



# Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL  
SR. MELCHIOR WATHELET  
presentadas el 26 de septiembre de 2013<sup>1</sup>

## Asunto C-295/12 P

**Telefónica, S.A.,  
Telefónica de España, S.A.U.,  
contra**

**Comisión Europea**

«Competencia — Abuso de posición dominante — Estrechamiento de márgenes (compresión de márgenes) — Precios mayoristas exigidos por Telefónica, S.A., en el mercado español de acceso de banda ancha — Multa — Obligación de motivación de la Comisión — Método de cálculo — Principio de no discriminación — Principio de proporcionalidad — Plena jurisdicción del Tribunal General»

## Índice

I. Antecedentes del litigio .....	3
II. Recurso ante el Tribunal General y sentencia recurrida.....	4
III. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia .....	5
IV. El recurso de casación .....	5
A. Sobre la solicitud de acceso a la transcripción literal o a la grabación de la vista oral ante el Tribunal General .....	5
B. Sobre la excepción de inadmisibilidad propuesta por la Comisión contra la totalidad del recurso de casación .....	6
C. Sobre el recurso de casación .....	6
1. Motivos de casación inadmisibles en su totalidad: motivos segundo, tercero, cuarto y quinto.	6
a) Segundo motivo de casación .....	7
b) Tercer motivo de casación .....	7

<sup>1</sup> — Lengua original: francés.

c) Cuarto motivo de casación .....	7
d) Quinto motivo de casación .....	8
2. Motivos de casación que deberían desestimarse por ser parcialmente inadmisibles y parcialmente infundados: motivos primero, sexto, séptimo y noveno.....	10
a) Motivos de casación primero y noveno .....	10
b) Sexto motivo de casación .....	13
c) Séptimo motivo de casación .....	15
i) Primera parte del séptimo motivo de casación .....	15
ii) Segunda parte del séptimo motivo de casación .....	16
– Primera imputación .....	16
– Segunda imputación .....	18
3. Octavo motivo de casación (cálculo del importe de la multa) y décimo motivo de casación (incumplimiento de la obligación de proceder a una revisión de plena jurisdicción en lo que respecta a las sanciones) .....	18
i) Primera parte del octavo motivo de casación (alegaciones segunda y tercera de la primera imputación y segunda imputación) .....	18
ii) Alegaciones primera y cuarta de la primera imputación, imputaciones tercera y cuarta de la primera parte y restantes alegaciones del octavo motivo de casación y décimo motivo de casación .....	20
– Alegaciones de las partes .....	21
– Análisis .....	23
α) Primera parte: los derechos y obligaciones de la Comisión .....	24
β) Segunda parte: la plena jurisdicción del Tribunal General .....	27
αα) La teoría de la competencia jurisdiccional plena .....	27
ββ) Aplicación de la teoría sobre la competencia jurisdiccional plena. ....	36
V. Conclusión .....	43

1. El presente asunto tiene por objeto un recurso de casación interpuesto por Telefónica, S.A. (en lo sucesivo, «Telefónica»), y Telefónica de España, S.A.U. (en lo sucesivo, «Telefónica de España»), contra la sentencia del Tribunal General<sup>2</sup> en la que este último desestimó el recurso de anulación presentado por ellas contra la Decisión C(2007) 3196 final de la Comisión,<sup>3</sup> así como su pretensión subsidiaria de anulación o reducción del importe de la multa.

## I. Antecedentes del litigio

2. El Tribunal General resumió así los antecedentes del litigio en los apartados 3 a 29 de la sentencia recurrida:

«3 El 11 de julio de 2003, Wanadoo España, S.L. (actualmente France Telecom España, S.A.) (en lo sucesivo, “France Telecom”), presentó una denuncia ante la Comisión [...] alegando que el margen entre los precios mayoristas que las filiales de Telefónica cobraban a sus competidores por el suministro mayorista de acceso de banda ancha en España y los precios minoristas que cobraban a los usuarios finales no era suficiente para que los competidores de Telefónica pudieran competir con ella [...].

[...]

6 El 4 de julio de 2007, la Comisión adoptó la Decisión impugnada, objeto del presente recurso.

7 En primer lugar, en la Decisión impugnada, la Comisión identificó tres mercados de productos de referencia, a saber, un mercado minorista de banda ancha y dos mercados mayoristas de banda ancha [...].

[...]

15 Según la Decisión impugnada, los mercados geográficos pertinentes mayorista y minorista son mercados nacionales (territorio español) [...].

16 En segundo lugar, la Comisión comprobó que Telefónica ocupaba una posición dominante en los dos mercados mayoristas de referencia [...]. Así, durante el período considerado, Telefónica tenía el monopolio del suministro del producto mayorista regional y más del 84 % del mercado mayorista nacional [...]. Según la Decisión impugnada [...], Telefónica ocupaba también una posición dominante en el mercado minorista.

17 En tercer lugar, la Comisión examinó si Telefónica había abusado de su posición dominante en los mercados de referencia [...]. A este respecto, la Comisión consideró que Telefónica había infringido el artículo 82 CE al imponer precios no equitativos a sus competidores en forma de un estrechamiento de márgenes entre los precios minoristas de acceso de banda ancha en el mercado español “de masas” y los precios mayoristas de acceso de banda ancha a escala regional y nacional en el período comprendido entre septiembre de 2001 y diciembre de 2006 [...].

[...]

2 — Sentencia de 29 de marzo de 2012, Telefónica y Telefónica de España/Comisión (T-336/07; en lo sucesivo, «sentencia recurrida»).

3 — Decisión de 4 de julio de 2007 relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo [102 TFUE] (Asunto COMP/38.784 – Wanadoo España contra Telefónica; en lo sucesivo, «Decisión controvertida»).

- 25 Para fijar el importe de la multa, la Comisión aplicó, en la Decisión [controvertida], la metodología expuesta en las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del apartado 2 del artículo 15 del Reglamento n° 17 [4] y del apartado 5 del artículo 65 del Tratado [CA] (DO 1998, C 9, p. 3; en lo sucesivo, “Directrices de 1998”).
- 26 En primer lugar, la Comisión evaluó la gravedad y la repercusión de la infracción, así como la dimensión del mercado geográfico de referencia. Ante todo, en cuanto a la gravedad de la infracción, consideró que se trataba de un abuso característico por parte de una empresa que ocupa una posición virtualmente monopolística, abuso que debía calificarse de “muy grave” a la luz de las Directrices de 1998 [...]. En los considerandos 744 a 750 de la Decisión [controvertida], la Comisión diferencia, en particular, el presente asunto de la Decisión [Deutsche Telekom], [5] en la que el abuso de Deutsche Telekom, consistente también en una compresión de márgenes [(“margin squeeze” o “estrechamiento de márgenes”), [6] no se calificó de “muy grave” en el sentido de las Directrices de 1998. A continuación, por lo que respecta a la repercusión de la infracción comprobada, la Comisión tuvo en cuenta que los mercados de referencia eran mercados de una importancia económica considerable, que desempeñaban un papel crucial en el desarrollo de la sociedad de la información y que la repercusión del abuso de Telefónica en el mercado minorista había sido significativa [...]. Por último, en cuanto a la dimensión del mercado geográfico de referencia, la Comisión señaló, en particular, que el mercado español de banda ancha era el quinto mercado nacional de banda ancha más grande de la Unión Europea y que, aunque los casos de estrechamiento de márgenes se limitaban necesariamente a un solo Estado miembro, se impedía a los nuevos operadores de otros Estados miembros entrar en un mercado en fuerte crecimiento [...].
- 27 Según la Decisión [controvertida], el importe inicial de la multa, de 90.000.000 de euros, tiene en cuenta que la gravedad de la práctica abusiva se fue precisando a lo largo del período considerado y, más concretamente, después de que se adoptase la Decisión Deutsche Telekom [...]. A dicho importe se le aplicó un factor multiplicador de 1,25 para tener en cuenta la significativa capacidad económica de Telefónica y para asegurar a la multa un efecto disuasorio suficiente, de modo que el importe inicial de la multa se elevó a 112.500.000 euros [...].
- 28 En segundo lugar, dado que la infracción duró desde septiembre de 2001 a diciembre de 2006, es decir, cinco años y cuatro meses, la Comisión aumentó en un 50 % el importe inicial de la multa. Así pues, el importe de base de la multa quedó fijado en 168.750.000 euros [...].
- 29 En tercer lugar, en vista de las pruebas disponibles, la Comisión consideró que cabía admitir la existencia de algunas circunstancias atenuantes en el presente asunto, ya que la infracción se cometió al menos por negligencia. Así, se concedió a Telefónica una reducción del importe de la multa del 10 %, con lo que el importe de ésta quedó establecido en 151.875.000 euros [...].»

## II. Recurso ante el Tribunal General y sentencia recurrida

3. En su recurso ante el Tribunal General, Telefónica y Telefónica de España (en lo sucesivo, «recurrentes») invocaron seis motivos en apoyo de sus pretensiones principales de anulación de la Decisión controvertida. Dichos motivos se basaban, respectivamente, en una vulneración del derecho de defensa, en ciertos errores de hecho y de Derecho en la definición de los mercados mayoristas de

4 — Reglamento del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos [101 TFUE] y [102 TFUE] (DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22).

5 — Decisión 2003/707/CE de la Comisión, de 21 de mayo de 2003, en un procedimiento con arreglo al artículo [102 TFUE] (Asunto COMP/C 1/37.451, 37.578, 37.579 – Deutsche Telekom AG) (DO L 263, p. 9; en lo sucesivo, «Decisión Deutsche Telekom»). A este respecto, véase la sentencia de 14 de octubre de 2010, Deutsche Telekom/Comisión (C-280/08 P, Rec. p. I-9555), y las conclusiones del Abogado General Mazák en dicho asunto.

6 — En estas conclusiones utilizaré exclusivamente los términos «estrechamiento de márgenes».

referencia, en ciertos errores de hecho y de Derecho al determinar su posición dominante en los mercados de referencia, en ciertos errores de Derecho en la aplicación del artículo 102 TFUE en relación con su conducta abusiva, en ciertos errores de hecho o de apreciación de los hechos y errores de Derecho en lo referente a su conducta abusiva y a la repercusión negativa de ésta sobre la competencia y, por último, en una aplicación *ultra vires* del artículo 102 TFUE y en la violación de los principios de subsidiariedad, proporcionalidad, seguridad jurídica, cooperación leal y buena administración.

4. Con carácter subsidiario, las recurrentes invocaron dos motivos destinados a lograr la anulación de la multa o la reducción de su importe. El primer motivo se basaba en ciertos errores de hecho y de Derecho, en una infracción del artículo 15, apartado 2, del Reglamento n° 17 y del artículo 23, apartado 2, del Reglamento (CE) n° 1/2003<sup>7</sup> y en la violación de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima, y el segundo motivo estaba basado en ciertos errores de hecho y de Derecho y en una violación de los principios de proporcionalidad, igualdad de trato e individualización de las penas y de la obligación de motivación al fijar el importe de la multa. El Tribunal General desestimó la totalidad de los motivos y el recurso en su conjunto.

### III. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

5. Además de las recurrentes y de la Comisión, han participado en la fase escrita del procedimiento ante el Tribunal de Justicia tres partes coadyuvantes en primera instancia, a saber, la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc Consumo; en lo sucesivo, «Ausbanc»), France Telecom (autora de la denuncia que dio origen al presente asunto) y la European Competitive Telecommunications Association (en lo sucesivo, «ECTA»). En la vista celebrada el 16 de mayo de 2013 –referida únicamente a los motivos de casación séptimo, octavo y décimo (relativos a unos supuestos errores de Derecho en el cálculo del importe de la multa y a la obligación del Tribunal General de llevar a cabo una revisión de plena jurisdicción)–, todas estas partes han presentado observaciones.

### IV. El recurso de casación

#### *A. Sobre la solicitud de acceso a la transcripción literal o a la grabación de la vista oral ante el Tribunal General*

6. Las recurrentes y Ausbanc han solicitado que el Tribunal de Justicia les dé acceso, con arreglo al artículo 15 TFUE, a la transcripción literal o a la grabación de la vista oral que tuvo lugar ante el Tribunal General el 23 de mayo de 2011. Estimo que procede rechazar estas solicitudes, ya que la transcripción literal o la grabación de la vista celebrada ante el Tribunal General no forma parte de los autos del asunto remitidos al Tribunal de Justicia en virtud del artículo 5, apartado 1, de las instrucciones al Secretario del Tribunal General.

7 — Reglamento del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos [101 TFUE] y [102 TFUE] (DO 2003, L 1, p. 1), aplicable a partir del 1 de mayo de 2004.

*B. Sobre la excepción de inadmisibilidad propuesta por la Comisión contra la totalidad del recurso de casación*

7. Resulta obligado hacer constar que: i) el recurso de casación, formulado de una manera confusa y poco estructurada, es extremadamente largo –la traducción francesa del recurso tiene no menos de 133 páginas, y a un solo espacio, para un total de 492 puntos–<sup>8</sup> y repetitivo, y expone varios centenares de motivos, submotivos, imputaciones, alegaciones y subalegaciones (según la Comisión, constituye probablemente un récord en la historia del contencioso de la Unión); ii) el recurso de casación pretende casi sistemáticamente obtener un nuevo examen de los hechos, disimulándolo con alegaciones de que el Tribunal General aplicó un «criterio jurídico erróneo»; iii) los motivos de casación se presentan con frecuencia como meras afirmaciones, carentes por completo de motivación; iv) por una parte, las recurrentes critican frecuentemente la Decisión controvertida y no la sentencia recurrida y, por otra parte, cuando sus críticas se dirigen efectivamente contra la sentencia recurrida, no identifican prácticamente nunca los pasajes o los apartados específicos de esa sentencia que a su juicio contienen los supuestos errores de Derecho.

8. Estas constataciones y la dificultad para que la Comisión ejercite su derecho de defensa, o incluso la imposibilidad de hacerlo, han dado pie a la excepción de inadmisibilidad propuesta por ella contra el recurso de casación en su totalidad. Si bien es cierto que puedo experimentar cierta simpatía por esta excepción de inadmisibilidad –y, por lo demás, numerosas partes del recurso de casación me parecen manifiestamente inadmisibles–, no es menos cierto que el recurso de casación, como tal, no puede declararse inadmisibile en su totalidad, ya que algunos de los motivos o argumentos del recurso (aunque puedan compararse a agujas en un pajar) cumplen los requisitos de la admisibilidad. Esas «agujas» plantean además cuestiones de principio, a veces inéditas, particularmente en lo que respecta a la obligación del Tribunal General de proceder a una auténtica revisión de plena jurisdicción.

9. Por lo tanto, considero que procede desestimar la excepción de inadmisibilidad propuesta por la Comisión contra la totalidad del recurso de casación.

*C. Sobre el recurso de casación*

1. Motivos de casación inadmisibles en su totalidad: motivos segundo, tercero, cuarto y quinto

10. Estos motivos de casación –basados en unos supuestos errores de Derecho en la definición de los mercados de referencia y en la apreciación de la posición dominante y del abuso de ésta, así como de sus efectos sobre la competencia– me parecen inadmisibles en la medida en que impugnan, en definitiva, apreciaciones de hecho formuladas en la sentencia del Tribunal General. Además, a pesar de que una reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, codificada y confirmada en los artículos 169, apartado 2, y 178, apartado 3, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, exige que en la motivación de la casación se indiquen los apartados o secciones de la sentencia recurrida a los que se hace referencia, los motivos mencionados lo hacen sólo en raras ocasiones.

<sup>8</sup> — O sea, ¡un escrito de recurso ante el Tribunal de Justicia (que sólo debería contener argumentos de Derecho) más largo que el escrito de demanda regularizado que se presentó ante el Tribunal General! Además, algunos de sus puntos son casi ininteligibles, como el punto 298, que contiene una frase de 121 palabras.

a) Segundo motivo de casación

11. Las recurrentes alegan (punto 37 del recurso) que el Tribunal General cometió un error al negarse a reconocer, con carácter principal, que el acceso desagregado al bucle local, el producto mayorista nacional y el producto mayorista regional formaban parte del mismo mercado mayorista y, con carácter subsidiario, que los productos mayoristas nacional y regional formaban parte del mismo mercado mayorista.

12. Estimo que procede acoger la excepción de inadmisibilidad formulada por la Comisión, la ECTA, France Telecom y Ausbanc contra el segundo motivo en su totalidad. En primer lugar, las imputaciones formuladas en apoyo de este motivo son poco claras y se exponen de un modo casi ininteligible. En segundo lugar, con este motivo se pretende en realidad impugnar apreciaciones de hecho del Tribunal General. En tercer lugar, las recurrentes invocan varios argumentos nuevos que no fueron debatidos en primera instancia, a saber, que la Comisión no aplicó el test SSNIP,<sup>9</sup> que la definición de los mercados no era compatible con la comunicación relativa a la definición de los mercados,<sup>10</sup> que la definición del mercado requería un análisis empírico basado en un test de mercado o en un estudio econométrico y, por último, que el test SSNIP debía aplicarse dentro de un marco temporal concreto.

b) Tercer motivo de casación

13. Las recurrentes critican (punto 93 del recurso) el razonamiento del Tribunal General sobre la posición dominante que ostentan en los mercados mayoristas nacional y regional.

14. También en este caso considero que procede acoger la excepción de inadmisibilidad formulada por la ECTA, France Telecom y Ausbanc, pues este tercer motivo de casación se basa en alegaciones nuevas y pretende impugnar las apreciaciones de hecho efectuadas por el Tribunal General que lo llevaron a concluir que existía una posición dominante. Las recurrentes, al criticar los apartados 149, 150, 162 y 163 de la sentencia recurrida –alegando que el Tribunal General constató la existencia de una posición dominante basándose sólo en las elevadas cuotas de mercado de las recurrentes, y omitiendo erróneamente tener en cuenta la presión competitiva a la que están sometidas en un mercado de acceso irrestricto (*contestable market*)–, impugnan los hechos apreciados por el Tribunal General en el apartado 157 de la sentencia recurrida, que lo llevaron a considerar que el mercado mayorista en cuestión no era un mercado de acceso irrestricto.<sup>11</sup> Por lo tanto, procede declarar la inadmisibilidad de estos argumentos.

c) Cuarto motivo de casación

15. En resumen, las recurrentes alegan (punto 120 del recurso) que el Tribunal General erró al considerar que habían infringido el artículo 102 TFUE pese a que no concurrían las circunstancias que constituyen una negativa abusiva de suministro (*refusal to deal*) y que, al actuar así, dicho Tribunal violó su derecho de propiedad y los principios de proporcionalidad, de seguridad jurídica y de legalidad.

9 – SSNIP: *small but significant and non-transitory increase in price* (test del incremento pequeño pero significativo y no transitorio de los precios).

10 – Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa [de la Unión] en materia de competencia (DO 1997, C 372, p. 5).

11 – Es decir, un mercado en el que los clientes y los competidores de Telefónica podían replicar su red, de manera que se hallaban en condiciones de ejercer una presión competitiva efectiva con independencia de sus cuotas de mercado.

