sobre todo para evitar que los infractores acuerden la ocultación de dichos elementos.

132 Tal situación se distingue de aquélla en que la Comisión ya tiene conocimiento de algunos elementos de prueba, pero trata de completarlos. En este último caso, la concesión de una reducción de la multa a los infractores en vez de una exención de la multa a una única empresa se justifica por el hecho de que el objetivo ya no es revelar una circunstancia que pueda conllevar un incremento de la multa impuesta, sino reunir tantas pruebas como sea posible con el fin de reforzar la capacidad de la Comisión para probar los hechos en cuestión.

133 En lo relativo a la supuesta desigualdad de trato entre Outokumpu y las demandantes, basta señalar que no se encontraban en una situación comparable porque la primera proporcionó a la Comisión más de un año antes que las demandantes los datos sobre los ocho años y medio de duración adicional de la concertación.»

Síntesis de las alegaciones de las partes

Alegaciones planteadas en el recurso de casación de KME

172. KME señala que la circunstancia atenuante de la «colaboración fuera del ámbito de aplicación de la Comunicación sobre cooperación» remedia la laguna existente en la Comunicación sobre cooperación de 1996 –subsanada en 2002– al garantizar que una empresa que proporcione a la Comisión elementos de prueba sobre hechos que

ignoraba hasta entonces relativos a la gravedad o duración de la infracción no sea sancionada de forma más severa que si no hubiera colaborado. A esta empresa se le concederá una exención parcial con respecto a los aspectos de la infracción que la Comisión desconocía hasta entonces y que ayudaron a la Comisión a determinar su existencia. Por definición, sólo puede beneficiarse una empresa. Como KME no cuestionó este principio, el Tribunal General comprobó, sobre la base de un error de interpretación de su recurso, si la Comisión estaba obligada «a conceder una reducción a las demandantes por las informaciones que proporcionaron a la Comisión, más de dieciséis meses más tarde que Outokumpu, sobre los períodos entre 1988 y 1992 y entre 1998 y 1999».

173. KME alega que existen dos criterios alternativos posibles para la aplicación de esta circunstancia atenuante. Se aplica a la primera empresa que proporcione a la Comisión: a) *información* o b) *elementos de prueba* previamente desconocidos que afectan a la gravedad o la duración de la infracción. Considera que el segundo criterio es el correcto y que el Tribunal General aplicó de forma errónea el primero cuando evaluó cuál de los dos miembros del cártel –KME u Outokumpu– debía beneficiarse de la exención. Basa su postura en las siguientes consideraciones:

i) las disposiciones pertinentes de las Comunicaciones sobre la cooperación de 2002 y 2006 [49] establecen claramente que sólo una empresa que proporcione elementos de prueba (y no simple información) a la Comisión puede beneficiarse de una exención parcial;

ii) la Comisión no modificó su política de multas tras las Comunicaciones sobre la cooperación de 2002 y 2006 y, por tanto, no debe interpretar la «colaboración fuera del ámbito de aplicación de la Comunicación sobre la cooperación» prevista en la Comunicación de 1996 de una forma contraria a la Comunicación de 2006;

iii) según las Comunicaciones sobre la cooperación de 2002 y 2006, el hecho de que la Comisión tenga cierto conocimiento de unas prácticas concertadas no impide que el solicitante de clemencia se pueda beneficiar de una exención total de las multas, incluso cuando ese conocimiento es suficiente para llevar a cabo una verificación en los locales de la empresa (pero insuficiente para determinar una infracción); de la misma manera, el hecho de que la Comisión tenga cierto conocimiento sobre un comportamiento contrario a la libre competencia desempeñado durante cierto período – incluso si se obtuvo a través de la *información* no confirmada proporcionada por un participante del cártel – esto no impide que un solicitante de clemencia se pueda beneficiar de una exención parcial si posteriormente proporciona a la Comisión

49 — Véase la nota 13 *supra*.

elementos de prueba adecuados con respecto a dicho comportamiento que permiten a la Comisión determinar la existencia de prácticas concertadas durante aquel período;

iv) finalmente, las empresas estarían mucho menos dispuestas a colaborar con la Comisión si tuviesen que temer la imposición de multas por los períodos con respecto de los cuales son las únicas que han proporcionado las pruebas necesarias; sin la colaboración de KME, la Comisión no podría haber determinado la existencia de una infracción continuada entre 1988 y 2001; los motivos en los que se basó la aplicación a Outokumpu de la circunstancia atenuante pertinente por los períodos comprendidos entre 1988 y 1993 y 1999 y 2001 también son válidos para KME con respecto a esos períodos; por tanto, no fue equitativo con respecto a KME que, habiendo proporcionado a la Comisión elementos de prueba previamente desconocidos relativos a la duración y gravedad de la infracción, se le impusiera una multa por una infracción más larga, que la Comisión sólo pudo determinar (y no sólo sospechar) gracias a la colaboración de KME.