16. De nuevo en este caso considero que procede acoger la excepción de inadmisibilidad formulada por la Comisión, la ECTA, France Telecom y Ausbanc contra el cuarto motivo en su totalidad, dado que los argumentos en que se basa este motivo, i) o bien no fueron debatidos en primera instancia (por ejemplo, el argumento relativo a una supuesta violación del derecho de propiedad, que parece ser el núcleo de este motivo, o los argumentos relativos a los principios de proporcionalidad y de seguridad jurídica), ii) o bien pretenden impugnar apreciaciones de hecho del Tribunal General y solicitan en realidad al Tribunal de Justicia que proceda a una nueva apreciación de los hechos, iii) o bien no están expuestos con claridad (como la impugnación no motivada de la jurisprudencia *TeliaSonera Sverige*<sup>12)</sup> o no especifican suficientemente los apartados de la sentencia recurrida a los que hacen referencia.

d) Quinto motivo de casación

17. En este motivo de casación (punto 149 del recurso), tras resumir los dos test de estrechamiento de márgenes aplicados por la Comisión, las recurrentes se limitan, en definitiva, a reproducir las críticas formuladas al respecto en su demanda en primera instancia ante el Tribunal General y a impugnar las respuestas dadas por este último en los apartados 199 a 265 de la sentencia recurrida.

18. En realidad, las recurrentes intentan obtener –y muy frecuentemente sin indicar con precisión los apartados de la sentencia recurrida a los que hacen referencia– una nueva apreciación de los hechos y de las pruebas ya valorados por el Tribunal General, pretensión claramente inadmisibles en la fase de casación salvo en caso de desnaturalización de las pruebas, no demostrada por las recurrentes.

19. Ofrezco a continuación algunos ejemplos:

- Las recurrentes sostienen que los operadores alternativos utilizaban una combinación óptima de productos mayoristas. Al actuar así ponen en entredicho una constatación de hechos formulada por el Tribunal General en los apartados 130, 195 y 280 de la sentencia recurrida, según la cual no había quedado demostrado que los operadores alternativos utilizaran una combinación óptima de productos mayoristas.
- Las recurrentes (punto 162 del recurso) critican aparentemente el apartado 207 de la sentencia recurrida, alegando que el Tribunal General desnaturalizó los hechos al afirmar que la utilización efectiva del bucle local no había comenzado hasta finales de 2004. Según las recurrentes, por una parte, el Tribunal General hubiera debido distinguir dos períodos de análisis, antes y después de esa fecha, y, por otra parte, sus competidores habían utilizado efectivamente el bucle local antes de 2004. Ahora bien, este argumento no identifica ningún dato concreto de los autos que se considere desnaturalizado por el Tribunal General. En cualquier caso, se desprende de los autos que las recurrentes no alegaron en primera instancia que a partir de 2004 hubiera comenzado un nuevo período.
- Las recurrentes (punto 167 del recurso) critican aparentemente el apartado 217 de la sentencia recurrida, alegando que el Tribunal General erró al presumir que la ampliación del período de referencia daría lugar a distorsiones inaceptables, sin tomar en consideración los mecanismos correctores propuestos por las recurrentes y sin respetar la presunción de inocencia. A este respecto basta con señalar que el Tribunal General se limitó a resumir un argumento de las recurrentes, sin formular una apreciación propia. En cualquier caso, el argumento relativo a la presunción de inocencia ha sido invocado por primera vez por las recurrentes en el marco del recurso de casación.

12 — Sentencia de 17 de febrero de 2011 (C-52/09, Rec. p. I-527).



- Las recurrentes (punto 178 y siguientes del recurso) alegan igualmente que el Tribunal General cometió varios errores de Derecho en su examen del método «período a período» que la Comisión aplicó en la Decisión controvertida, examen recogido en los apartados 233 a 264 de la sentencia recurrida. Considero que procede declarar la inadmisibilidad de estos argumentos, ya que las recurrentes no impugnaron ante el Tribunal General el principio de la utilización del método «período a período», sino únicamente la aplicación del mismo efectuada por la Comisión.
- Las recurrentes alegan también (punto 181 del recurso) que el Tribunal General cometió varios errores de Derecho al examinar los costes de la plantilla comercial, en los apartados 234 a 244 de la sentencia recurrida. Sostienen que el Tribunal General aplicó incorrectamente el test del «competidor igualmente eficiente», al omitir tomar en consideración la posibilidad de que un competidor igualmente eficiente pudiese subcontratar sus servicios comerciales. Este argumento no es admisible, pues, a través de nuevas alegaciones, amplía el recurso de casación más allá de lo debatido en primera instancia y pide al Tribunal de Justicia que proceda a una nueva apreciación de los hechos.
- Las recurrentes (punto 183 del recurso) critican aparentemente el apartado 244 de la sentencia recurrida, alegando que el Tribunal General erró al ignorar las estimaciones de costes recogidas en los cuadros de mando de las recurrentes, omitió proceder a una revisión de plena jurisdicción, adoptó el estándar de los costes incrementales medios a largo plazo [LRAIC (*Long-Run Average Incremental Cost*)] y utilizó los costes corrientes completamente distribuidos de su contabilidad para evaluar los costes marginales de comercialización. Procede igualmente rechazar estas alegaciones, en la medida en que solicitan al Tribunal de Justicia que reexamine apreciaciones de hecho recogidas en los apartados 237 a 244 de la sentencia recurrida.
- No son admisibles los argumentos de las recurrentes sobre el examen de la vida media de su clientela, relativos a los apartados 245 a 251 de la sentencia recurrida, por basarse en nuevas alegaciones.
- Al criticar aparentemente (en el punto 188 del recurso) los apartados 256 y 257 de la sentencia recurrida, en los que, a su juicio, el Tribunal General rechazó erróneamente el coste medio ponderado del capital [WACC (*Weighted Average Cost of Capital*)] propuesto por ellas, y los apartados 259 a 264 de la sentencia recurrida, en los que, a su juicio, el Tribunal General cometió varios errores de Derecho en el examen de la supuesta doble contabilización de varias partidas de costes, las recurrentes ponen en cuestión la apreciación de las pruebas efectuada por el Tribunal General (que basó su convicción en un examen global de los datos de los autos y del debate entre las partes).
- Las recurrentes sostienen también (punto 218 del recurso) que el Tribunal General hubiera debido constatar que el margen entre el precio mayorista de los insumos y el precio minorista era positivo en el presente asunto, lo que habría debido impulsarle a exigir una demostración de los efectos concretos del comportamiento de las recurrentes o un nivel de prueba particularmente elevado de los efectos probables de dicho comportamiento. Este argumento no es admisible, pues aparece por primera vez en el recurso de casación.

20. Las recurrentes formulan a continuación tres argumentos (puntos 220, 227 y 231 del recurso), aparentemente referidos a los apartados 274 a 276 de la sentencia recurrida, en los que alegan que el Tribunal General estimó erróneamente que los efectos probables del comportamiento de las recurrentes habían quedado probados, mientras que, en opinión de éstas: a) la Comisión debería haber analizado si efectivamente la rentabilidad de los operadores alternativos igualmente eficientes que las recurrentes se había visto reducida como consecuencia de las prácticas tarifarias de estas últimas; b) la Comisión debería haber analizado la relación entre los precios mayoristas y los precios minoristas en el mercado para determinar si efectivamente el estrechamiento de márgenes había limitado la capacidad de fijar precios minoristas de los operadores alternativos, y c) la Comisión, para

demostrar que el estrechamiento de márgenes había limitado efectivamente la capacidad de inversión de los operadores alternativos, debería haber analizado la relación entre los precios mayoristas, los flujos de caja de los operadores y su nivel de inversión. Estos tres argumentos no me parecen admisibles, ya que no fueron invocados en primera instancia y tienen como objetivo abrir un debate en la fase de casación sobre los «efectos concretos» del comportamiento de las recurrentes. En sus puntos 191 a 199, la demanda en primera instancia sólo había mencionado la cuestión de los «efectos probables», criticando la Decisión controvertida por considerar que ésta había dado por supuestos tales efectos como consecuencia necesaria de los resultados del test de estrechamiento de márgenes. Por otra parte, tales argumentos pretenden igualmente impugnar la apreciación de los hechos efectuada por el Tribunal General en los apartados 275 y 276 de la sentencia recurrida.

21. Se deduce de las consideraciones expuestas que debería declararse la inadmisibilidad de los motivos de casación segundo, tercero, cuarto y quinto.

2. Motivos de casación que deberían desestimarse por ser parcialmente inadmisibles y parcialmente infundados: motivos primero, sexto, séptimo y noveno

a) Motivos de casación primero y noveno

22. Estos dos motivos de casación coinciden hasta tal punto que, al exponer el noveno motivo, las recurrentes reproducen sin cambios una parte de los razonamientos expuestos en el primer motivo. Por lo tanto, procede examinar conjuntamente ambos motivos. En primer lugar, las alegaciones de las recurrentes (punto 12 del recurso) se refieren a la desproporcionada duración del procedimiento ante el Tribunal General, desde el 1 de octubre de 2007 hasta el 29 de marzo de 2012, que a su juicio viola el derecho a obtener una tutela judicial efectiva dentro de un plazo razonable, garantizado por el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta») y el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en lo sucesivo, «CEDH»). Las recurrentes alegan, con carácter principal (punto 14 del recurso), que la duración desproporcionada del procedimiento justifica la anulación de la sentencia recurrida, habida cuenta de su incidencia en la resolución del litigio, ya que les impidió recurrir en casación o adaptar su argumentación escrita antes de que el Tribunal de Justicia dictara sentencia en el asunto *TeliaSonera Sverige*, antes citado. Con independencia del hecho de que no comparto la opinión de las recurrentes sobre esta relación de causa a efecto, deseo subrayar que, en cualquier caso, se pronunciaron expresamente sobre la interpretación que debía darse a la sentencia *TeliaSonera Sverige*, antes citada, en la vista ante el Tribunal General, que tuvo lugar varios meses después de que se pronunciara esa sentencia.

23. A continuación las recurrentes alegan (punto 15 del recurso), con carácter subsidiario, que, en cualquier caso, tienen derecho a una reducción del importe de la multa con arreglo a la jurisprudencia *Baustahlgewebe/Comisión*.<sup>13</sup>

13 — Sentencia de 17 de diciembre de 1998 (C-185/95 P, Rec. p. I-8417), apartado 141.

24. Al igual que la Comisión, la ECTA, France Telecom y Ausbanc, considero que la duración del procedimiento ante el Tribunal General, algo inferior a cuatro años y seis meses, no es irrazonable en este asunto,<sup>14</sup> dadas las siguientes circunstancias: i) la complejidad técnica del expediente (según el Tribunal de Justicia,<sup>15</sup> «la complejidad del asunto puede tenerse en cuenta para justificar un plazo a primera vista demasiado largo»); ii) contra la Decisión controvertida se interpusieron dos recursos, uno de las recurrentes y otro del Reino de España, que fueron examinados en paralelo por el Tribunal General, lo que provocó un alargamiento del plazo; iii) las recurrentes presentaron, ya en la fase de primera instancia, una demanda de una longitud desmesurada y totalmente inhabitual, que sobrepasaba ampliamente el número máximo de páginas recomendado por las Instrucciones prácticas a las partes del Tribunal General. Esa demanda tuvo que ser regularizada, lo que alargó el procedimiento escrito, y, a pesar de ello, la versión regularizada de dicho escrito, que constaba de unas 140 páginas y de numerosos y voluminosos anexos, seguía siendo desmesurada y de una longitud ampliamente superior a la recomendada en las Instrucciones prácticas. Posteriormente, las recurrentes presentaron un escrito de réplica de 112 páginas, acompañado de 25 anexos, en los que presentaron además nuevas alegaciones; iv) a lo largo del proceso se presentaron varias partes coadyuvantes, lo que hizo que la fase escrita del procedimiento se prolongara hasta principios de 2009, y, por último, v) las recurrentes presentaron numerosas solicitudes de trato confidencial frente a las partes coadyuvantes, desestimadas en su gran mayoría, pero que también contribuyeron a alargar el procedimiento, obligando al Tribunal General a elaborar versiones expurgadas de diversos documentos.

25. En segundo lugar, las recurrentes critican (punto 19 del recurso) los apartados 62 y 63 de la sentencia recurrida, en los que el Tribunal General decidió tomar en consideración los anexos de la demanda y de la réplica sólo en la medida en que apoyaran o completaran los motivos o alegaciones expresamente invocados en el cuerpo de dichos escritos procesales, así como los apartados 231, 250 y 262 de la sentencia recurrida, en los que el Tribunal General, con arreglo al mencionado principio, declaró la inadmisibilidad de ciertas alegaciones basadas en los anexos y relativas al cálculo del valor terminal, a la duración de la vida media de la clientela y a la doble contabilización de varias partidas de costes.

26. Estos argumentos me parecen manifiestamente inadmisibles en su totalidad, ya que no precisan qué perjuicio para sus intereses o para su derecho de defensa supuso la eventual irregularidad en el procedimiento. Además, por una parte, el argumento según el cual el Tribunal General hubiera debido desestimar la excepción de inadmisibilidad por no haber sido formulada por la Comisión hasta la presentación de la dúplica, y no en su escrito de contestación, carece de fundamento, dado que la regularidad formal de los actos procesales es una cuestión de orden público que puede ser planteada de oficio por el órgano jurisdiccional, sea cual sea la actitud de la demandada, que puede a su vez, por la misma razón, plantearla en cualquier momento del procedimiento. Por otra parte, carece igualmente de fundamento el argumento utilizado por las recurrentes para criticar el apartado 62 de la sentencia recurrida, según el cual el Tribunal General no puede exigir que la demanda contenga todos los cálculos económicos en que se basan sus alegaciones. En efecto, el Tribunal General se limitó a exigir en el apartado 58 de la sentencia recurrida que, con arreglo a la jurisprudencia, «los elementos esenciales» de hecho y de Derecho consten, «al menos sucintamente, pero de manera coherente y comprensible, en el propio tenor de la demanda».

14 — Conviene señalar que en el asunto *Kendrion/Comisión* (C-50/12, en el que la Abogado General Sharpston presentó sus conclusiones el 30 de mayo de 2003), la Gran Sala del Tribunal de Justicia se pronunciará de nuevo sobre las cuestiones de principio relacionadas con el problema de la duración del procedimiento ante el Tribunal General, a saber, entre otras, el alcance de la sentencia *Baustahlgewebe/Comisión*, antes citada (en la que el Tribunal de Justicia redujo la multa por la excesiva duración del procedimiento ante el Tribunal General), a la vista de la sentencia de 16 de julio de 2009, *Der GrünePunkt-Duales System Deutschland/Comisión* (C-385/07 P, Rec. p. I-6155; asunto en el que no se había impuesto ninguna multa y en el que el Tribunal de Justicia indicó a la recurrente que podía presentar un recurso de indemnización ante el Tribunal General).

15 — Sentencia de 25 de enero de 2007, *Sumitomo Metal Industries y Nippon Steel/Comisión* (C-403/04 P y C-405/04 P, Rec. p. I-729), apartados 116 y 117 y jurisprudencia que allí se cita.

27. En tercer lugar, las recurrentes critican (punto 24 del recurso) el apartado 182 de la sentencia recurrida, alegando que el Tribunal General desnaturalizó los hechos y violó el derecho de defensa al juzgar que no habían invocado el carácter no indispensable de los productos mayoristas en relación con la apreciación de los efectos de su conducta. Con carácter principal sostienen que invocaron ese argumento en su demanda en primera instancia (puntos 106 y 108), en su escrito de réplica (punto 216) y en la vista, tanto en el motivo relativo a la aplicabilidad del artículo 102 TFUE en general como en relación con la apreciación de esos efectos. Según las recurrentes, la argumentación relativa al carácter no indispensable de los productos mayoristas constituye la ampliación de un motivo de anulación ya formulado en la demanda. Al igual que la Comisión y France Telecom, me parece que este argumento es inoperante. En efecto basta con constatar que el razonamiento desarrollado por el Tribunal General, en particular en los apartados 268 a 272, 274 a 281 y 389 a 410 de la sentencia recurrida, no se basa en el carácter indispensable o no de dicho insumo.

28. Con carácter subsidiario, las recurrentes añaden (punto 28 del recurso) que el artículo 48, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal General les confería en cualquier caso el derecho de invocar motivos nuevos fundados en una razón de hecho o de Derecho que hubiera aparecido durante el procedimiento, que en este caso era la sentencia *TeliaSonera Sverige*, antes citada, ya que el Tribunal de Justicia aclaraba en ella los criterios aplicables a la apreciación de los efectos de un estrechamiento de márgenes. Ahora bien, con arreglo a una jurisprudencia constante, aplicable *mutatis mutandis* a una resolución prejudicial, una sentencia que desestime un recurso no justifica la presentación de motivos nuevos.<sup>16</sup>

29. En cuarto lugar, las recurrentes alegan (punto 33 del recurso) que el Tribunal General violó su derecho de defensa y la presunción de inocencia. Con carácter principal sostienen que el Tribunal General violó la presunción de inocencia al decidir que los datos en que se había basado la Comisión en la Decisión controvertida pero que no figuraban en el pliego de cargos sólo debían descartarse si los demandantes demostraban que el resultado de la Decisión controvertida habría sido diferente en caso de hacerlo. Según las recurrentes, el estándar de prueba utilizado por el Tribunal General no es conforme con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, «TEDH»).

30. A mi juicio, procede declarar la inadmisibilidad de esta alegación en la medida en que, por una parte, no indica con suficiente precisión los apartados de la sentencia recurrida que contienen el error de Derecho cuya anulación se solicita y, por otra parte, los apartados 86 a 109 de la sentencia recurrida, que analizan detalladamente esta cuestión, proceden a una apreciación de hecho que no es susceptible de recurso de casación. Además, el apartado 78 de la sentencia recurrida parece ser un mero *obiter dictum* en un razonamiento basado en otras consideraciones determinantes, expuestas en los apartados 79 y siguientes, no impugnadas por las recurrentes. Por último, esta alegación carece de fundamento, ya que, por una parte, el criterio aplicado por el Tribunal General en la sentencia recurrida tiene su origen en una jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia,<sup>17</sup> perfectamente ajustada a la jurisprudencia del TEDH. En efecto, la falta de comunicación de un documento sólo constituye una violación del derecho de defensa cuando la Comisión se ha basado en ese documento para respaldar su imputación y esa imputación tiene como única prueba dicho documento.<sup>18</sup> Cuando

16 — Una sentencia del Tribunal de Justicia que confirme la validez de un acto de las instituciones de la Unión no puede considerarse una razón que permita invocar un motivo nuevo, dado que no hace sino confirmar una situación jurídica conocida por los recurrentes en el momento en que interpusieron su recurso (véase la sentencia de 1 de abril de 1982, *Dürbeck/Comisión*, 11/81, Rec. p. 1251, apartado 17).

17 — Véanse las sentencias de 7 de enero de 2004 en los asuntos acumulados *Aalborg Portland y otros/Comisión* (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123), apartados 71 a 73 y jurisprudencia que allí se cita, y de 3 de septiembre de 2009 *Papierfabrik August Koehler y otros/Comisión* (C-322/07 P, C-327/07 P y C-338/07 P, Rec. p. I-7191), apartado 104.

18 — La Comisión ha explicado en los escritos procesales presentados al Tribunal General (punto 15 del escrito de contestación) que las alegaciones de Telefónica eran manifiestamente inoperantes, puesto que todos los puntos sobre los cuales Telefónica afirmaba no haber tenido la oportunidad de expresarse constituían partes redundantes de la motivación.

son varias las pruebas que apoyan específicamente una conclusión o una imputación, la falta de alguna de ellas no basta para descartar tal conclusión o imputación si otras la corroboran. Además, la Comisión no se basó en ningún dato nuevo para demostrar la responsabilidad de las recurrentes, como lo demuestran los apartados 103 y 107 de la sentencia recurrida.

31. Con carácter subsidiario, las recurrentes estiman (punto 36 del recurso) haber demostrado que el resultado de la Decisión controvertida podría haber cambiado si se hubieran descartado las nuevas pruebas. Sostienen que, al no tener en cuenta esas alegaciones, el Tribunal General desnaturalizó los hechos y cometió un error manifiesto de apreciación, así como un error de Derecho en lo que respecta a los criterios de valoración de la prueba, además de incumplir la obligación de motivación. Esta imputación me parece simultáneamente inadmisibles, ya que se basa en afirmaciones lacónicas y genéricas, e infundada, dado que el Tribunal General examinó efectivamente, en los apartados 88 a 109 de la sentencia recurrida, la supuesta novedad de ciertas pruebas y las consecuencias de la supuesta falta de acceso a tales pruebas. Por otra parte considero, al igual que France Telecom, que los datos mencionados por las recurrentes sólo se incluyeron en la Decisión a fin de rebatir los argumentos invocados por éstas en su respuesta al pliego de cargos, y que el Tribunal General consideró que la Comisión no se había basado en los documentos de que se trata para respaldar su imputación relativa a la existencia de una infracción (véase el apartado 103 de la sentencia recurrida).

32. Habida cuenta de las consideraciones expuestas, los motivos de casación primero y noveno son en parte inadmisibles y en parte infundados, por lo que deberían desestimarse.

#### b) Sexto motivo de casación

33. En la primera parte de este motivo de casación, las recurrentes sostienen (punto 242 del recurso) que el Tribunal General cometió varios errores de Derecho al examinar, en los apartados 287 a 295 de la sentencia recurrida, su alegación de que la Comisión había violado la prohibición de actuar *ultra vires*. En primer lugar afirman que el Tribunal General convalidó una interpretación errónea de la jurisprudencia Bronner,<sup>19</sup> al considerar que la Comisión era competente para regular *ex post* las condiciones de precio a las que está sometido el uso de infraestructuras no indispensables. Ahora bien, como han puesto de relieve con acierto France Telecom y la ECTA, esta argumentación resulta manifiestamente infundada, ya que equivale a sostener que el artículo 102 TFUE no sería aplicable cuando no concurrieran los requisitos fijados en la sentencia Bronner, antes citada.

34. En segundo lugar, las recurrentes critican aparentemente (punto 249 del recurso) el apartado 289 de la sentencia recurrida, afirmando que el Tribunal General desnaturalizó sus alegaciones, ya que ellas no alegaron que el Derecho de la competencia no se aplicaba a los «mercados instrumentales», sino, en realidad, que ese Derecho no se aplicaba a una obligación de acceso impuesta por el regulador nacional. A este respecto resulta obligado hacer constar que las recurrentes no identifican los puntos de sus escritos procesales a su juicio desnaturalizados, ni los errores de análisis que según ellas llevaron al Tribunal General a desnaturalizar sus alegaciones. Por otra parte, las recurrentes afirmaron efectivamente en primera instancia que el Derecho de la competencia no podía aplicarse a «mercados instrumentales» (punto 241 de su réplica). En cualquier caso, esta imputación resulta inoperante, dado que las recurrentes no niegan que la respuesta del Tribunal General sea jurídicamente correcta.

35. En tercer lugar, las recurrentes critican aparentemente (punto 251 del recurso) el apartado 290 de la sentencia recurrida, alegando que el Tribunal General no puso en duda la utilización del concepto de «escalera de la inversión», que, por su carácter «regulatorio», había llevado a la Comisión a ignorar la posibilidad de utilizar una combinación de productos. Esta imputación me parece manifiestamente inadmisibles, pues no menciona error de Derecho alguno ni impugna observación alguna de las formuladas por el Tribunal General en el apartado 290 de la sentencia recurrida.

19 — Sentencia de 26 de noviembre de 1998 (C-7/97, Rec. p. I-7791).

36. En cuarto lugar, las recurrentes critican aparentemente (punto 253 del recurso) el apartado 293 de la sentencia recurrida, afirmando que el Tribunal General desnaturalizó sus alegaciones, ya que ellas no pusieron en cuestión la aplicación del artículo 102 TFUE al mercado de las telecomunicaciones, sino que criticaron la utilización de ese artículo con fines regulatorios. Este argumento me parece inadmisibile, ya que las recurrentes no identifican los puntos de sus escritos procesales a su juicio desnaturalizados, ni los errores de análisis que según ellas llevaron al Tribunal General a desnaturalizar sus alegaciones. En cualquier caso, a mi juicio, el Tribunal General no desnaturalizó las alegaciones de las demandantes, que habían sostenido efectivamente que no existía abuso de posición dominante dado que el Derecho de las telecomunicaciones persigue objetivos distintos de los del Derecho de la competencia.

37. En quinto lugar, las recurrentes critican aparentemente (punto 254 del recurso) el apartado 294 de la sentencia recurrida, afirmando que el Tribunal General desnaturalizó los hechos al concluir que únicamente se habían notificado a la Comisión las medidas adoptadas en 2006, a pesar de que, por una parte, el Reino de España había incorporado el nuevo marco regulador en 2003 con la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 32/2003, de 3 de noviembre) y, por otra parte, la Comisión había ejercitado una labor supervisora a través de los informes de implementación que publica desde 1997. Ahora bien, como la Comisión, la ECTA y France Telecom han subrayado con acierto, el Tribunal General no desnaturalizó hecho alguno, puesto que antes de 2006 no se notificó a la Comisión ninguna medida, y las recurrentes no lo niegan. El hecho de que las autoridades españolas hayan actuado desde antes de 2006 dentro del marco del Derecho de la Unión no es, en principio, pertinente, dado que el argumento de las recurrentes consistía en afirmar que la Comisión hubiera debido utilizar sus facultades con arreglo al nuevo marco regulador (apartado 291 de la sentencia recurrida), pero el Tribunal General indicó que éstas no podían utilizarse antes de la notificación de las medidas en 2006 (apartado 294 de la sentencia recurrida).

38. En la segunda parte de este motivo de casación, las recurrentes alegan (punto 255 del recurso) que el Tribunal General cometió diversos errores de Derecho en el examen llevado a cabo por él en los apartados 296 a 308 de la sentencia recurrida. En primer lugar, critican aparentemente (punto 259 del recurso) el apartado 306 de la sentencia recurrida, alegando que el Tribunal General violó el principio de proporcionalidad al no valorar si la Decisión controvertida era adecuada y necesaria, habida cuenta de los objetivos legítimos perseguidos igualmente por la autoridad reguladora nacional (Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones; en lo sucesivo, «CMT»). Invocan además una violación de su derecho de defensa, sosteniendo que el Tribunal General las obligó a demostrar que la actuación de la Comisión era contraria al principio de proporcionalidad, a pesar de que era a la Comisión a quien le incumbía demostrar que su actuación respetaba dicho principio. Considero, al igual que la Comisión y la ECTA, que este argumento no es admisible, pues no fue invocado ante el Tribunal General.

39. En segundo lugar, las recurrentes critican aparentemente (punto 261 del recurso) el apartado 306 de la sentencia recurrida, alegando que el Tribunal General violó el principio de seguridad jurídica al aceptar que una conducta conforme con el marco regulador pudiera constituir una infracción del artículo 102 TFUE. Este argumento es también inadmisibile, dado que, ante el Tribunal General, las recurrentes se limitaron a invocar la violación del principio de seguridad jurídica derivada, en su opinión, del hecho de que la Comisión no hubiera examinado el comportamiento de la CMT.

40. En tercer lugar, las recurrentes critican (punto 264 del recurso) los apartados 299 a 304 de la sentencia recurrida, alegando que el Tribunal General desnaturalizó manifiestamente sus alegaciones relativas al principio de subsidiariedad e hizo caso omiso del hecho de que los objetivos perseguidos por el Derecho de la competencia y por el marco regulador de las telecomunicaciones son idénticos. Este argumento me parece inadmisibile, ya que las recurrentes no identifican cuáles de sus alegaciones fueron desnaturalizadas por el Tribunal General.

41. En la tercera parte de este motivo de casación, las recurrentes critican (punto 267 del recurso) el examen que el Tribunal General efectuó de sus alegaciones sobre la violación de los principios de cooperación leal y de buena administración por parte de la Comisión. Se refieren, más concretamente, a los apartados 313 y 314 de la sentencia recurrida, sosteniendo que el Tribunal General desnaturalizó sus alegaciones, en la medida en que lo que ellas recriminaban a la Comisión no era el que no hubiera consultado a la CMT sobre el pliego de cargos, sino el que hubiera actuado sin basarse en todos los hechos necesarios para forjarse una opinión y sin haber cooperado adecuadamente con la CMT en lo que se refiere a las bases y fundamentos de su actuación y al impacto de ésta en la consecución de los objetivos regulatorios. Así pues, a su juicio, el Tribunal General omitió erróneamente valorar si la Comisión, en ejercicio de su deber de colaboración y de buena administración, había analizado el motivo y discutido con la CMT de la finalidad de su actuación y de su método de cálculo de un estrechamiento de márgenes (es decir, el test que aplicó la CMT). Este argumento me parece manifiestamente inadmisibile, dado que las recurrentes no identifican los hechos a su juicio desnaturalizados ni los errores de análisis cometidos. Además, el argumento carece manifiestamente de fundamento alguno, dado que el Tribunal General hizo constar, sin que las demandantes lo nieguen, por una parte, que la CMT participó efectivamente en el procedimiento administrativo y, por otra, que las disposiciones pertinentes del Reglamento n° 1/2003 no imponen a la Comisión la obligación de consultar a las autoridades reguladoras nacionales.

42. Con arreglo a las consideraciones expuestas, estimo que el sexto motivo de casación es o inadmisibile o infundado, por lo que debería desestimarse.

c) Séptimo motivo de casación

i) Primera parte del séptimo motivo de casación

43. Las recurrentes alegan (punto 274 del recurso) que, al examinar la calificación de la infracción como «abuso característico» en los apartados 353 a 369 de la sentencia recurrida, el Tribunal General violó los principios de seguridad jurídica y de legalidad de las penas, garantizados por el artículo 7 del CEDH y el artículo 49 de la Carta. Ponen de relieve que, con arreglo a la sentencia *Dansk Rørindustri y otros/Comisión*,<sup>20</sup> estos principios pueden oponerse a la aplicación retroactiva de una nueva interpretación jurisprudencial de una norma por la que se establezca una infracción, interpretación cuyo resultado no era razonablemente previsible en el momento en que se cometió la infracción, en particular, habida cuenta de la interpretación que la jurisprudencia daba en aquel momento a dicha norma.

44. En la primera imputación que formulan (punto 281 del recurso), titulada «Sobre la existencia de precedentes claros y previsibles», las recurrentes se limitan a resumir los apartados 357 a 368 de la sentencia recurrida. En su segunda imputación (punto 284 del recurso), dirigida contra el apartado 357 de la sentencia recurrida, alegan que el Tribunal General se remitió al margen de apreciación de la Comisión en lo que respecta a la oportunidad de imponer una multa, incumpliendo así su obligación de proceder a una revisión de plena jurisdicción, conforme a lo establecido en el artículo 6 del CEDH y en el artículo 229 CE (actualmente artículo 261 TFUE), y violando los principios de legalidad y de seguridad jurídica establecidos en el artículo 7 del CEDH. En la tercera imputación que formulan (punto 286 del recurso), aparentemente dirigida contra los apartados 356 a 362 de la sentencia recurrida, alegan que el Tribunal General erró al concluir que la aplicación del artículo 102 TFUE a su conducta estaba fundada en precedentes claros y previsibles. En su cuarta

20 — Sentencia de 28 de junio de 2005 (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).

imputación (punto 302 del recurso), aparentemente dirigida contra los apartados 363 a 369 de la sentencia recurrida, alegan que el Tribunal General erró al concluir que la metodología utilizada por la Comisión para determinar la existencia de un estrechamiento de márgenes estaba razonablemente fundada en precedentes claros y previsibles.

45. Esta parte del motivo me parece inadmisibile en su totalidad, ya que en primera instancia las recurrentes no mencionaron la cuestión de la existencia o no de precedentes claros a fin de impugnar el principio de imposición de una multa, sino únicamente en relación con el importe de ésta y con la existencia de un «abuso característico».

ii) Segunda parte del séptimo motivo de casación

46. Las recurrentes alegan (punto 310 del recurso) que el Tribunal General cometió varios errores de Derecho al examinar, en los apartados 319 a 352 de la sentencia recurrida, la calificación de su conducta como «infracción cometida de forma deliberada o por negligencia grave», en el sentido del artículo 23, apartado 2, del Reglamento n° 1/2003.

– Primera imputación

47. Primera alegación: las recurrentes critican aparentemente los apartados 322 a 326 de la sentencia recurrida, alegando que el Tribunal General consideró erróneamente que estaban en condiciones de prever la definición del mercado seleccionada por la Comisión en la Decisión controvertida. A este respecto basta con hacer constar, junto con la Comisión, que el Tribunal General aplicó los criterios clásicos de definición de los mercados basados en la sustituibilidad, que no pueden calificarse de «imprevisibles». Por otra parte, la pretendida imprevisibilidad de la distinción entre los mercados mayoristas regional y nacional es inoperante, dado que ambos mercados resultaban afectados por la posición dominante y por el estrechamiento de márgenes puesto en práctica por las recurrentes.

48. Más concretamente, las recurrentes critican aparentemente (punto 317 del recurso) el apartado 323 de la sentencia recurrida, alegando que el Tribunal General consideró, sin tener en cuenta la jurisprudencia del TEDH en materia de previsibilidad, que las recurrentes deberían haber solicitado un asesoramiento jurídico apropiado, sin verificar si lo hicieron efectivamente y presumiendo que dicho asesoramiento habría adoptado un enfoque coincidente con la Comisión. A este respecto es preciso hacer constar que la jurisprudencia nunca ha atribuido la menor importancia al hecho de que la empresa haya solicitado o no asesoramiento, lo que implicaría que las empresas quedan impunes si no solicitan asesoramiento jurídico.

49. A continuación, las recurrentes critican aparentemente (punto 319 del recurso) el apartado 326 de la sentencia recurrida, alegando que el Tribunal General infringe el estándar jurídico de la previsibilidad de la definición del mercado y, por ende, el de la previsibilidad de las consecuencias de una conducta, al no tomar en consideración el contexto ni ciertas circunstancias señaladas por las recurrentes, tales como el hecho de que los precedentes disponibles definían un único mercado, el hecho de que determinados operadores utilizaban una combinación de insumos, el hecho de que los mercados mayoristas nacional y/o regional no existían en otros Estados miembros, el hecho de que la Directiva 2002/21/CE<sup>21</sup> definía un único mercado que engloba a la infraestructura nacional y regional, o el hecho de que la propia CMT había confirmado dicha posición en su Resolución de 6 de abril de 2006. Estas alegaciones no me parecen admisibles, dado que, aunque todas las circunstancias citadas se mencionan en el recurso de casación, no fueron mencionadas en primera instancia para refutar la previsibilidad de las consecuencias del comportamiento de las recurrentes (ni en los puntos 297 a 301 de la demanda, ni en los puntos 271 a 275 de la réplica en primera instancia).

21 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco) (DO L 108, p. 33).



50. Por último, las recurrentes critican aparentemente (punto 323 del recurso) el apartado 326 de la sentencia recurrida, alegando que el Tribunal General consideró erróneamente que no podían ignorar que ocupaban una posición dominante en los mercados de referencia. En opinión de las recurrentes, esta afirmación parte de la premisa errónea de que deberían haber previsto razonablemente la definición del mercado adoptada por la Comisión. Por otro lado, las recurrentes sostienen que el Tribunal General aplicó un criterio jurídico erróneo al proceder a un análisis de fondo, en vez de aplicar el criterio de la previsibilidad. Estas alegaciones no son admisibles, dado que, en primera instancia, las recurrentes no expresaron, ni en los puntos 297 a 301 del recurso ni en los puntos 272 a 275 de la réplica, ninguna duda sobre el hecho de que sus cuotas de mercado podían constituir un indicio razonable de su posición dominante.

51. Segunda alegación: las recurrentes critican aparentemente los apartados 338 a 341 de la sentencia recurrida, alegando que el Tribunal General consideró erróneamente que estaban en condiciones de prever que su política de precios podía constituir una conducta contraria a la competencia.

52. Así, en primer lugar, critican aparentemente (punto 330 del recurso) los apartados 339 y 340 de la sentencia recurrida, sosteniendo que el Tribunal General aplicó un criterio jurídico erróneo al proceder a un análisis de fondo, destinado a determinar si la Comisión podía legítimamente actuar *ex post*, en vez de realizar un análisis de previsibilidad, con objeto de determinar si esa intervención era razonablemente previsible, en una situación en la que las recurrentes estaban obligadas a dar acceso a sus infraestructuras y sometidas a una intensa supervisión por parte de la CMT. A mi juicio, es absolutamente evidente, y por lo tanto «previsible», que la existencia de una regulación o de un cierto seguimiento por parte de las autoridades sectoriales nacionales no protege contra la aplicación de los Tratados (como pone de relieve el apartado 340 de la sentencia recurrida). Por otra parte, la sentencia Deutsche Telekom/Comisión, antes citada (apartados 119, 124 y 127), ha establecido que la normativa sectorial podía ser pertinente para apreciar si una empresa conocía la ilegalidad de su conducta, pero no para determinar si esta última había sido deliberada o negligente, pues esta condición se cumple desde el momento en que la empresa no podía ignorar que su comportamiento era contrario a la competencia, tuviera o no conciencia de infringir las normas sobre competencia del Tratado.

53. A continuación, las recurrentes critican aparentemente la primera parte del apartado 341 de la sentencia recurrida, relativa al producto mayorista regional, alegando que el Tribunal General desnaturalizó los hechos al considerar que ellas no habían discutido el hecho de que la CMT no había analizado la existencia de un estrechamiento de márgenes a partir de los costes históricos reales de las recurrentes, sino basándose en estimaciones *ex ante*. Afirman así haber sostenido en su demanda en primera instancia (punto 320) que la CMT no quiso utilizar la contabilidad de los costes reales de éstas y prefirió encargar a la consultora ARCOME la elaboración de un modelo basado en los costes de un operador hipotético «razonablemente eficiente», y no en los de un competidor «igualmente eficiente». En su opinión, el Tribunal General cometió así el error de ignorar el hecho de que las recurrentes podían presumir legítimamente que el análisis de la CMT debía ser más preciso que un análisis basado en los propios costes de éstas. Las recurrentes alegan por otra parte que el Tribunal General desnaturalizó manifiestamente los hechos al no considerar que los precios de que se trata habían estado sujetos a un control *ex post*. Considero importante subrayar que las recurrentes no impugnan la constatación factual según la cual la CMT no analizó el eventual estrechamiento de márgenes basándose en datos históricos reales. Por otra parte, las alegaciones de que la CMT había utilizado el criterio del competidor «razonablemente eficiente», además de no estar respaldadas por pruebas, son manifiestamente inadmisibles, ya que las recurrentes nunca las formularon en primera instancia, a pesar de que la Decisión controvertida había afirmado, en su considerando 733, que el método utilizado por la CMT era el del operador «igualmente eficiente». Además, en cualquier caso, estas alegaciones carecen de pertinencia y son inoperantes, puesto que, como se indica en el apartado 302 de la sentencia recurrida, la CMT declaró en varias ocasiones que no disponía de cierta información necesaria para analizar el estrechamiento de márgenes, de modo que las recurrentes no podían esperar que el control de la CMT, basado en estimaciones *ex ante*, las protegería contra la

aplicación *ex post* del Derecho de la competencia, que se basa en datos reales e históricos. Por último, el Tribunal General no omitió tomar en consideración el supuesto control *ex post*, sino que se limitó a estimar que ese control no desvirtuaba sus conclusiones (apartados 303, 340, 347 y 348 de la sentencia recurrida).