174. Por consiguiente, KME solicita al Tribunal de Justicia que anule la sentencia recurrida, en la medida en que el Tribunal General no estimó que KME debía beneficiarse de una reducción del porcentaje multiplicador de la duración aplicado al importe de partida de la multa relativa a los períodos comprendidos entre mayo de 1988 y noviembre de 1992 y entre mayo de 1998 y finales de 1999, que anule la parte relevante de la Decisión impugnada y que vuelva a calcular la multa a la luz de lo expuesto, en el ejercicio de su plena competencia jurisdiccional.

Contestación de la Comisión

175. La Comisión alega que, con respecto a su apreciación de cuándo es aplicable la exención parcial –en contraposición a una reducción de la multa por colaboración–, el Tribunal General dio una explicación clara y lógica, contestando a todas las alegaciones de KME. En los apartados 123 a 127 de su sentencia, explicó que al revelarle a la Comisión la duración total de las prácticas concertadas, Outokumpu hizo posible que la Comisión pudiera incrementar el importe de partida de la multa en un 85 %, mientras que la reducción máxima de la multa por colaboración era del 50 %. La Comisión afirma que resolvió esta paradoja mediante la concesión a Outokumpu de una reducción de la multa equivalente a la exención parcial con respecto a la duración adicional que había revelado. En los apartados 131 y 132, sostiene que el Tribunal General explicó en qué difiere esta situación de la de las empresas que sólo proporcionan elementos de prueba con respecto a un período

de existencia del cártel del que la Comisión ya tiene conocimiento.

176. En su opinión, KME pide al Tribunal de Justicia que sustituya la apreciación del Tribunal General por el criterio preferido por KME. Considera que esto no sólo es inadmisible sino que, además, la apreciación del Tribunal General es claramente correcta, mientras que la opinión de KME es claramente incorrecta. Aduce que, cuando Outokumpu proporcionó información que la Comisión desconocía, reveló la duración total de las prácticas concertadas y la Comisión pudo, por primera vez, verificar y buscar medios de prueba que pudiesen confirmar la duración total. Sin esta revelación no hubiera sido posible adoptar una decisión sobre la infracción relativa a los años de los que no se tenía conocimiento. Considera que KME sólo proporcionó unos medios de prueba que, aunque la Comisión aun no disponía de ellos, se referían a elementos de la infracción de los que sí tenía conocimiento previo (dentro de la duración que ya había revelado Outokumpu) y, por tanto, no tuvieron un efecto tan importante en la investigación. La Comisión afirma que ya estaba investigando y buscando medios de prueba para verificar la duración del cártel y puede que hubiera obtenido estos medios de prueba incluso sin la ayuda de KME. KME le facilitó la labor a la Comisión, pero eso fue todo.

177. En su opinión, la distinción que hace KME entre información y elementos de prueba no es determinante. Sostiene que, en realidad, la «información» proporcionada por Outokumpu también constituía un elemento de prueba. El memorándum de Outokumpu de 30 de mayo de 2001, mencionado en el apartado 124 de la sentencia recurrida, fue utilizado como prueba en la Decisión impugnada. Por otra parte, los «elementos de prueba» proporcionadas por KME claramente facilitaron información a la Comisión sobre ciertos detalles de la práctica concertada. El factor decisivo es si la «información» o el «elemento de prueba» revelan por primera vez un elemento de las prácticas concertadas que afecta a su gravedad o duración y que no podría haberse verificado sin la contribución de la empresa de que se trata.

178. Además, alega que KME no hubiera obtenido una exención parcial con arreglo a la Comunicación sobre la cooperación de 2002 que menciona. Esta Comunicación ofrece una exención parcial a la empresa que «aporte elementos de prueba relacionados con hechos de los cuales la Comisión no tenga conocimiento previo y que repercutan directamente en la gravedad o duración del presunto cártel». Los elementos de prueba aportados por KME se refieren a hechos de los cuales la Comisión tenía conocimiento previo, concretamente la duración total del cártel.