54. Por último, las recurrentes critican aparentemente (punto 334 del recurso) la segunda parte del apartado 341 de la sentencia recurrida, relativa al producto mayorista nacional, alegando que el Tribunal General desnaturalizó los hechos al no tomar en consideración, por un lado, que habían alegado que sus infraestructuras nacionales formaban parte de un mercado más amplio que incluía el bucle local y, cuando menos, el acceso regional, sometidos a una regulación de acceso *ex ante* de la CMT y, por otro lado, que estaban sujetas a un control *ex post* por parte de la CMT. A este respecto basta con señalar que la existencia de un control por parte de la CMT o la inexistencia del mismo es una cuestión de hecho, y que las conclusiones del Tribunal General al respecto son claras. De todos modos, las alegaciones de las recurrentes son inoperantes, ya que la mera existencia de un control *ex post* potencial no puede excluir la aplicación del Derecho de la competencia.

– Segunda imputación

55. En esta imputación (punto 338 del recurso), aparentemente dirigida contra los apartados 343 a 352 de la sentencia recurrida, las recurrentes alegan que el Tribunal General erró al considerar que la inactividad de la Comisión y las actuaciones de la CMT habían podido suscitar en ellas una confianza legítima en el hecho de que sus prácticas tarifarias se ajustaban al artículo 102 TFUE. Estas alegaciones no me parecen admisibles, ya que son meras críticas contra la apreciación soberana de los hechos llevada a cabo por el Tribunal General.

56. A la vista de las consideraciones expuestas, opino que procede desestimar en su totalidad el séptimo motivo de casación por ser en parte inadmisibile y en parte infundado.

3. Octavo motivo de casación (cálculo del importe de la multa) y décimo motivo de casación (incumplimiento de la obligación de proceder a una revisión de plena jurisdicción en lo que respecta a las sanciones)

57. Comenzaré por analizar las alegaciones segunda y tercera de la primera imputación y la segunda imputación que se han formulado en la primera parte de este octavo motivo de casación, proponiendo que sean desestimadas. A continuación analizaré las alegaciones primera y cuarta de la primera imputación y las demás imputaciones formuladas en este octavo motivo, así como el décimo motivo de casación, todos ellos relacionados con la cuestión de si el Tribunal General ejerció correctamente su competencia jurisdiccional plena en lo que respecta a la determinación del importe de la multa.

i) Primera parte del octavo motivo de casación (alegaciones segunda y tercera de la primera imputación y segunda imputación)

58. En la segunda alegación de la primera imputación formulada por ellas, las recurrentes sostienen (punto 371 del recurso), criticando aparentemente el apartado 384 de la sentencia recurrida, que el Tribunal General consideró erróneamente que se encontraban en una situación de monopolio virtual, haciendo así caso omiso de ciertos rasgos fundamentales del mercado, tales como la replicabilidad de los productos mayoristas, el hecho de que el mercado fuera de acceso irrestricto, la estricta regulación a la que estaban sometidas y las presiones competitivas indirectas. Como esta alegación pretende únicamente poner en cuestión la apreciación de los hechos llevada a cabo por el Tribunal General, no es admisible.

59. A continuación, en la tercera alegación de la primera imputación formulada por ellas, las recurrentes afirman (punto 374 del recurso), criticando aparentemente el apartado 385 de la sentencia recurrida, que el Tribunal General erró al considerar que el método de cálculo del estrechamiento de márgenes tenía su origen en la práctica seguida por la Comisión en decisiones anteriores, olvidando que dicho método contiene numerosos elementos innovadores, tales como, entre otros, la presencia de un insumo no indispensable o de un mercado en crecimiento.

60. Las recurrentes repiten la idea de que la sanción no era previsible puesto que en su caso se trataba de un insumo (concretamente, «la red de acceso local de Telefónica») no indispensable<sup>22</sup> y se remiten en repetidas ocasiones a la sentencia Bronner,<sup>23</sup> al hecho de que los precedentes se referían exclusivamente a «insumos indispensables» y a la sentencia *Industrie des poudres sphériques/Comisión*<sup>24</sup> (para alegar que la cuestión de si el precio debía ser excesivo o predatorio no suscitaba una respuesta clara). En lo que respecta a la sentencia Bronner, observo que, en el presente asunto, no se planteaba la cuestión de si la recurrente estaba sometida o no a una obligación de suministro del producto, puesto que esa obligación existía ya. Por otra parte, es claramente erróneo afirmar que todos los precedentes hacían referencia a insumos indispensables. Por ejemplo, Telefónica omite mencionar la Decisión *National Carbonising*, relativa a un abuso consistente en lo que hoy se denomina «estrechamiento de márgenes».<sup>25</sup> En el asunto *Napier Brown*,<sup>26</sup> la Comisión llegó a la conclusión de que existía un abuso de posición dominante en forma de estrechamiento de márgenes pese a la disponibilidad de alternativas para los insumos. En otros términos, la Comisión no exigió en ese asunto que el insumo fuera indispensable.<sup>27</sup> La comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones,<sup>28</sup> que ya abordaba este problema en 1998, tampoco exige la existencia de un insumo indispensable o de un precio excesivo o predatorio. En realidad, la cuestión que se planteaba ante el Tribunal General era la de determinar si existían precedentes que exigieran que el insumo fuera indispensable, y no lo contrario.

61. Además, la alegación formulada por las recurrentes en primera instancia (punto 341 de la demanda), según la cual el carácter «no esencial» del insumo no era evidente en su caso, es incluso inoperante, ya que la Comisión no concluyó en absoluto que dicho insumo tuviera un carácter «esencial», pues tal característica no es una de las condiciones del razonamiento aplicado por ella para determinar la existencia de abuso. En lo que respecta a la sentencia *Industrie des Poudres Sphériques/Comisión*, antes citada, basta con poner de relieve que las recurrentes se limitan a insistir en que su interpretación de la sentencia es la correcta, sin entrar realmente a debatir sobre la interpretación de la misma compartida por la Comisión y el Tribunal General.

22 — Puntos 276, 289, 293, 295, 330, 336, 366, 371, 374 y 482 del recurso.

23 — Puntos 276, 288, 289, 295 y 298 del recurso.

24 — Véanse los puntos 295 y 482 del recurso y la sentencia del Tribunal General de 30 de noviembre de 2000 (T-5/97, Rec. p. II-3755).

25 — Decisión en la que la Comisión adoptó medidas preventivas y explicó los requisitos que deben concurrir para que tal comportamiento pueda considerarse abusivo [Decisión 76/185/CECA de la Comisión, de 29 de octubre de 1975, por la que se adoptan medidas preventivas en relación con *National Coal Board, National Smokeless Fuel Ltd y National Carbonizing Company Ltd* (DO 1976, L 35, p. 6)].

26 — Véase la Decisión 88/518/CEE de la Comisión, de 18 de julio de 1988, relativa a un procedimiento en virtud del artículo [102 TFUE] (Asunto n° IV/30.178 *Napier Brown-British Sugar*) (DO L 284, p. 41), considerando 66.

27 — Cabe indicar que, según la sentencia *TeliaSonera Sverige*, antes citada (apartado 69), es en el contexto de la valoración de los efectos de la compresión de márgenes donde la cuestión del carácter indispensable del producto puede ser pertinente. Véanse igualmente las conclusiones del Abogado General Mazák en este asunto.

28 — DO 1998, C 265, p. 2 (puntos 117 a 119).

62. En lo que respecta a la alegación de las recurrentes sobre otros elementos innovadores utilizados por la Comisión e ignorados por el Tribunal General, basta con hacer constar que no es admisible, dado que en primera instancia sólo había sido invocada con objeto de reducir el importe de la multa, y no para discutir si la Comisión podía o no imponerla. Además, en lo que respecta, más concretamente, a la alegación relativa a los mercados en crecimiento, las Decisiones Wanadoo Interactive<sup>29</sup> y Deutsche Telekom se referían igualmente a mercados en pleno crecimiento, de modo que estaba claro que esta circunstancia, *per se*, no bastaba para excluir la existencia de abusos.

63. Por último, en su segunda imputación, las recurrentes critican aparentemente los apartados 377 a 407 de la sentencia recurrida, alegando que el Tribunal General cometió varios errores de Derecho en su valoración de los efectos concretos del abuso de que se trata, y más en concreto (al menos aparentemente): i) los apartados 394 a 398 de la sentencia recurrida, sosteniendo que el Tribunal General cometió varios errores de Derecho en su apreciación de la evolución de su cuota de mercado en el mercado minorista (punto 380 del recurso); ii) el apartado 399 de la sentencia recurrida, afirmando que el Tribunal General desnaturalizó los hechos, pues la propia Comisión había reconocido en la Decisión controvertida que dos operadores habían alcanzado una cuota de mercado superior al 1 % (Wanadoo y Ya.com) (punto 385 del recurso); iii) el apartado 401 de la sentencia recurrida, sosteniendo que el Tribunal General consideró erróneamente que el ritmo de crecimiento superior de las recurrentes en el mercado mayorista era un indicio concreto de exclusión de sus competidores (punto 390 del recurso); iv) el apartado 407 de la sentencia recurrida, alegando que el Tribunal General erró al considerar que la Comisión podía estimar, válidamente, que el elevado nivel de los precios minoristas en España constituía un indicio verosímil de la repercusión concreta de la conducta de las recurrentes en el mercado español, a pesar de que la Comisión no había acreditado ninguna relación de causalidad entre el abuso de que se trataba y el elevado nivel de los precios minoristas (punto 393 del recurso), y v) el apartado 409 de la sentencia recurrida, sosteniendo que el Tribunal General incurrió en el error de considerar que la Comisión podía legítimamente estimar que la pequeña tasa de penetración de la banda ancha en España constituía un indicio verosímil de la repercusión concreta del comportamiento de las recurrentes en el mercado español, haciendo así caso omiso de otros factores invocados por éstas que podían explicar el escaso valor de la tasa (punto 399 del recurso).

64. Considero que la excepción de inadmisibilidad formulada por la Comisión y France Telecom contra esta segunda imputación en su conjunto debe ser acogida. En efecto, esta imputación se basa en alegaciones no formuladas en primera instancia y solicita al Tribunal de Justicia que examine de nuevo datos de hecho. En cualquier caso, el Tribunal General aplica el criterio adecuado, es decir, la presencia de «indicios concretos, verosímiles y suficientes que permitan apreciar la influencia efectiva que la infracción haya podido tener en la competencia» (apartado 390 de la sentencia recurrida), y las recurrentes se limitan a negar que esos indicios sean suficientes, sin invocar no obstante una desnaturalización del tipo que sea.

ii) Alegaciones primera y cuarta de la primera imputación, imputaciones tercera y cuarta de la primera parte y restantes alegaciones del octavo motivo de casación y décimo motivo de casación

65. Comenzaré por exponer las alegaciones de las partes, antes de sintetizarlas para aislar la cuestión esencial que se plantea al Tribunal de Justicia en el presente recurso de casación.

29 — Decisión de la Comisión, de 16 de julio de 2003, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo [102 TFUE] (asunto COMP/38.233 – Wanadoo Interactive; en lo sucesivo, «Decisión Wanadoo Interactive»). A este respecto, véase la sentencia de 2 de abril de 2009, France Télécom/Comisión (C-202/07 P, Rec. p. I-2369), y las conclusiones del Abogado General Mazák en ese asunto. Sin embargo, como este último indicó en sus conclusiones (punto 57) en el asunto TeliaSonera Sverige, antes citado, «si bien es cierto que los mercados dinámicos o con un crecimiento muy fuerte no están exentos de la aplicación del artículo 102 TFUE no lo es menos que, cuando está justificado, la Comisión [debe] intervenir en dichos mercados con especial prudencia, modificando de ser necesario su criterio habitual como se hizo satisfactoriamente en el asunto Wanadoo [Interactive]».

– Alegaciones de las partes

66. En la primera alegación de la primera imputación (punto 362 del recurso), las recurrentes sostienen, criticando aparentemente los apartados 382 a 387 de la sentencia recurrida, que el Tribunal General cometió ciertos errores de Derecho al calificar la naturaleza de la infracción con arreglo a las Directrices de 1998 para el cálculo de las multas, y en particular al considerar que la constatación de que no se había violado el principio de seguridad jurídica implicaba necesariamente la existencia de un «abuso característico». Según las recurrentes, su razonamiento relativo al principio de seguridad jurídica pretendía demostrar que no podían prever que su conducta era ilegal, mientras que el razonamiento relativo al abuso característico intentaba demostrar que no se trataba de un abuso evidente (*clear-cut abuse*) con arreglo a las Directrices de 1998. Las recurrentes añaden que tenían razones legítimas para dudar del carácter abusivo de su conducta.

67. La Comisión alega, en esencia, que el Tribunal General aborda la cuestión de la existencia de un «abuso característico» respondiendo de manera extremadamente detallada, en los apartados 353 a 369 de la sentencia recurrida, a cada una de las alegaciones formuladas en primera instancia, para concluir que los precedentes era suficientemente claros.

68. En la cuarta alegación de la primera imputación formulada por ellas, las recurrentes mantienen (punto 375 del recurso), criticando el apartado 386 de la sentencia recurrida, entre otros, que el Tribunal General rehusó erróneamente calificar la infracción de «grave», en vez de «muy grave», en relación con el período anterior a la publicación de la Decisión Deutsche Telekom.

69. La Comisión considera que hay que leer la sentencia recurrida en su conjunto y que el Tribunal General llegó a la conclusión de que la infracción era «muy grave» independientemente de la Decisión Deutsche Telekom.

70. En una tercera imputación, las recurrentes alegan (punto 409 del recurso), criticando aparentemente los apartados 412 y 413 de la sentencia recurrida, que el Tribunal General violó el principio de no discriminación al juzgar que la práctica decisoria de la Comisión no puede servir de marco jurídico a las multas en materia de competencia, incluso en caso de precedentes muy similares, como lo eran para su expediente las Decisiones Wanadoo Interactive y Deutsche Telekom.

71. Según la Comisión, esta imputación no revela error de Derecho alguno, dado que ninguna regla de Derecho impide calificar de «muy grave» una infracción cuyo alcance se limita a un solo Estado miembro. Por otra parte, dicha institución se remite al apartado 413 de la sentencia recurrida, en la que el Tribunal General puso de relieve unas diferencias significativas con casos anteriores, que, según ella, nunca habían sido cuestionadas por las recurrentes.

72. En su cuarta imputación, las recurrentes alegan (punto 414 del recurso), criticando aparentemente los apartados 415 a 420 de la sentencia recurrida, que el Tribunal General omitió tomar en consideración la intensidad variable de la gravedad de la infracción a lo largo del tiempo que duró.

73. La Comisión afirma, en resumen, que ya reconoció en los considerandos 750 y 760 de la Decisión controvertida que la infracción había sido «menos grave» durante ciertos períodos, lo que demuestra que tuvo en cuenta la intensidad variable de la gravedad al calcular el importe de la multa. La Comisión pone de relieve igualmente que no procede distinguir entre dos períodos a estos efectos, puesto que el Tribunal General considera que la infracción fue muy grave durante los dos períodos.

74. En la segunda parte de su octavo motivo de casación, las recurrentes invocan una violación de los principios de proporcionalidad, de igualdad de trato y de individualización de las penas. En la primera imputación formulada por ellas, las recurrentes alegan (punto 424 del recurso), criticando aparentemente los apartados 424 a 427 de la sentencia recurrida, que el Tribunal General violó el principio de no discriminación al declarar que la práctica decisoria de la Comisión no puede servir de marco jurídico para las multas en materia de competencia.

75. La Comisión recuerda que ya demostró en primera instancia las diferencias entre el presente asunto y los asuntos citados por las recurrentes, y añade que tiene la facultad de aumentar el nivel de las multas, en particular, cuando el nivel anterior no se haya revelado disuasorio. Por consiguiente, a su juicio, el hecho de que el importe de base de la multa sea muy superior al que se impuso en las Decisiones Wanadoo Interactive o Deutsche Telekom no es pertinente para apreciar la legalidad del importe de base en el presente asunto.

76. En la segunda imputación que formulan (punto 428 del recurso), aparentemente dirigida contra los apartados 428 a 432 de la sentencia recurrida, las recurrentes alegan que el Tribunal General se limitó a escudarse en el margen de apreciación atribuido a la Comisión para la determinación del importe de las multas, sin proceder a una revisión de plena jurisdicción destinada a verificar la proporcionalidad de la sanción y violando así el principio de proporcionalidad.

77. La Comisión replica, en resumen, que el Tribunal General no se limitó a referirse al margen de apreciación de la Comisión, sino que verificó efectivamente, en el apartado 432 de la sentencia recurrida, si la multa era desproporcionada o no.

78. En su tercera imputación (punto 432 del recurso), aparentemente dirigida contra el apartado 433 de la sentencia recurrida, las recurrentes alegan que el Tribunal General omitió proceder a una revisión de plena jurisdicción a fin de verificar si el principio del efecto disuasorio de la multa había prevalecido indebidamente sobre el principio de individualización de las penas.

79. La Comisión reconoce que no entiende cuál es el error de Derecho alegado por las recurrentes, subrayando, por una parte, que no existe ningún principio jurídico con arreglo al cual el «efecto individual» deba prevalecer sobre el «efecto disuasorio general» y, por otra parte, que la Decisión controvertida explicaba con sumo detalle las razones por las que la multa se ajustaba a las circunstancias del caso.

80. Por último, en su cuarta imputación (punto 435 del recurso), aparentemente dirigida contra los apartados 434 y 435 de la sentencia recurrida, las recurrentes alegan que el Tribunal General violó la obligación de motivación al juzgar que la Comisión no estaba obligada a motivar de manera particularmente meticulosa su decisión de imponer una multa sensiblemente superior a la impuesta en las Decisiones Wanadoo Interactive y Deutsche Telekom.

81. La Comisión sostiene esencialmente que, como las recurrentes reprochan al Tribunal General el haber verificado que los datos «constaban» en la Decisión controvertida, la cuarta imputación no revela error de Derecho alguno, puesto que, en el contexto de la motivación, debe verificarse si la Comisión aporta razones suficientes, y no si aporta pruebas en apoyo de esas razones.

82. En la tercera parte del octavo motivo de casación, las recurrentes sostienen (puntos 439 y 440 del recurso) que el Tribunal General incurrió en errores de Derecho al examinar, en los apartados 437 a 443 de la sentencia recurrida, el incremento del importe de base de la multa con fines disuasorios.

83. La Comisión y France Telecom señalan, en primer lugar, que los apartados 437 a 443 de la sentencia recurrida rebaten con precisión los argumentos esgrimidos por las recurrentes. A continuación, la Comisión pone de relieve que los tribunales de la Unión han ratificado la legalidad de la práctica consistente en incrementar la multa impuesta a las grandes empresas, como en las

sentencias Showa Denko/Comisión y Lafarge/Comisión.<sup>30</sup> Por último, la Comisión añade que el incremento del 25 % es muy inferior al tradicionalmente aplicado por la Comisión.

84. En la cuarta parte de su octavo motivo de casación, formalmente incluida en la tercera parte del recurso, las recurrentes alegan esencialmente (punto 445 del recurso) que el Tribunal General incurrió en errores de Derecho al examinar, en los apartados 444 a 452 de la sentencia recurrida, la calificación de su conducta como «infracción de larga duración».

85. En lo que respecta al fin de la infracción, la Comisión pone de relieve que no obraba en autos ningún dato aportado por las recurrentes que revelara modificaciones de precios entre junio y diciembre de 2006.

86. En la quinta parte de su octavo motivo de casación, formalmente incluida en la tercera parte del recurso, las recurrentes alegan esencialmente (punto 453 del recurso) que el Tribunal General incurrió en errores de Derecho al examinar, en los apartados 453 a 461 de la sentencia recurrida, la reducción del importe de la multa en atención a las circunstancias atenuantes.

87. En lo que respecta a la negligencia, la Comisión sostiene que el Tribunal General valoró cuidadosamente este aspecto en el punto 458 de la sentencia recurrida, que debe interpretarse a la luz de la totalidad de la sentencia. En cuanto al carácter novedoso, la Comisión estima que el Tribunal General podía legítimamente remitirse, en el apartado 461 la sentencia recurrida, a los apartados 356 a 368 de dicha sentencia, puesto que ya había valorado en ellos la gravedad de la infracción, y una circunstancia atenuante contribuye igualmente a valorar esa gravedad.

88. En su décimo motivo de casación, las recurrentes alegan (punto 474 del recurso) que el Tribunal General violó el artículo 229 CE (actualmente artículo 261 TFUE) al incumplir su obligación de proceder a una revisión de plena jurisdicción respecto de las sanciones.

89. La Comisión sostiene que todas las alegaciones formuladas en el décimo motivo de casación ya han sido rebatidas en detalle en sus respuestas a los demás motivos.

– Análisis

90. Como puede comprobarse al leer las alegaciones de las partes, las imputaciones primera (en sus alegaciones primera y cuarta), tercera y cuarta de la primera parte del octavo motivo de casación, las imputaciones primera, segunda, tercera y cuarta de la segunda parte del octavo motivo y las partes tercera, cuarta y quinta del mismo y, por último, el décimo motivo de casación coinciden en muy gran medida. En efecto, todas las alegaciones de las recurrentes relativas al cálculo de la multa se refieren, esencialmente, al ejercicio de su competencia jurisdiccional plena por parte del Tribunal General y al respeto de los principios de proporcionalidad, de no discriminación y de individualización de las penas. Pasaré, pues, a analizar seguidamente la cuestión de si, en la sentencia recurrida, el Tribunal General ejerció efectivamente su competencia jurisdiccional plena, tal y como está obligado a hacer, o si se limitó equivocadamente a escudarse tras el margen de apreciación de la Comisión.

30 — Sentencias de 29 de junio de 2006 (C-289/04 P, Rec. p. I-5859) y de 17 de junio de 2010 (C-413/08 P, Rec. p. I-5361), respectivamente.

α) Primera parte: los derechos y obligaciones de la Comisión

91. Aunque la jurisprudencia exige que, a fin de respetar los principios de no discriminación y de proporcionalidad, en una misma decisión de la Comisión se utilice el mismo método de cálculo para todos los miembros del cártel,<sup>31</sup> es cierto que el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que «la práctica seguida anteriormente por la Comisión en sus decisiones no sirve de marco jurídico a las multas en materia de competencia, y que las decisiones relativas a otros asuntos sólo tienen carácter indicativo en lo referente a la existencia de discriminaciones».<sup>32</sup>

92. Así pues, «el hecho de que la Comisión haya aplicado, en el pasado, multas de cierto nivel a determinados tipos de infracciones no puede privarla de la posibilidad de elevar dicho nivel si ello resulta necesario para garantizar la aplicación de la política de la competencia de la Unión, que sigue estando definida únicamente por el Reglamento (CE) nº 1/2003».<sup>33</sup> El Tribunal General ha añadido<sup>34</sup> que «en efecto, la Comisión no está obligada a fijar las multas en concordancia plena con las fijadas en otros casos».

93. Efectivamente, el Tribunal de Justicia ha puesto de relieve que «la aplicación eficaz de esa política exige que la Comisión pueda adaptar el nivel de las multas a las necesidades de dicha política»,<sup>35</sup> en particular, cuando los niveles aplicados anteriormente no han resultado disuasorios.

94. Siempre según el Tribunal de Justicia, procede añadir que «la gravedad de las infracciones tiene que apreciarse en función de un gran número de factores, tales como, en particular, las circunstancias específicas del asunto, su contexto y el alcance disuasorio de las multas, sin que se haya establecido una lista taxativa o exhaustiva de criterios que deban tenerse en cuenta de modo obligatorio».<sup>36</sup>

95. También conviene citar la jurisprudencia del Tribunal General, que ha tenido que pronunciarse sobre estas cuestiones. Dicho Tribunal observó acertadamente en la sentencia Archer Daniels Midland/Comisión que «por lo que respecta a las comparaciones [...] con otras decisiones de la Comisión en materia de multas, de ello se deduce que tales decisiones sólo pueden ser pertinentes desde el punto de vista del respeto del principio de igualdad de trato si se demuestra que *las circunstancias de los asuntos en que se adoptaron esas otras decisiones, tales como los mercados, los productos, los países, las empresas y los períodos considerados, son comparables a las del presente asunto*»<sup>37</sup> (el subrayado es mío).

31 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 16 de noviembre de 2000, Sarrió/Comisión, «Cartoncillo» (C-291/98 P, Rec. p. I-9991), apartados 91 a 101.

32 — Sentencia de 19 de abril de 2012, Tomra Systems y otros/Comisión (C-549/10 P), apartado 104. Véanse también las sentencias de 21 de septiembre de 2006, JCB Service/Comisión (C-167/04 P, Rec. p. I-8935), apartado 205, y de 24 de septiembre de 2009, Erste Group Bank y otros/Comisión (C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P y C-137/07 P, Rec. p. I-8681), apartado 233.

33 — Véanse las sentencias Tomra Systems y otros/Comisión, antes citada, apartado 105, y, en el mismo sentido, Dansk Rørindustri y otros/Comisión, antes citada, apartado 227.

34 — Véase la sentencia del Tribunal General de 9 de septiembre de 2010, Tomra Systems y otros/Comisión (T-155/06, Rec. p. II-4361), apartado 314.

35 — Véase la sentencia del Tribunal de Justicia Tomra Systems y otros/Comisión, antes citada, apartado 106, y, en el mismo sentido, la sentencia de 7 de junio de 1983, Musique Diffusion française y otros/Comisión, «Pioneer» (100/80 a 103/80, Rec. p. 1825), apartado 109.

36 — Véase la sentencia del Tribunal de Justicia Tomra Systems y otros/Comisión, antes citada, apartado 107, y, en el mismo sentido, la sentencia de 17 de julio de 1997, Ferriere Nord/Comisión (C-219/95 P, Rec. p. I-4411), apartado 33.

37 — Sentencia del Tribunal General de 27 de septiembre de 2006 (T-59/02, Rec. p. II-3627), apartado 316 y jurisprudencia que allí se cita. Esta jurisprudencia ha sido confirmada por la sentencia del Tribunal General de 29 de junio de 2012, E.ON Ruhrgas y E.ON/Comisión (T-360/09), apartado 262. Conviene señalar que la citada sentencia Archer Daniels Midland/Comisión fue anulada por el Tribunal de Justicia por razones que no guardan relación alguna con este punto (sentencia de 9 de julio de 2009, Archer Daniels Midland/Comisión, C-511/06 P, Rec. p. I-5843).



96. En su sentencia Tréfilunion/Comisión («Mallas electrosoldadas»),<sup>38</sup> el Tribunal General precisó, justamente, que «a pesar de que sería deseable que las empresas –para poder decidir con pleno conocimiento de causa qué postura adoptar– pudieran conocer detalladamente, del modo que la Comisión considere oportuno, el método de cálculo de la multa que les ha sido impuesta, sin verse obligadas a presentar un recurso jurisdiccional contra la Decisión de la Comisión para conseguirlo –lo que resultaría contrario al principio de buena administración–, *en el presente asunto, y habida cuenta de la jurisprudencia citada, de los datos recogidos en la Decisión y de la falta de cooperación de la demandante [...], no cabe acoger la alegación relativa a la falta de motivación*» (el subrayado es mío).

97. Por otra parte, como el Tribunal General ha indicado acertadamente en su jurisprudencia, «cada vez que la Comisión decide imponer multas en virtud del Derecho de la competencia, tiene la obligación de respetar los principios generales del Derecho, entre los que figuran los principios de igualdad de trato y de proporcionalidad, tal y como han sido interpretados por los órganos jurisdiccionales de la Unión».<sup>39</sup>

98. Resumiendo las consideraciones expuestas, observo que la obligación de motivación de la Comisión, cuya importancia han confirmado una vez más la reciente jurisprudencia Chalkor/Comisión y KME Germany y otros/Comisión («Mercado de los tubos de cobre industriales/para fontanería»), así como la jurisprudencia del TEDH,<sup>40</sup> ocupa el centro de la cuestión de la pertinencia de la comparación entre la Decisión controvertida y decisiones anteriores de la Comisión por las que se han impuesto multas, a efectos de valorar el respeto de los principios de no discriminación y de proporcionalidad.

99. En primer lugar, en la sentencia Sarrió/Comisión,<sup>41</sup> antes citada, el Tribunal de Justicia declaró, en el apartado 73, que «habida cuenta de la jurisprudencia mencionada en los apartados 341 y 342 de la sentencia recurrida, [42] las exigencias del requisito sustancial de forma que constituye la obligación de motivación se cumplen cuando la Comisión indica, en su Decisión, los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración. Si no existieran tales elementos, la Decisión adolecería de una falta de motivación».

100. A continuación, en el apartado 76 de esa sentencia, el Tribunal de Justicia añadió que «ciertamente, la Comisión no puede renunciar a su facultad de apreciación, utilizando exclusiva y mecánicamente una serie de fórmulas aritméticas. No obstante, *dispone de la posibilidad de incluir en su Decisión una motivación que vaya más allá de las exigencias que se han recordado en el apartado 73 de la presente sentencia, en particular indicando los datos numéricos que guiaron, fundamentalmente para lograr el efecto disuasorio buscado, el ejercicio de su facultad de apreciación a la hora de fijar las multas* impuestas a varias empresas que participaron, con intensidad variable, en la infracción» (el subrayado es mío).

38 — Sentencia del Tribunal General de 6 de abril de 1995 (T-148/89, Rec. p. II-1063), apartado 142.

39 — Véanse, entre otras, las sentencias del Tribunal General Archer Daniels Midland/Comisión, antes citada, apartado 315; de 13 de julio de 2011, Schindler Holding y otros/Comisión (T-138/07, Rec. p. II-4819), apartado 105, y de 12 de diciembre de 2012, Novácke chemické závody/Comisión (T-352/09), apartado 44.

40 — Sentencias de 8 de diciembre de 2011, KME Germany y otros/Comisión (C-389/10 P, aún no publicada en la Recopilación Rec. p. I-13125), KME Germany y otros/Comisión (C-272/09 P, aún no publicada en la Recopilación Rec. p. I-12789; en lo sucesivo «sentencia KME y otros/Comisión»), y Chalkor/Comisión (C-386/10 P, aún no publicada en la Recopilación Rec. p. I-13085) (en lo sucesivo me referiré a las tres conjuntamente como «sentencias Chalkor y KME»), y sentencia del TEDH A. Menarini Diagnostics c. Italia, de 27 de septiembre de 2011 (demanda n° 43509/08).

41 — Conviene añadir que han confirmado esta jurisprudencia, entre otras, las sentencias de 2 de octubre de 2003, Corus UK/Comisión (C-199/99 P, Rec. p. I-11177), apartados 149 y 150, y de 15 de octubre de 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión (C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P y C-254/99 P, Rec. p. I-8375), apartados 463 y 464.

42 — A saber, la sentencia del Tribunal General de 11 de diciembre de 1996, Van Megen Sports/Comisión (T-49/95, Rec. p. II-1799), apartado 51, y el auto del Tribunal de Justicia de 25 de marzo de 1996, SPO y otros/Comisión (C-137/95 P, Rec. p. I-1611), apartado 54.

101. Por último, el Tribunal de Justicia declaró, en el apartado 77 de esa sentencia, que «en efecto, puede ser *deseable* que la Comisión utilice esta facultad para permitir que las empresas *conozcan detalladamente el método de cálculo* de la multa que se les impone. En términos más generales, ello puede contribuir a la transparencia de la actuación administrativa y *facilitar el ejercicio por el Tribunal de Primera Instancia de su competencia jurisdiccional plena, que debe permitirle apreciar, además de la legalidad de la Decisión impugnada, el carácter apropiado de la multa impuesta*. Sin embargo, [...] esta facultad no puede modificar el alcance de las exigencias derivadas de la obligación de motivación» (el subrayado es mío).

102. Aunque de esta jurisprudencia se desprende claramente que la comunicación del método de cálculo de la multa por parte de la Comisión constituye únicamente una facultad «deseable», no incluida en sentido estricto en el ámbito de la obligación de motivación, que sólo exige que se indiquen los criterios de apreciación que permitieron a la Comisión medir la gravedad y la duración de la infracción,<sup>43</sup> es necesario preguntarse si ello implica que la Comisión puede a la vez guardar silencio sobre el método de cálculo de la multa y no explicar en detalle un incremento drástico del importe de la multa impuesta con respecto a precedentes muy similares, en especial, habida cuenta de las sentencias Chalkor y KME, antes citadas, y A. Menarini Diagnostics c. Italia que han precisado el alcance de la obligación de plena jurisdicción que pesa sobre el Tribunal General.

103. En efecto, deseo recordar que el Tribunal de Justicia precisó, en primer lugar, en el apartado 60 de la sentencia Chalkor/Comisión, antes citada, que «las Directrices, de las que el Tribunal de Justicia ha afirmado que 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, [<sup>44</sup>] *se limitan a describir el método de examen de la infracción adoptado por la Comisión y los criterios que ésta se obliga a tener en cuenta para fijar el importe de la multa*».

104. En este contexto, según el apartado 61 de la sentencia Chalkor/Comisión, antes citada (y según el apartado 128 de la sentencia KME Germany y otros/Comisión, antes citada), «*la obligación de motivación de los actos de la Unión [...] reviste especial importancia*. Corresponde a la Comisión motivar su decisión y, en particular, explicar la ponderación y la evaluación que hizo de los elementos que tuvo en cuenta [...]. El juez debe comprobar de oficio que la decisión presente una motivación» (el subrayado es mío).

105. Conviene recordar igualmente que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia<sup>45</sup> precisa que «si bien una decisión de la Comisión que sea acorde con una práctica decisoria constante puede motivarse de forma sucinta, concretamente mediante una referencia a dicha práctica, cuando va sensiblemente más allá que las decisiones precedentes, la Comisión debe desarrollar su razonamiento *de manera explícita*» (el subrayado es mío). Si ese razonamiento no se hace explícito, la revisión de plena jurisdicción resulta mucho más difícil.

43 — A este respecto cabe señalar que las Directrices de 2006 representan un cierto avance, en la medida en que ellas se indica, entre otras cosas, que el importe de base se fijará por referencia al valor de las ventas [véase la Comunicación de la Comisión denominada «Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) n° 1/2003» (DO 2006, C 210, p. 2), puntos 12 a 26].

44 — Sentencia 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.

45 — Véase la sentencia de 29 de septiembre de 2011, Elf Aquitaine/Comisión (C-521/09 P, Rec. p. I-8947), apartado 155, que cita, entre otras, las sentencias de 26 de noviembre de 1975, papiers peints/Comisión (73/74, Rec. p. 1491), apartado 31, y de 11 de diciembre de 2008, Comisión/Département du Loiret (C-295/07 P, Rec. p. I-9363), apartado 44. Véanse, igualmente, las sentencias de 14 de febrero de 1990, Delacre y otros/Comisión (C-350/88, Rec. p. 1-395), apartado 15, y de 8 de noviembre de 2001, Silos (C-228/99, Rec. p. I-8401), apartado 28, así como, en el mismo sentido, la sentencia de 20 de noviembre de 1997, Moskof (C-244/95, Rec. p. I-6441), apartado 54.

106. Por último, observo que la motivación de la Comisión resulta mucho más transparente y detallada cuando «propone» una multa o una multa coercitiva [en el procedimiento por doble incumplimiento (artículo 260 TFUE, apartado 2)] que cuando «decide» ella misma una multa (en el procedimiento seguido en Derecho de la competencia).<sup>46</sup>

β) Segunda parte: la plena jurisdicción del Tribunal General

αα) La teoría de la competencia jurisdiccional plena

107. A partir del Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957,<sup>47</sup> al Tribunal de Justicia se le ha atribuido una competencia muy especial en materia de sanciones: la plena jurisdicción. Esta competencia le permite, en particular, en el ámbito del Derecho de la competencia, no sólo anular o confirmar una multa y su importe, sino también aumentar o disminuir dicho importe.

108. Como ha indicado el Tribunal de Justicia en el apartado 130 de su sentencia KME Germany y otros/Comisión, antes citada, «el control de legalidad se completa con la competencia jurisdiccional plena que el artículo 17 del Reglamento n° 17 reconocía al juez de la Unión y que ahora reconoce el artículo 31 del Reglamento n° 1/2003, conforme al artículo 261 TFUE. Esta competencia faculta al juez, *más allá del mero control de la legalidad de la sanción*, para sustituir la apreciación de la Comisión por la suya propia y, en consecuencia, para suprimir, reducir o aumentar la multa o la multa coercitiva impuesta»<sup>48</sup>(el subrayado es mío).

109. Sin que los textos del Tratado o de los reglamentos que confieren esta competencia al Tribunal de Justicia hayan cambiado,<sup>49</sup> los principios generales del Derecho de la Unión, la entrada en vigor de la Carta (que, según el artículo 6 TUE, apartado 1, párrafo primero, tiene en lo sucesivo el mismo valor jurídico que los Tratados) y la jurisprudencia tanto del TEDH como del Tribunal de Justicia han confirmado que, particularmente en lo relativo a las multas impuestas por la Comisión en materia de competencia, la competencia jurisdiccional plena obligaba al Tribunal de Justicia<sup>50</sup> a proceder a su propia valoración a este respecto.

46 — Si para la Comisión no supone un problema comunicar el método de cálculo de la sanción en los procedimientos por doble incumplimiento —conservando no obstante un margen de apreciación para determinar el coeficiente aplicable a cada criterio—, resulta difícilmente defendible que se niegue a ser transparente al calcular la multa en caso de prácticas colusorias (lo que permitiría que el Tribunal General ejerciera plenamente su competencia jurisdiccional plena). Véase igualmente De Bronett, G.-K.: *Ein Vergleich zwischen Kartellgeldbußen gegen Unternehmen und «Pauschalbeträgen» gegen Mitgliedstaaten wegen Verstoß gegen EU-Recht*, ZWeR 2013, pp. 38 a 53. Por otra parte, la propia existencia de las Directrices de la Comisión indica claramente que el margen de apreciación de esta última no es en absoluto ilimitado. A este respecto, me parece preferible el enfoque adoptado en Estados Unidos, donde las «sentencing guidelines» (Directrices sobre las condenas) permiten predecir el nivel de la multa (y la duración de la pena de prisión) con un grado de precisión bastante alto (véanse la Sentencing Reform Act 1984 y el US Sentencing Commission Guidelines Manual en [www.usssc.gov](http://www.usssc.gov), así como Whish, R., y Bailey, D.: *Competition Law*, Oxford, 7ª ed., 2012, p. 276).

47 — Según su artículo 172, «los reglamentos adoptados 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». Según el artículo 17 del Reglamento n° 17, «[e]l Tribunal de Justicia tendrá competencia jurisdiccional plena en el sentido del artículo 172 del Tratado 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».