179. Observa que el criterio alternativo propuesto por KME llevaría a la duplicidad –e inviabilidad– del criterio para la concesión de la reducción en función de la colaboración prevista en la sección D de la Comunicación sobre la cooperación de 1996, según la cual una empresa que facilite «información, documentos u otros elementos de prueba que contribuyan a confirmar la existencia de la infracción» gozará de una reducción de entre un 10 y un 50 %. Afirma que, conforme al criterio propuesto por KME se concedería

una exención cuando la Comunicación sobre la cooperación expresamente prevé una reducción máxima de un 50 %, destruyendo el sistema previsto en dicha Comunicación. Considera que KME fue compensada adecuadamente por su cooperación, con una reducción del 30 % de la multa, reducción que fue confirmada por el Tribunal General y que no ha sido impugnada en el recurso de casación.

haberse beneficiado de una exención parcial y no «meramente» de una reducción de la multa en función de la cooperación, afirma que el Tribunal General estimó expresamente que esto no sería correcto en ningún caso, afirmando, por ejemplo en el apartado 132, que «la concesión de una reducción de la multa a los infractores en vez de una exención de la multa a una única empresa se justifica por el hecho de que el objetivo ya no es revelar una circunstancia que pueda conllevar un incremento de la multa impuesta».

180. Con respecto a la cuestión de si el examen llevado a cabo por el Tribunal General fue adecuado o no, la Comisión señala que KME cita (en el marco del quinto motivo de casación, aunque con referencia al tratamiento de su cuarto motivo en primera instancia) el apartado 115 de la sentencia recurrida, en el cual el Tribunal General declaró que a falta de indicaciones imperativas en las Directrices, la Comisión conservó un cierto margen de apreciación con respecto a las circunstancias atenuantes, y el apartado 129, donde se vuelve a insistir en que la Comisión disponía de un margen de apreciación a este respecto. Sin embargo, sostiene que dichas afirmaciones se realizaron en el marco de las alegaciones de KME de que la Comisión había vulnerado la sección 3 de las Directrices al oponerse a tener en cuenta ciertas circunstancias atenuantes. Para el Tribunal General se trataba de dilucidar si las alegaciones afectaban a cuestiones en las que la Comisión se había obligado a seguir las Directrices o si, por el contrario, entraban en el ámbito en el que conservaba un margen de apreciación. Esto no indica que no llevara a cabo un control judicial adecuado, sino que es un simple reflejo de la naturaleza de las alegaciones hechas por KME en primera instancia. Con respecto al reproche de que KME debería

Apreciación

181. Deseo señalar que si se hubiera reducido la multa de KME en la Decisión impugnada de manera que efectivamente se hubiera anulado el incremento aplicable en función de la duración por los períodos de un total de seis años y un mes (con respecto a lo cual KME alega que proporcionó a la Comisión «elementos de prueba decisivos»), el resultado debería haber sido equivalente al de aplicar un incremento sólo con respecto a los restantes seis años y nueve meses de la infracción. Si la cuota anual se hubiera mantenido en el 10 %, como se hizo con respecto a los demás participantes, esto hubiera supuesto un incremento del 67,5 % –es decir, de un 5 % más que el incremento total que realmente (y quizá inadvertidamente) se aplicó–. [50] En

50 — Véanse los puntos 161 y ss. *supra*.

consecuencia, aquí también es probable que, si el Tribunal General hubiera conocido toda la verdad sobre la situación, el resultado no hubiera beneficiado a KME aunque se hubiera estimado esta alegación en particular.

182. Siendo ello así, podría pensarse en la posibilidad de adoptar la misma postura que propuse para el tercer motivo de casación, considerando, por tanto, que este motivo (al igual que el motivo correspondiente en primera instancia) es inoperante. Sin embargo, en este punto me parece que la cuestión de si KME debería haber sido tratada como si no hubiera participado en el cártel durante los períodos con respecto de los cuales proporcionó elementos de prueba a la Comisión no está necesariamente ligada a la cuestión del porcentaje del incremento y, por tanto, puede ser analizada de forma separada.