48 — Véanse también el apartado 63 de la sentencia Chalkor/Comisión, antes citada, y, en el mismo sentido, la sentencia Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, antes citada, apartado 692.

49 — Según el artículo 261 TFUE, «[l]os reglamentos adoptados conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo, y por el Consejo, en virtud de las disposiciones de los Tratados, podrán atribuir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una competencia jurisdiccional plena respecto de las sanciones previstas en dichos reglamentos». Con arreglo al artículo 31 del Reglamento n° 1/2003, «[e]l Tribunal de Justicia gozará de competencia jurisdiccional plena para resolver los recursos interpuestos contra las Decisiones por las cuales la Comisión haya fijado una multa sancionadora o una multa coercitiva. Podrá suprimir, reducir o aumentar la multa sancionadora o la multa coercitiva impuesta».

50 — Hoy al Tribunal General, en los recursos interpuestos contra las decisiones de la Comisión por las que se imponen multas.

110. Se deduce en particular de la sentencia del TEDH A. Menarini Diagnostics c. Italia, antes citada, que la revisión de «plena jurisdicción» implica la facultad de modificar en todos sus puntos, tanto de hecho como de Derecho, la decisión impugnada, así como la competencia para analizar todas las cuestiones de hecho y de Derecho pertinentes para el litigio sometido al Tribunal.

111. El Juez Pinto de Albuquerque, en su opinión disidente en ese mismo asunto, indica acertadamente que «*a nivel de principios, la aplicación de las sanciones públicas va más allá de las funciones tradicionales de la Administración y debe estar sometida a un juez*. Si la verificación de los requisitos de hecho para la aplicación de una sanción pública pudiera quedar reservada a un órgano administrativo, sin un riguroso control posterior por parte de los tribunales, tales principios [el de separación de poderes y el de legalidad de las sanciones] se verían totalmente falseados» (el subrayado es mío).

112. Del mismo modo, las sentencias, antes citadas, Chalkor y KME han hecho constar claramente que la revisión de plena jurisdicción del Tribunal General implica una revisión tanto de Derecho como de hecho, así como la facultad de valorar las pruebas, de anular la decisión impugnada y de modificar el importe de las multas.<sup>51</sup>

113. Como señaló la Abogado General Kokott,<sup>52</sup> la cuestión de si el Tribunal General ha llevado a cabo correctamente su revisión de plena jurisdicción plantea «un problema jurídico genuino, [...] a saber, el alcance de las exigencias jurídicas impuestas al examen de una imputación de discriminación por parte del Tribunal General y, en particular, el nivel del control efectuado al respecto por el Tribunal General frente a la Comisión. Se trata, pues, de una cuestión debatida con frecuencia y a la que actualmente – también desde la óptica de la Carta [...]– se está prestando una atención cada vez mayor. [...] El artículo 47 de [la] Carta [...] consagra el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que también ha sido reconocido como principio general del Derecho de la Unión [<sup>53</sup>]. Este derecho fundamental incluye, entre otros, el derecho a exigir el control de las decisiones administrativas por parte de un órgano jurisdiccional *independiente* en el marco de un procedimiento justo» (el subrayado es mío).

114. Además, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 49, apartado 3, de la Carta, relativo a los principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas, el juez de la Unión está obligado a garantizar la efectividad del principio según el cual «la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción».

115. Por lo demás, el TEDH ha declarado igualmente que el control de una sanción administrativa exige que el juez verifique y analice detalladamente *la adecuación* de la sanción a la infracción cometida, teniendo en cuenta los parámetros oportunos, incluida la proporcionalidad de la propia sanción y, en su caso, que la reemplace por otra (véase la sentencia A. Menarini Diagnostics c. Italia, antes citada, apartados 64 a 66).

51 — Véase la sentencia Chalkor/Comisión, antes citada, apartado 65.

52 — Véanse sus conclusiones presentadas en el asunto Alliance One International y Standard Commercial Tobacco/Comisión y Comisión/Alliance One International y otros (sentencia de 19 de julio de 2012, C-628/10 P y C-14/11 P), puntos 95 y ss.

53 — Véanse las sentencias de 22 de diciembre de 2010, DEB (C-279/09, Rec. p. I-13849), apartados 30 y 31; de 28 de julio de 2011, Samba Diouf (C-69/10, Rec. p. I-7151), apartado 49, y KME y otros/Comisión, antes citada, apartado 92. Véase igualmente el auto de 1 de marzo de 2011, Chartry (C-457/09, Rec. p. I-819), apartado 25.

116. Del mismo modo, en el Derecho de la Unión, el principio de proporcionalidad, que forma parte de los principios generales del Derecho de la Unión (y está consagrado en la Carta), exige que los actos de las instituciones de la Unión no rebasen los límites de lo que resulte apropiado y necesario para el logro de los objetivos legítimos perseguidos por la normativa controvertida, entendiéndose que, cuando pueda optarse entre varias medidas adecuadas, debe recurrirse a la menos onerosa, y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos.<sup>54</sup>

117. En los procedimientos de aplicación de las normas sobre competencia, el respeto del principio de proporcionalidad exige que la multa impuesta a una empresa no resulte desmesurada en comparación con los objetivos que persigue la Comisión y que su importe sea proporcionado a la infracción, teniendo en cuenta, en particular, su gravedad. A estos efectos, el Tribunal General debe examinar todos los factores pertinentes, tales como la conducta de la empresa y el papel que desempeñó en la ejecución de la práctica contraria a la competencia, su tamaño, el valor de las mercancías afectadas o incluso el provecho que pudo obtener de la infracción cometida, así como el objetivo de disuasión perseguido y los riesgos que para los objetivos de la Unión entrañan las infracciones de este tipo.

118. Dicho de otro modo, el Tribunal General debe ejercer *plenamente* su competencia jurisdiccional plena en el contexto de la valoración de la proporcionalidad del importe de la multa.<sup>55</sup>

119. Por otra parte, el principio de no discriminación «requiere que las situaciones comparables no sean tratadas de manera diferente, y que las situaciones diferentes no se traten del mismo modo, a menos que tal tratamiento esté justificado objetivamente».<sup>56</sup>

120. Lo anterior entraña dos consecuencias. En primer lugar, la motivación de la Comisión debe permitir que el Tribunal General valore la proporcionalidad de la multa y su carácter no discriminatorio. Como afirma el Tribunal de Justicia, «la motivación exigida por el artículo 253 CE [actualmente artículo 296 TFUE] debe adaptarse a la naturaleza del acto de que se trate y debe mostrar de manera clara e inequívoca el razonamiento de la institución de la que emane el acto, de manera que los interesados puedan conocer las razones de la medida adoptada y *el órgano jurisdiccional competente pueda ejercer su control*»<sup>57</sup> (el subrayado es mío), es decir, en el asunto que nos ocupa, la revisión de plena jurisdicción.

121. La segunda consecuencia es que la apreciación del Tribunal General debe ser suficientemente independiente de la efectuada por la Comisión, en la medida en que dicho Tribunal no puede limitarse a remitirse al importe fijado por la Comisión –de manera relativamente abstracta, como parece ocurrir con el importe de base en el presente asunto– ni sentirse ligado por los cálculos de esta última o por las consideraciones que tuvo en cuenta al determinar la multa.<sup>58</sup>

54 — Véanse, en particular, las sentencias de 13 de noviembre de 1990, Fedesa y otros (C-331/88, Rec. p. I-4023), apartado 13; de 5 de octubre de 1994, Crispoltoni y otros (C-133/93, C-300/93 y C-362/93, Rec. p. I-4863), apartado 41, y de 12 de julio de 2001, Jippes y otros (C-189/01, Rec. p. I-5689), apartado 81.

55 — Comparto así lo expresado en los puntos 103 a 131 de las conclusiones del Abogado General Bot en el asunto E.ON Energie/Comisión (sentencia de 22 de noviembre de 2012, C-89/11 P), en los que se remite en particular a la jurisprudencia del TEDH Schmutzter c. Austria, de 23 de octubre de 1995, serie A n° 328-A, Valico S.R.L. c. Italia, de 10 de enero de 2001, *Recueil des arrêts y décisions* 2006-III, y A. Menarini Diagnostics c. Italia, antes citada. Es cierto que, aunque en esas conclusiones él había propuesto que se anulara la sentencia del Tribunal General, por no haber ejercido este último su competencia jurisdiccional plena en el contexto del examen de la proporcionalidad de la multa impuesta a E.ON Energie, y que se devolviera el asunto al Tribunal General para que éste se pronunciara sobre la proporcionalidad de dicha multa, el Tribunal de Justicia desestimó, por su parte, el recurso de casación. No obstante, al leer esa sentencia del Tribunal de Justicia se puede comprobar que el Tribunal de Justicia no está en desacuerdo con el Abogado General Bot en los principios, pero considera acreditado que, en aquel asunto, el Tribunal General había ejercido su competencia jurisdiccional plena y había podido constatar, sin cometer un error de Derecho, que la multa era proporcionada. Sabiendo que la Comisión habría podido imponer a E.ON Energie una multa del 10 % de su volumen de negocios anual si hubiera demostrado la existencia de prácticas contrarias a la competencia, el Tribunal General estimó que la multa de 38 millones de euros impuesta a la empresa por la rotura de precintos, que representaba un 0,14 % del volumen de negocios anual de E.ON Energie, no podía considerarse excesiva, dada la necesidad de garantizar el efecto disuasorio de la sanción.

56 — Sentencia de 11 de septiembre de 2007, Lindorfer/Consejo (C-227/04 P, Rec. p. I-6767), apartado 63.

57 — Sentencia Elf Aquitaine, antes citada, apartado 147.

58 — Véase, en este sentido, la sentencia de 18 de septiembre de 2003, Volkswagen/Comisión (C-338/00 P, Rec. p. I-9189).

122. Como el Tribunal de Primera Instancia señaló acertadamente en el asunto Volkswagen/Comisión<sup>59</sup> (en el que el recurso de casación fue desestimado por el Tribunal de Justicia), «en efecto, corresponde al Tribunal de Primera Instancia, en el marco de su competencia en la materia, *apreciar por sí mismo las circunstancias del caso para determinar el importe de la multa*» (el subrayado es mío). En dicha sentencia, el Tribunal de Primera Instancia –habida cuenta del conjunto de circunstancias y consideraciones y resolviendo en ejercicio de su competencia jurisdiccional plena– consideró justificado reducir el importe de la multa de 102.000.000 ecus a 90.000.000 euros.

123. Como ha puesto de relieve con gran acierto el Abogado General Mengozzi,<sup>60</sup> «las circunstancias en las que los jueces [de la Unión] están facultados para resolver con plena jurisdicción no pueden ser determinadas por las Directrices de la Comisión, que son un acto de organización interna de dicha institución» y constituyen un mero «soft law»,<sup>61</sup> mientras que, como ha escrito el Abogado General Bot,<sup>62</sup> en realidad, el Tribunal General «se limita con demasiada frecuencia a examinar si la Comisión ha aplicado correctamente la metodología fijada [por ella misma] en sus Directrices, [a pesar de que] la determinación del importe de la multa no exige normalmente apreciaciones económicas complejas que deban quedar reservadas a la Comisión y ser sometidas a un control jurisdiccional restringido».

124. Una alegación frecuentemente utilizada contra el enfoque que propongo en estas conclusiones es la de que el Tribunal General no debe o no puede «inmiscuirse» en la determinación del importe de la multa, y por consiguiente en la política de la competencia, cuya responsabilidad incumbe únicamente a la Comisión. No comparto este razonamiento, dado que el Tribunal General se pronuncia únicamente sobre un asunto concreto y la Comisión conserva, pues, la totalidad de sus competencias para determinar y aplicar su política general en otros asuntos.

125. Habida cuenta de las consideraciones expuestas, y más concretamente de los apartados 62 de la sentencia Chalkor/Comisión y 129 de la sentencia KME Germany y otros/Comisión, antes citadas, estimo que, en el curso de su control, el Tribunal General no puede invocar el margen de apreciación de que dispone la Comisión –o exclusivamente el error manifiesto de apreciación cometido por ella– en la selección de los datos tenidos en cuenta para aplicar los criterios mencionados en las Directrices de 1998 o en la valoración de tales datos para renunciar a ejercer *un control en profundidad tanto de Derecho como de hecho o no exigir a la Comisión que explique el cambio en su política en materia de multas en un asunto específico*.

59 — Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de julio de 2000 (T-62/98, Rec. p. II-2707), apartado 347 y jurisprudencia que allí se cita. La sentencia del Tribunal de Justicia se cita en la nota anterior.

60 — Véase Mengozzi, P.: «La compétence de pleine juridiction du juge communautaire», *Liber Amicorum en l'honneur de Bo Vesterdorf*, Bruylant, Bruselas, 2007, pp. 219 a 236.

61 — En este contexto, véase, igualmente, Nehl, H.P.: «Kontrolle kartellrechtlicher Sanktionsentscheidungen der Kommission durch die Unionsgerichte», en Immenga, U., y Körber, T. (eds.): *Die Kommission zwischen Gestaltungsmacht und Rechtsbindung*, Nomos, 2012, pp. 139 y 140 («[d]ie mit dieser Neuorientierung einhergehende Rückbesinnung des Gerichtshofs auf das “hard law” anstelle des “soft law” zum Zweck der gerichtlichen Kontrolle der Ausübung des Ermessens der Kommission bei der Geldbußenbemessung ist sehr zu begrüßen»).

62 — Véase su artículo «La protection des droits et des garanties fondamentales en droit de la concurrence», *De Rome à Lisbonne: mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, Bruylant, 2013, pp. 175 a 192.

126. En cualquier caso, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, aunque el Tribunal General pueda en último extremo remitirse, en su caso, «a la “facultad de apreciación”, al “margen de apreciación sustancial” o al “amplio margen de apreciación” de la Comisión [algo que a mi juicio no debería seguir haciendo], tales [remisiones *no pueden impedir*] que el Tribunal General ejerza el control pleno y completo, de hecho y de Derecho, al que está obligado»<sup>63</sup> (el subrayado es mío).

127. En el apartado 78 de su sentencia Chalkor/Comisión, antes citada, el Tribunal de Justicia declaró que «el Tribunal General no se limitó a dicho control de conformidad con las Directrices sino que comprobó por sí mismo, en el apartado 145 de la sentencia recurrida, la adecuación de la sanción».

128. El Tribunal de Justicia recordó igualmente, en su sentencia SCA Holding,<sup>64</sup> que «el Tribunal de Primera Instancia es competente para apreciar, en el marco de la facultad jurisdiccional plena que le reconocen los artículos 172 del Tratado CE [actualmente artículo 261 TFUE] y 17 del Reglamento n° 17 [artículo 31 del Reglamento n° 1/2003], el carácter apropiado de la cuantía de las multas. Esta última apreciación puede justificar la presentación y la toma en consideración de elementos complementarios de información, cuya mención en la Decisión no viene exigida, como tal, en virtud de la obligación de motivación prevista en el artículo 190 del Tratado [actualmente artículo 296 TFUE]» (el subrayado es mío).

129. El Tribunal General debe pues estimar *por sí mismo* si la multa es adecuada y proporcionada y está obligado a comprobar *por sí mismo* si la Comisión tomó efectivamente en consideración todos los factores pertinentes para el cálculo de la multa, siendo evidente que, por este motivo, el Tribunal General debe poder también volver a analizar los hechos y circunstancias invocados ante él por los demandantes.<sup>65</sup>

130. Por otra parte, el Tribunal General ya ha seguido esta línea de razonamiento en ciertos asuntos.

131. En su sentencia Romana Tabacchi/Comisión<sup>66</sup> (que no fue recurrida en casación ante el Tribunal de Justicia), el Tribunal General estimó así, acertadamente, que «la competencia jurisdiccional plena conferida, con arreglo al artículo 229 CE [actualmente artículo 261 TFUE], al Tribunal General por el artículo 31 del Reglamento n° 1/2003 le faculta –más allá del mero control de legalidad de la sanción,

63 — Véase la sentencia KME Germany y otros/Comisión, antes citada (apartado 136). Incluso en lo que respecta al control de legalidad y a las apreciaciones económicas complejas, el apartado 121 de la sentencia KME y otros, antes citada, precisa que «por lo que se refiere al control de legalidad, el Tribunal de Justicia ha declarado que, si bien en los ámbitos que exijan apreciaciones económicas complejas, la Comisión dispone de cierto margen de apreciación en materia económica, ello no implica que el juez de la Unión deba abstenerse de controlar la interpretación que haga la Comisión de datos de carácter económico. En efecto, el juez de la Unión no sólo debe verificar la exactitud material de los elementos probatorios invocados, su fiabilidad y su coherencia, sino también comprobar si tales elementos constituyen el conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar una situación compleja y si son adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de los mismos [...]» (el subrayado es mío). Igualmente, el Tribunal de la AELC, en su sentencia Posten Norge (sentencia de 18 de abril de 2012, E-15/10, apartados 100 y 101), ha declarado que «it must be recalled that Article 6(1) ECHR requires that subsequent control of a criminal sanction imposed by an administrative body must be undertaken by a judicial body that has full jurisdiction. Thus, the Court must be able to quash in all respects, on questions of fact and of law, the challenged decision (see, for comparison, European Court of Human Rights Janosevic v. Sweden, n° 34619/97, § 81, Reports of Judgments and Decisions 2002-VII, and [A. Menarini Diagnostics c. Italia, antes citada], § 59). Therefore, when imposing fines for infringement of the competition rules, [EFTA Surveillance Authority (ESA)] cannot be regarded to have any margin of discretion in the assessment of complex economic matters which goes beyond the leeway that necessarily flows from the limitations inherent in the system of legality review [...] Furthermore [...] in a case which is covered by the guarantees of the criminal head of Article 6 ECHR, the question whether the evidence is capable of substantiating the conclusions drawn from it by the competition authority must be answered having regard to the presumption of innocence. Thus, although the Court may not replace ESA's assessment by its own and, accordingly, it does not affect the legality of ESA's assessment if the Court merely disagrees with the weighing of individual factors in a complex assessment of economic evidence, the Court must nonetheless be convinced that the conclusions drawn by ESA are supported by the facts» (el subrayado es mío).

64 — Sentencia de 16 de noviembre de 2000 (C-297/98 P, Rec. p. I-10101), apartado 55.

65 — Esta interpretación de las sentencias, antes citadas, Chalkor y KME y A. Menarini Diagnostics c. Italia, es apoyada igualmente, entre otros, por Wesseling, R., y van der Woude, M.: «The lawfulness and acceptability of enforcement of European cartel law», *World Competition*, vol. 35, número 4 (2012), pp. 573 a 598.

66 — Sentencia del Tribunal General de 5 de octubre de 2011 (T-11/06, Rec. p. II-6881), apartados 265 y 266. Véanse, en el mismo sentido, las sentencias Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, antes citada, apartado 692; de 8 de febrero de 2007, Groupe Danone/Comisión (C-3/06 P, Rec. p. I-1331), apartado 61, y de 3 de septiembre de 2009, Prym y Prym Consumer/Comisión (C-534/07 P, Rec. p. I-7415), apartado 86.

que sólo permite desestimar el recurso de anulación o anular el acto impugnado– para sustituir la apreciación de la Comisión por la suya propia y, en consecuencia, para modificar el acto impugnado, incluso sin anulación, habida cuenta de todas las circunstancias de hecho, modificando, en concreto, la multa impuesta cuando se somete a su apreciación la cuestión del importe de ésta. [...], por su naturaleza, la fijación de una multa por el Tribunal [General] no es una operación aritmética precisa. Por otra parte, *el Tribunal [General] no está vinculado por los cálculos de la Comisión ni por sus Directrices* cuando resuelve en virtud de su competencia jurisdiccional plena [...], *sino que debe efectuar su propia apreciación, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso*» (el subrayado es mío).