183. La alegación de KME se basa en tres premisas que, en principio, deben confirmarse para que la alegación pueda prosperar: a) debe diferenciarse entre la información que revela un período de existencia de una infracción y los elementos de prueba que confirman que la infracción existió durante este período; b) cuando una parte previamente proporciona información y otra parte posteriormente proporciona elementos de prueba, únicamente esta última debe beneficiarse de una exención con respecto al período del que se trata; y c) con respecto a los períodos desde mayo de 1988 a noviembre de 1992 y desde mayo de 1998 hasta el final de 1999, KME proporcionó elementos de prueba, mientras que previamente Outokumpu sólo había aportado información.

184. Con respecto a a), estoy de acuerdo con la Comisión en que no puede trazarse ninguna distinción válida entre información (que KME parece entender como declaraciones basadas en lo que se recuerda) y elementos de prueba (que parece entender como documentación u otros medios tangibles de los que se pueden deducir ciertas conclusiones). En realidad, la información proporciona elementos de prueba (de lo contrario nunca tendría sentido oír a los testigos en los procedimientos legales) y los elementos de prueba proporcionan información (sin la cual carecerían de valor). El Tribunal General no erró, pues, cuando otorgó el mismo valor a las aportaciones de Outokumpu y a las de KME con respecto al carácter de su utilidad para la investigación de la Comisión.

185. Con respecto a b), aunque en general no puede distinguirse entre información y elementos de prueba sobre la base de su naturaleza a efectos de utilidad en una investigación, sí es posible que diferentes aportaciones, bien sean de «información» o de «elementos de prueba», difieran enormemente en cuanto a su utilidad en el marco de una investigación en concreto. Por tanto, es posible que un participante en el cártel aporte información o elementos de prueba sobre un período de la infracción de un carácter tan vago y poco concluyente que carezcan de utilidad práctica para la Comisión y que otro aporte posteriormente información o elementos de prueba de carácter tan detallado que sean de una importancia decisiva a la hora de confirmar que la

infracción se produjo durante el período correspondiente. En este caso, no resultaría inadecuado que la Comisión, si concede alguna reducción de la multa por este motivo, tratase más favorablemente a este último participante; y si por el contrario tratase más favorablemente al primero, estaría justificado que el último solicitase al Tribunal General que reconsiderase este enfoque en el marco de su competencia jurisdiccional plena, aunque el resultado dependería de la apreciación de los hechos de aquel Tribunal. En cualquier caso, no se discute que la «lógica de la exención de las multas» a la que hace referencia el Tribunal General en el apartado 130 de su sentencia se inclina por el criterio de recompensar sólo al primer participante que aporte información o elementos de prueba adecuados.

186. Con respecto a c), la cuestión de si los «elementos de prueba» aportados por KME fueron determinantes para que la Comisión pudiera concluir que el cártel estaba activo en los períodos de que se trata, mientras que la «información» aportada previamente por Outokumpu no hubiera servido de base para ninguna conclusión, es una cuestión de hecho que no puede ser objeto de este recurso de casación. Además, se deduce de los apartados 128 y 131 a 133 de la sentencia recurrida que el Tribunal General estimó en este punto que Outokumpu había aportado información esencial apta para confirmar la duración total de la infracción, que fue complementada por KME con elementos de prueba más de dieciséis meses después, por lo que se reforzó la posibilidad de determinación de los hechos por parte de la Comisión. Sobre la base de esta apreciación de los hechos, no cabe duda de que el Tribunal General no cometió ningún error de Derecho al desestimar la cuarta parte del cuarto motivo del recurso de KME.

187. Por último, con respecto a la cuestión de si el control llevado a cabo por el Tribunal General fue adecuado, está claro que las afirmaciones que hizo éste relativas al margen de apreciación de la Comisión en cuanto a la decisión de tener en cuenta los factores mitigantes, no impidieron en modo alguno que el Tribunal General examinara y contestara correctamente a las alegaciones de KME y que la conclusión se adoptó sobre la base de una valoración efectiva de los hechos y las alegaciones planteadas.

Costas

188. Conforme al artículo 122 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, el Tribunal de Justicia decidirá sobre las costas cuando el recurso de casación sea infundado. Con arreglo al artículo 69, apartado 2, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. En el presente asunto considero que el recurso de casación debe ser desestimado. La Comisión ha solicitado la condena en costas, por lo que KME debe ser condenada a pagar las costas de la Comisión.

Conclusión

189. Por todas las anteriores consideraciones opino que el Tribunal de Justicia debe:

— Desestimar el recurso de casación.

— Condenar a KME Germany AG, KME France SAS y KME Italy SpA a cargar con las costas de la Comisión.