132. En los apartados 283 a 285 de dicha sentencia, el Tribunal General concluyó lo siguiente: «habida cuenta de dichas circunstancias, el Tribunal [General] considera que una multa por importe de 2,05 millones de euros, como la impuesta por la Comisión el 20 de octubre de 2005, puede implicar, como tal, la liquidación de la demandante y, como consecuencia, su desaparición del mercado, la cual, por otra parte, parece que puede tener repercusiones importantes, invocadas por la demandante en el marco de su quinto motivo [...]. Dadas las anteriores consideraciones, habida cuenta en concreto del efecto acumulativo de las ilegalidades señaladas y de la reducida capacidad financiera de la demandante, el Tribunal [General] considera que una justa apreciación de todas las circunstancias del caso de autos permite determinar el importe final de la multa impuesta a la demandante en 1 millón de euros. En efecto, una multa de un importe tal permite reprimir eficazmente el comportamiento ilegal de la demandante, de forma apreciable y suficientemente disuasoria. Cualquier multa superior a dicho importe sería desproporcionada habida cuenta de la infracción reprochada a la demandante apreciada *en su conjunto* [...]. En el presente asunto, una multa por importe de 1 millón de euros constituye la *sanción justa* del comportamiento que se reprocha a la demandante»<sup>67</sup> (el subrayado es mío).

133. En la sentencia *Groupe Danone/Comisión* («Mercado belga de la cerveza»), antes citada, el Tribunal de Justicia desestimó un motivo de casación basado en la supuesta violación del principio *ne ultra petita* por parte del Tribunal General, con ocasión de una modificación de las modalidades de aplicación del coeficiente de reducción por circunstancias atenuantes llevada a cabo por éste último sin que se hubiera formulado pretensión en ese sentido, por la mera razón de que, desde el momento en que se le había sometido la cuestión de la cuantía de la multa, el Tribunal General estaba facultado, conforme al artículo 229 CE (actualmente artículo 261 TFUE) y al Reglamento n° 17, sustituido por el Reglamento n° 1/2003, para suprimir, reducir o aumentar la cuantía de la multa impuesta por la Comisión.<sup>68</sup>

134. Como puso acertadamente de relieve el Abogado General Mengozzi,<sup>69</sup> esa apreciación se comprende fácilmente si se concibe la función de la competencia jurisdiccional plena como una garantía adicional para las empresas, la de que un tribunal independiente e imparcial llevará a cabo un control de máxima intensidad del importe de la multa que se les ha impuesto. Tal calificación de la competencia jurisdiccional plena del Tribunal General como «garantía adicional» ha sido confirmada ya por el Tribunal de Justicia, al determinar la amplitud del derecho de defensa de las empresas ante la Comisión en relación con la imposición de multas.<sup>70</sup>

67 — Véanse también las sentencias de 11 de diciembre de 2003, *Ventouris/Comisión* (T-59/99, Rec. p. II-5257), y de 29 de abril de 2004, *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).

68 — Véase la sentencia *Groupe Danone/Comisión*, antes citada (apartados 56 y 61 a 63).

69 — Véanse sus conclusiones en el asunto en que se dictó la sentencia de 22 de enero de 2013, *Comisión/Tomkins* (C-286/11 P), punto 40. Véase igualmente Mengozzi, P.: «La compétence de pleine juridiction du juge communautaire», *op. cit.*, p. 227.

70 — Véase la sentencia *Dansk Rørindustri y otros/Comisión*, antes citada, apartado 445. Véanse igualmente, en particular, las sentencias del Tribunal General de 6 de octubre de 1994, *Tetra Pak/Comisión* (T-83/91, Rec. p. II-755), apartado 235, y de 20 de marzo de 2002, *LR AF 1998/Comisión* (T-23/99, Rec. p. II-1705), apartado 200.



135. Comparto igualmente la opinión del Abogado General Mengozzi cuando afirma en sus conclusiones en el asunto Comisión/Tomkins, antes citado, que esa calificación sólo puede significar que, al impugnar el importe de la multa ante el Tribunal General, las empresas, con pleno conocimiento del importe concreto fijado por la Comisión, tienen la posibilidad de formular cualquier tipo de crítica, tanto en el plano de la legalidad como el de la oportunidad, contra el cálculo de ese importe llevado a cabo la Comisión, a fin de poder influir con cualquier medio de defensa, más allá de las limitaciones inherentes al control de legalidad, en la convicción del juez acerca del importe apropiado de la multa.<sup>71</sup> Ahora bien, como añade acertadamente, para que esta función de garantía adicional sea efectiva, el Tribunal General debe estar autorizado<sup>72</sup> a tener en cuenta *todas* las circunstancias de hecho, incluidas, por ejemplo, las circunstancias posteriores a la decisión impugnada ante él,<sup>73</sup> algo que las limitaciones inherentes al control de legalidad, en principio, no le permitirían.<sup>74</sup>

136. Conviene mencionar igualmente la sentencia del Tribunal General en el asunto Siemens Österreich y otros/Comisión («Conmutadores con aislamiento de gas»),<sup>75</sup> en la que, basándose en el principio de individualización de las penas y las sanciones, el Tribunal General declaró que, a este respecto, «en contra de lo que mantiene [...], la Comisión no puede determinar libremente los importes que deberán pagarse solidariamente. En efecto, del principio de individualización de las penas y de las sanciones [...] resulta que es necesario que cada sociedad pueda deducir de la decisión que le imponga una multa que deba pagar solidariamente con una o varias sociedades distintas la cuota que tendrá que asumir en su relación con los codeudores solidarios una vez realizado el pago a la Comisión. Para ello la Comisión ha de precisar en especial los períodos por los que las sociedades afectadas son (cor)responsables de los comportamientos infractores de las empresas que hayan participado en el cartel, y en su caso el grado de responsabilidad de esas sociedades por dichos comportamientos [...]. Así pues, en el presente caso la Comisión debía tener en cuenta las apreciaciones que expuso en el considerando 468 de la Decisión [controvertida en dicho asunto] sobre los períodos de responsabilidad conjunta de las diferentes sociedades que formaban parte de la empresa VA Tech para fijar los importes que debían pagar solidariamente esas sociedades. Esos importes tienen que reflejar en cuanto sea posible el peso de las diferentes partes de la responsabilidad que comparten dichas sociedades, según se identifican en ese considerando».

137. El Tribunal General procedió a continuación a un análisis detallado de la Decisión de la Comisión y censuró a la vez la selección de los destinatarios de la multa y la determinación de los importes que podían exigírseles respectivamente.

71 — El Abogado General Mengozzi recuerda acertadamente (nota 20 de sus conclusiones) que el Tribunal de Justicia ha confirmado en diversas ocasiones que el control del Tribunal General sobre las multas impuestas por la Comisión tiene por objeto comprobar si el importe fijado es apropiado, habida cuenta de las circunstancias del litigio de que conoce. Véanse al respecto, en particular, las sentencias de 16 de noviembre de 2000, Cascades/Comisión (C-279/98 P, Rec. p. I-9693), apartados 42 y 48, y Mo och Domsjö/Comisión (C-283/98 P, Rec. p. I-9855), apartados 42 y 48.

72 — Conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia mencionada en la nota 66 de las presentes conclusiones.

73 — Véanse, a este respecto, las sentencias de 6 de marzo de 1974, Istituto Chemioterapico Italiano y Commercial Solvents/Comisión (6/73 y 7/73, Rec. p. 223), apartados 51 y 52, y Baustahlgewebe/Comisión, antes citada, apartado 141, y las sentencias del Tribunal General Tokai Carbon y otros/Comisión, antes citada, apartado 274, y de 18 de julio de 2005, Scandinavian Airlines System/Comisión (T-241/01, Rec. p. II-2917), apartado 227.

74 — El Abogado General Mengozzi añade que esto permite comprender también por qué, por ejemplo, en su sentencia de 28 de marzo de 1984, Bertoli/Comisión (8/83, Rec. p. 1649), apartado 29, el Tribunal de Justicia consideró que, aunque no podía estimarse el motivo invocado por la demandante en apoyo de su pretensión de reducción del importe de la multa, ciertas circunstancias específicas de aquel asunto justificaban una reducción por razones de equidad.

75 — Sentencia de 3 de marzo de 2011 (T-122/07 a T-124/07, Rec. p. II-793), en particular apartados 153 y 154. Esta sentencia es objeto de un recurso de casación actualmente pendiente ante el Tribunal de Justicia (asuntos acumulados C-231/11 P a C-233/11 P, Comisión/Siemens Österreich y otros). El Abogado General Mengozzi ha presentado sus conclusiones el 19 de septiembre de 2013.

138. En el apartado 166 de su sentencia, sin hacer referencia a margen de apreciación alguno de la Comisión, el Tribunal General concluyó «que, al considerar solidariamente responsables a Reyrolle, SEHV y Magrini del pago de una multa cuyo importe supera claramente su responsabilidad conjunta, al no considerar solidariamente responsables a Siemens Österreich y KEG del pago de una parte de la multa impuesta a SEHV y a Magrini y al no imponer a cargo solo de Reyrolle una parte de la multa impuesta, la Comisión ha infringido el principio de individualización de las penas y de las sanciones».

139. Encontramos otro ejemplo en la sentencia del Tribunal General *Brasserie nationale y otros/Comisión*<sup>76</sup> del Tribunal General, en la que éste último consideró que «incumbe al Tribunal de Primera Instancia controlar si el importe de la multa impuesta es proporcionado en relación con la gravedad y la duración de la infracción y sopesar la gravedad de la infracción y las circunstancias alegadas por la demandante».

140. En su sentencia *Parker Pen/Comisión*,<sup>77</sup> dictada antes de que se aprobaran las Directrices, el Tribunal General concluyó, tras analizar la multa impugnada, que «la multa de 700.000 ECU impuesta a la demandante no [era] adecuada, habida cuenta, en particular, del bajo volumen de negocios relacionado con la infracción, y que [estaba] justificado, en el ejercicio de su competencia de plena jurisdicción, reducir a 400.000 ECU el importe de la multa impuesta a Parker».

141. En otra sentencia, *Ventouris/Comisión* («Transbordadores griegos»), antes citada, que no fue recurrida en casación, el Tribunal General concluyó, esta vez después de aprobadas las Directrices, que procedía reducir la multa de que se trataba por razones de equidad y de proporcionalidad. Como la Comisión había sancionado en una decisión única dos infracciones distintas, la equidad y la proporcionalidad exigían que una empresa que había participado en una sola infracción recibiera una sanción menos severa que las que habían participado en ambas. Según el Tribunal General, la Comisión, al haber calculado las multas partiendo de un importe de base único para todas las empresas, modulado en función de su respectivo tamaño, pero sin realizar distinción alguna en función de su participación en una sola de las infracciones sancionadas o en ambas, había impuesto a la empresa declarada responsable de haber participado en una sola infracción una multa desproporcionada con respecto a la importancia de la infracción cometida.<sup>78</sup>

142. Por el contrario (¡y con posterioridad a las sentencias, antes citadas, *Chalkor* y *KME y A. Menarini Diagnostics c. Italia!*), el Tribunal General consideró, en su sentencia *Dow Chemical/Comisión* («Caucho de cloropreno»),<sup>79</sup> que «en el presente asunto, no se trata de que, en esta fase, sin que se haya constatado irregularidad alguna en la Decisión [controvertida], como ocurría en el asunto en que se dictó la sentencia *BASF y UCB/Comisión*, [<sup>80</sup>] el Tribunal General recalculase el importe de la multa impuesta a la demandante, sino de que verifique si la Comisión aplicó legalmente las Directrices de 2006 a su situación» (el subrayado es mío), enfoque que reaparece en la sentencia recurrida.

143. Deseo subrayar que un auténtico control de las multas por parte del Tribunal General en el contexto de su competencia jurisdiccional plena resulta tanto más necesario cuanto que el importe de las multas impuestas por la Comisión no cesa de aumentar. Sin ánimo de exhaustividad, citaré algunos ejemplos: en el asunto *Microsoft* (mencionado por la Comisión en la vista), la multa impuesta a Microsoft fue de 497 millones de euros en 2004, a los que se sumaron una multa coercitiva de

76 — Sentencia de 27 de julio de 2005 (T-49/02 a T-51/02, Rec. p. II-3033), apartado 170.

77 — Sentencia del Tribunal General du 14 de julio de 1994 (T-77/92, Rec. p. II-549), apartados 94 y 95.

78 — Véanse igualmente las sentencias del Tribunal General de 16 de junio de 2011, *Putters International/Comisión* (T-211/08, Rec. p. II-3729); de 7 de julio de 1994, *Dunlop Slazenger/Comisión* (T-43/92, Rec. p. II-441); *Tokai Carbon y otros/Comisión*, antes citada, y de 16 de junio de 2011, *Bavaria/Comisión* (T-235/07, Rec. p. II-3229), asuntos en los que el Tribunal General ha reemplazado la apreciación de la Comisión por la suya propia o ha analizado si la multa era apropiada.

79 — Sentencia de 2 de febrero de 2012 (T-77/08), apartado 148. Actualmente esta sentencia es objeto de un recurso de casación pendiente ante el Tribunal de Justicia, (asunto C-179/12 P).

80 — Sentencia de 12 de diciembre de 2007 (T-101/05 y T-111/05, Rec. p. II-4949).

280,5 millones de euros en 2006, una multa coercitiva de 899 millones de euros en 2008 y una multa de 561 millones de euros en 2013.<sup>81</sup> Por su parte, a Intel se le impuso una multa de 1.060 millones de euros.<sup>82</sup> La multa de Saint Gobain en 2008 fue de 896 millones de euros (1.380 millones de euros en total para el cártel del «Vidrio para automóviles»),<sup>83</sup> la de Siemens en 2007 de más de 396 millones de euros (750 millones de euros en total para el cártel del «Conmutadores con aislamiento de gas»)<sup>84</sup> En el cártel de los fabricantes de ascensores, las multas fueron de casi 1.000 millones de euros en total.<sup>85</sup> Por último, en 2012, la Comisión impuso una multa de 1.470 millones de euros a dos cárteles entre fabricantes de tubos catódicos para pantallas de televisor y de ordenador.<sup>86</sup>

144. En lo que respecta a la importancia del control del cálculo de las multas por parte del Tribunal General preconizado en estas conclusiones, cabe recordar lo dicho por el Abogado General Tizzano en el asunto Dansk Rørindustri y otros/comisión,<sup>87</sup> antes citado, donde señaló que su análisis de ese asunto «pone de manifiesto precisamente que el método de cálculo aplicado por la Comisión entraña algunos riesgos desde el punto de vista de la equidad del sistema. [...] En efecto, no me parece del todo coherente con las exigencias de individualización y de graduación de la “pena” [...] el hecho de que, como sucede en los presentes casos, *una parte de las operaciones de cálculo tenga un carácter esencialmente formal y abstracto y, por tanto, no repercuta de manera concreta en el importe final de la multa.* Tampoco puede ignorarse que, por el mismo motivo, corre el riesgo de no alcanzarse plenamente el objetivo de mayor transparencia perseguido por las Directrices [...]. Además, este endurecimiento [de la política de la Comisión en materia de multas, que es más rigurosa y se ha traducido en un aumento de la cuantía de las multas], en la medida en que se basa en un método de cálculo basado en cantidades a tanto alzado, corre el riesgo de afectar en mayor medida a las pequeñas y medianas empresas [...]. En suma, se está configurando una situación nueva y más problemática con respecto a la fase en la cual el método seguido por la Comisión no suponía, en principio, la superación, durante las operaciones de cálculo, del límite del 10 % del volumen de negocios global, lo que hacía más fácil e inmediata la integración en el importe de la multa de la totalidad de las circunstancias concurrentes en cada caso [...] Ahora bien, cabe preguntarse si las referidas consecuencias del nuevo curso seguido por la política en materia de multas no aconsejan algún cambio de rumbo *que permita garantizar en todos los casos resultados conformes con las exigencias de equidad y de carácter razonable de la sanción*» (el subrayado es mío).

145. Esas incisivas críticas del Abogado General Tizzano en dicho asunto demuestran claramente que el ejercicio por parte del Tribunal General de un control completo<sup>88</sup> e independiente de las multas de la Comisión<sup>89</sup> no sólo es deseable o posible, sino simplemente *necesario*.

81 — Decisiones C(2004) 900 de la Comisión, de 24 de marzo de 2004, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo [102 TFUE] (asunto COMP/C 3/37.792 – Microsoft), C(2005) 4420 final de la Comisión, de 12 de julio de 2006, C(2008) 764 final de la Comisión, de 27 de febrero de 2008, por la que se fija el importe definitivo de la multa coercitiva impuesta a Microsoft Corp. por la Decisión «Microsoft», antes citada, y C(2013) 1210 final de la Comisión, de 6 de marzo de 2013, respectivamente.

82 — Decisión C(2009) 3726 final de la Comisión, de 13 de mayo de 2009, en el asunto COMP/C-3/37.990 – Intel.

83 — Decisión C(2008) 6815 final de la Comisión, de 12 de noviembre de 2008, en el asunto COMP/39.125 – Vidrio para automóviles.

84 — Decisión C(2006) 6762 final de la Comisión, de 24 de enero de 2007, en el asunto COMP/E/38.899 – Conmutadores con aislamiento de gas.

85 — Decisión C(2007) 512 final de la Comisión, de 21 de febrero de 2007, en el asunto COMP/E-1/38.823 – Ascensores y escaleras mecánicas.

86 — Decisión C(2012) 8839 final de la Comisión, de 5 de diciembre de 2012, en el asunto COMP/39.437 – Tubos para pantallas de televisor y de ordenador.

87 — Véanse sus conclusiones en dicho asunto, puntos 129 a 133.

88 — En efecto, «el hecho de añadir al Tribunal de Justicia un Tribunal de Primera Instancia y de crear dos niveles de jurisdicción tenía la finalidad, por un lado, de mejorar la protección jurisdiccional de los justiciables, especialmente en lo que se refiere a los recursos que requieren un examen detallado de hechos complejos, y, por otro lado, de mantener la calidad y la eficacia del control jurisdiccional en el ordenamiento jurídico [de la Unión]» (sentencia Baustahlgewebe/Comisión, antes citada, apartado 41).

89 — A modo de ejemplo de un ejercicio completo de la competencia jurisdiccional plena, cabe mencionar el United Kingdom Competition Appeal Tribunal (CAT), en la medida en que efectúa *su propia* apreciación del importe de la multa basándose en un *enfoque muy exhaustivo, en el que considera el asunto en su totalidad* (véanse, por ejemplo, las sentencias n° 1114/1/1/09 Kier Group plc v OFT [2011] CAT 3, y n° 1099/1/2/08 National Grid plc v Gas and Electricity Markets Authority [2009] CAT 14).

ββ) Aplicación de la teoría sobre la competencia jurisdiccional plena.

146. Para evaluar el control de la multa realizado por el Tribunal General y los motivos de casación de las recurrentes basados en la violación de los principios de proporcionalidad, de no discriminación y de individualización de las penas y en la obligación de motivación de la Comisión en lo que respecta al importe de la multa, es preciso volver a examinar la Decisión controvertida.

147. En el considerando 756 de la Decisión controvertida, la Comisión indicó que el comportamiento abusivo debía considerarse una infracción muy grave, aunque puede que no tuviese el mismo nivel de gravedad durante todo el período considerado. En el considerando 757, la Comisión se limitó a decir que el importe de base de la multa que debía imponerse a las recurrentes, para reflejar la gravedad de la infracción, debía fijarse, «a la luz de las circunstancias del caso», en 90 millones de euros.

148. Ante el Tribunal General, las recurrentes sostuvieron que la Comisión había violado los principios de individualización de las penas, de proporcionalidad y de igualdad de trato, e incumplido su obligación de motivación, al fijar el importe de base de la multa en 90 millones de euros. Alegaron así, en primer lugar, que ese importe de base de la multa impuesta a Telefónica en función de la gravedad de la infracción representaba el segundo importe de base más alto que se había fijado nunca en materia de abuso de posición dominante. Por otra parte afirmaron que ese importe era nueve y diez veces superior, respectivamente, a los importes de base de las multas impuestas en 2003 a Deutsche Telekom y a Wanadoo Interactive por prácticas de abuso de posición dominante en el mismo sector, a pesar de que: i) esas dos decisiones se adoptaron, al igual que la que condenó a Telefónica, sobre la base de las Directrices de 1998 y aplicaban por tanto las mismas reglas de cálculo; ii) las conductas investigadas en esos tres asuntos se llevaron a cabo de modo parcialmente simultáneo y eran de naturaleza similar, y iii) los tres asuntos se refieren a los mercados de acceso a Internet en Francia, Alemania y España, que presentan fuertes similitudes en términos de tamaño, importancia económica y fase de desarrollo. La desproporción manifiesta entre el importe de base fijado para Telefónica y los establecidos para Wanadoo Interactive y Deutsche Telekom se veía agravada, a su juicio, por el hecho de que, en el caso de Telefónica, el importe de base se incrementó en un 25 % para aumentar el efecto disuasorio, incremento que no se impuso a Wanadoo Interactive ni a Deutsche Telekom a pesar del tamaño de estas empresas. Las recurrentes señalaban que, teniendo en cuenta el efecto disuasorio, el importe de la multa impuesta a Telefónica en atención a la gravedad de la infracción (112,5 millones de euros) resultaba en definitiva 12,5 veces y 11,25 veces superior, respectivamente, a las multas impuestas a Wanadoo Interactive y Deutsche Telekom por unas prácticas de abuso de posición dominante de naturaleza análoga, o incluso más graves.

149. Por otra parte, a juicio de las recurrentes, el carácter excesivo del importe de base de 90 millones de euros de la multa impuesta a Telefónica era aún más evidente si se comparaba con el fijado en el asunto Deutsche Post AG en 2001.<sup>90</sup> En dicho asunto, la Comisión partió de un importe de base de sólo 12 millones de euros, pese a haber reconocido, entre otras cosas: i) que la infracción debía calificarse de «grave»; ii) que los descuentos de fidelidad concedidos por empresas en posición dominante «han sido reiteradamente condenados por el Tribunal de Justicia», y iii) que «la política de precios y descuentos de [Deutsche Post AG] tuvo importantes consecuencias negativas sobre la competencia», permitiendo a [Deutsche Post AG] mantener una cuota de mercado superior al 85 % en el mercado alemán de servicios de paquetería para la venta a distancia.

150. ¿Qué dice al respecto el Tribunal General?

90 — Decisión 2001/354/CE de la Comisión, du 20 de marzo de 2001, en un procedimiento con arreglo al artículo [102 TFUE] (Asunto COMP/35.141 – Deutsche Post AG) (DO L 125, p. 27),

151. En primer lugar, en lo relativo al principio de no discriminación, en los apartados 424 a 427 de la sentencia recurrida (cuatro apartados solamente), el Tribunal General rechaza las alegaciones de las recurrentes considerando, simplemente, que la práctica seguida por la Comisión en decisiones anteriores no puede servir de marco jurídico a las multas en materia de competencia y sólo puede tener carácter indicativo.

152. En segundo lugar, en lo que respecta al principio de proporcionalidad, en los apartados 428 a 432 de la sentencia recurrida (cinco apartados en total), el Tribunal General rechaza las alegaciones de las recurrentes limitándose a indicar, en esencia, que la Comisión dispone de un margen de apreciación al fijar el importe de las multas, a fin de lograr que las empresas ajusten su comportamiento a las normas sobre competencia. De hecho, el Tribunal General retoma a este respecto las explicaciones de la Comisión sobre la calificación de la infracción como «muy grave» y, en un solo apartado (432), lleva a cabo su «análisis» y concluye que el importe inicial de 90 millones de euros no es desproporcionado.

153. En tercer lugar, en lo que respecta al principio de individualización de las penas, en el apartado 433 de la sentencia recurrida (y únicamente en él), el Tribunal General recuerda la jurisprudencia según la cual, para apreciar la gravedad de una infracción con el fin de determinar el importe de la multa, la Comisión debe asegurar el carácter disuasorio de su actuación, sobre todo en el caso de infracciones especialmente perjudiciales para la consecución de los objetivos de la Unión. Tal disuasión debe ser a la vez específica y general, pues, al mismo tiempo que reprime una infracción individual, la multa se inscribe también en el marco de una política general dirigida a que las empresas respeten las normas sobre competencia. El Tribunal General concluye que se desprende de la Decisión controvertida que, en el presente asunto, la multa se calculó teniendo en cuenta la situación particular de Telefónica. Por consiguiente, a su juicio, las demandantes no podían afirmar que el efecto disuasorio general de la multa había sido el «objetivo último y primero de la multa».

154. Por último, en lo que respecta al supuesto incumplimiento de la obligación de motivación y de la tutela judicial efectiva, en los apartados 434 y 435 de la sentencia recurrida (o sea, en dos apartados únicamente), el Tribunal General rechaza las alegaciones de las recurrentes y afirma simplemente que la Comisión no incumplió los requisitos *mínimos* en esta materia, ya que indicó los criterios de apreciación que le permitieron determinar la gravedad y la duración de la infracción. Además, el Tribunal General repite una vez más que, al no servir la práctica decisoria de la Comisión de marco jurídico a las multas en materia de competencia, esta última no estaba obligada a indicar las razones por las que el importe de base de la multa impuesta a las recurrentes era significativamente superior al importe de las multas impuestas a Wanadoo Interactive y a Deutsche Telekom.

155. Al leer estos doce apartados (¡sobre un total de 465!),<sup>91</sup> que por lo demás no contienen prácticamente *ningún* análisis propiamente dicho por parte del Tribunal General, pienso que, en lo que respecta a los principios de no discriminación, de proporcionalidad y de individualización de las penas y en lo que respecta a la obligación de motivación del importe de la multa por parte de la Comisión, dicho Tribunal no procedió manifiestamente a la revisión de plena jurisdicción a la que está obligado.

156. En cuanto a la pretendida violación del principio de no discriminación, el Tribunal General se contenta con remitir al carácter indicativo del importe de las multas impuestas por la Comisión en decisiones anteriores, pero se abstiene de señalar que, en el presente caso, ciertas decisiones anteriores de la Comisión contenían indicaciones particularmente valiosas. Sobre todo habida cuenta de que la Comisión no había revelado (lo que habría sido, según el Tribunal de Justicia, deseable y, en mi opinión, necesario) el método de cálculo del importe de base de 90 millones de euros, ni motivado suficientemente la diferencia entre dicho importe y el fijado en otras decisiones de características muy similares, tales como Deutsche Telekom y Wanadoo Interactive.

91 — Es cierto que «la brevedad es el alma del ingenio» («*brevity is the soul of wit*») (Shakespeare en *Hamlet*, 1602), pero la plena jurisdicción exige más que una muestra de ingenio.

157. El Tribunal General olvidó incluso su propia jurisprudencia, puesto que en el apartado 316 de su sentencia Archer Daniels Midland/Comisión, antes citada, había indicado (confirmándolo por otra parte en su sentencia E.ON Ruhrgas y E. ON/Comisión, apartado 262, posterior a la sentencia recurrida), que «por lo que respecta a las comparaciones [...] con otras decisiones de la Comisión en materia de multas, de ello se deduce que tales decisiones sólo pueden ser pertinentes desde el punto de vista del respeto del principio de igualdad de trato si se demuestra que *las circunstancias de los asuntos en que se adoptaron esas otras decisiones, tales como los mercados, los productos, los países, las empresas y los períodos considerados, son comparables a las del presente asunto*» (el subrayado es mío). En efecto, resulta evidente que aunque, en principio, la práctica seguida por la Comisión en decisiones anteriores no puede servir de marco jurídico a las multas en materia de competencia, esta argumentación encuentra su límite en el principio de no discriminación, con arreglo al cual las situaciones comparables no pueden tratarse de manera diferente.<sup>92</sup>

158. Por otra parte, el principio «de la igualdad de las sanciones ante comportamientos idénticos» está recogido en las Directrices de 1998<sup>93</sup> y se aplica en particular cuando las circunstancias que llevan a imponer una multa, tales como los mercados afectados, el tipo de infracción, los productos, las empresas o el período de duración de la infracción son efectivamente similares, como parece precisamente ocurrir aquí, a menos que –basándose o no en datos adicionales aportados por la Comisión a instancias del Tribunal General– se demostrara lo contrario.

159. En este caso concreto, el Tribunal General habría debido exigir como mínimo a la Comisión que explicase muy claramente por qué había fijado un importe inicial de 90 millones de euros en el presente asunto (y cómo había llegado a ese importe), habida cuenta: i) de que se trata de la segunda multa más alta tras la impuesta a Microsoft [Decisión C(2004) 900] y el importe inicial en el presente asunto sobrepasaba en más de un 40 % el tercer importe inicial más elevado (el de AstraZeneca),<sup>94</sup> mientras que en estos dos últimos asuntos, entre otras cosas, el mercado geográfico de referencia se extendía más allá del territorio de un Estado miembro; ii) de que el importe controvertido era 4,5 veces superior al importe mínimo establecido en las Directrices para el cálculo de las multas en el caso de infracciones «muy graves», y iii) de que dicho importe era diez y nueve veces superior, respectivamente, a los «importes de base» aplicados a Deutsche Telekom y Wanadoo Interactive, para unas prácticas, unos mercados, unos productos y unas empresas similares.

160. Con respecto al nivel de gravedad de la infracción («grave» o «muy grave»), las recurrentes habían alegado ante el Tribunal General: i) que los abusos de posición dominante cometidos en un mercado geográfico limitado al territorio de un Estado miembro habían sido calificados hasta entonces de «graves» y ii) que los factores invocados por la Comisión para justificar la calificación desde el punto de vista geográfico (tamaño del mercado español y dificultades de entrada en el mercado para las empresas extranjeras) también estaban presentes en las Decisiones Deutsche Telekom y Wanadoo Interactive, en las que, sin embargo, la infracción no había sido calificada de «muy grave», al contrario de lo apreciado por la Comisión en el expediente de las recurrentes y ello incluso para el período anterior a la publicación de la Decisión Deutsche Telekom. Una vez más, el Tribunal General se limita aquí a afirmar que la práctica decisoria de la Comisión no puede servir de marco jurídico para las multas en materia de competencia. No obstante, si la Comisión se basa en la dimensión del mercado para calificar la infracción de «muy grave», ¿no habría debido el Tribunal General tomar en consideración el hecho de que, para mercados de mayores dimensiones (Francia y Alemania), la Comisión no estimó ese criterio suficiente para calificar la infracción de «muy grave»?

92 — En lo que respecta a la determinación del importe de la multa, véase en particular la sentencia de 30 de abril de 2009, Nintendo y Nintendo of Europe/Comisión (T-13/03, Rec. p. II-975), apartado 170.

93 — Véanse las Directrices de 1998, sección 1, parte A, último punto.

94 — Decisión C(2005) 1757 final de la Comisión, de 15 de junio de 2005, relativa un procedimiento de conformidad con el artículo [102 TFUE] y el artículo 54 del Acuerdo EEE (Asunto COMP/A.37.507/F3 – AstraZeneca).

161. Además, si el criterio que permite calificar la infracción de «muy grave» con arreglo a las Directrices de 1998 es que el abuso de que se trate sea «característico» (*clear-cut*), resulta imposible llegar a una conclusión en este sentido sin referirse, al menos, a la práctica seguida por la Comisión en sus decisiones. En realidad, las propias Directrices de 1998 hacen referencia a la práctica decisoria de la Comisión para aclarar el concepto de infracción «muy grave».<sup>95</sup> La Decisión controvertida justifica igualmente la calificación de abuso característico basándose en la práctica seguida por la Comisión en sus decisiones.<sup>96</sup> El Tribunal General confunde así la jurisprudencia relativa al supuesto carácter indicativo del importe de las multas impuestas en decisiones anteriores y la interpretación de las Directrices de 1998 a efectos de determinar si la infracción fue leve, grave o muy grave. En efecto, estas últimas utilizan un criterio, el del «abuso característico», para sancionar conductas cuya ilegalidad es evidente, algo que, en el caso de las prácticas abusivas, sólo puede comprobarse remitiéndose a los precedentes.

162. Por otra parte, estoy de acuerdo con la cuarta imputación de la primera parte del octavo motivo de casación de las recurrentes (apartado 414 del recurso), en la que alegan, criticando los apartados 415 a 420 de la sentencia recurrida, que el Tribunal General omitió tomar en consideración la intensidad variable de la gravedad de la infracción a lo largo del tiempo que duró. A este respecto, me parecen criticables las constataciones formuladas por el Tribunal General en los apartados 418 y 419 de la sentencia recurrida, donde afirma que la Comisión había considerado legítimamente que la infracción debía calificarse de «muy grave» durante todo el período de que se trataba y que, pese a haber calificado la infracción de «muy grave» durante todo ese período, la Comisión había tenido efectivamente en cuenta la intensidad variable de la infracción al fijar el importe inicial de la multa. Por lo tanto, el Tribunal General incumplió su obligación de proceder a una revisión de plena jurisdicción al omitir verificar si en el importe inicial de la multa se había tenido en cuenta *efectivamente* la gravedad variable de la infracción, en particular, en lo que respecta al período anterior a la publicación de la Decisión Deutsche Telekom.

163. A propósito de la pretendida violación de los principios de proporcionalidad y de individualización de las penas, el Tribunal General es particularmente breve y se remite exclusivamente a reflexiones muy generales: al margen de apreciación de la Comisión (apartado 430 de la sentencia recurrida), a la lógica global de las Directrices de 1998 (apartado 431) o a la obligación de la Comisión de fijar el importe de la multa en proporción a los criterios tenidos en cuenta para apreciar la gravedad de la infracción y de aplicar a este respecto dichos criterios de forma coherente y objetivamente justificada, pero sin verificar en ningún momento si la aplicación de dichos criterios había sido efectivamente coherente y objetivamente justificada en el asunto de que se trata. En el apartado 432 de la sentencia recurrida concluye que «teniendo en cuenta que, por una parte, el abuso de Telefónica debe considerarse un abuso característico del que ya existen precedentes, que pone en peligro el objetivo de alcanzar un mercado interior para las redes y los servicios de telecomunicaciones y que, por otra, dicho abuso tuvo una repercusión significativa en el mercado minorista español (considerandos 738 a 757 de la Decisión [controvertida]), no cabe considerar desproporcionado un importe inicial de la multa de 90 millones de euros».

95 — Véanse las Directrices de 1998, Sección 1, parte A.

96 — «Tal y como establece la sección A.1, la infracción de Telefónica no es nueva sino todo lo contrario: un abuso característico del que existe precedente. En concreto, tras la Decisión Deutsche Telekom [publicada en octubre de 2003], las condiciones de aplicación del artículo 82 del Tratado a una actividad económica sujeta a una regulación *ex ante* habían sido aclaradas en su mayor parte y eran conocidas por Telefónica» (considerando 740 de la Decisión controvertida).

164. A pesar de que la jurisprudencia del Tribunal General<sup>97</sup> exige que la multa se calcule teniendo en cuenta la situación específica de la empresa implicada, lo que supone *verificar si, a la vista de los hechos del caso*, el principio del efecto disuasorio de la multa prevaleció o no indebidamente sobre el principio de individualización de las penas, en el apartado 433 de la sentencia recurrida el Tribunal General se da por satisfecho con hacer constar, sencillamente, que «en el presente asunto, la multa se calculó teniendo en cuenta la situación particular de Telefónica».

165. El Tribunal General llega a estas conclusiones sin atribuir la menor importancia a diversas circunstancias que habrían debido atraer su atención, en particular las siguientes: i) las Decisiones Deutsche Telekom, Wanadoo Interactive y Telefónica se basaban todas en las Directrices de 1998, es decir, aplicaban las mismas reglas de cálculo; ii) las conductas examinadas en los tres asuntos tuvieron lugar de forma parcialmente simultánea y son de naturaleza (muy) similar:<sup>98</sup> unas prácticas de precios predatorios en el caso de Wanadoo Interactive y unas prácticas de estrechamiento de márgenes en los casos de Deutsche Telekom y Telefónica; iii) los tres asuntos se refieren a los mercados de acceso a Internet en Francia, en Alemania y en España, que presentan grandes similitudes en términos de tamaño y de importancia económica; iv) las empresas sancionadas en los tres asuntos son los operadores históricos de telecomunicaciones (o una filial de uno de ellos, en el caso de Wanadoo Interactive), con volúmenes de negocios muy comparables,<sup>99</sup> y v) al menos en teoría, ciertas circunstancias podían incluso abogar por un importe de base inferior al fijado en el asunto Deutsche Telekom, en el que: a) los precios mayoristas eran superiores a sus precios minoristas, lo que permitía que Deutsche Telekom fuera consciente de la existencia de un estrechamiento de márgenes sin necesidad de tener en cuenta los costes; b) el organismo de regulación alemán constató la existencia de márgenes negativos, c) los productos afectados eran infraestructuras esenciales, y d) según las recurrentes, la normativa española era más estricta que la normativa alemana durante el período controvertido<sup>100</sup> (aunque la Comisión impugna esta última afirmación).

166. La Comisión ha sostenido ante el Tribunal de Justicia que «la conclusión a la que llega el Tribunal General [en el apartado 432] se basa en un *examen detallado de los elementos obrantes en autos* y de las alegaciones de las partes» y que el Tribunal General verificó efectivamente si la multa era desproporcionada. En respuesta a una pregunta del Tribunal de Justicia, formulada en la vista, sobre esos «elementos obrantes en autos», el representante de la Comisión afirmó simplemente que pensaba que por «elementos obrantes en autos» se debía entender los documentos, pruebas y resoluciones judiciales aportados por las partes, explicando en resumen que los 90 millones de euros de importe de base constituían una especie de término medio entre el punto de partida fijado en las Directrices de 1998, a saber, 20 millones de euros, y el importe de base de 185 millones de euros en el asunto Microsoft, antes citado. Resulta difícil considerar tal alegación una explicación convincente

97 — Sentencia de 26 de abril de 2007, Bolloré y otros/Comisión (T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 y T-136/02, Rec. p. II-947), apartado 528.

98 — Como indicó el Abogado General Mazák en sus conclusiones (nota 41) en el asunto Teliasonera Sverige, antes citado, «parte de la doctrina ha sugerido que hubiera sido más correcto analizar el asunto Deutsche Telekom/Comisión [antes citado] como un asunto de precios predatorios, mientras que el asunto France Télécom/Comisión [Wanadoo Interactive, antes citado] debería haber sido un asunto de [estrechamiento de márgenes] (en la vista la Comisión no discrepó sobre este último extremo; sin embargo, señaló que decidió considerar el asunto France Télécom como un asunto de precios predatorios porque la [entidad] en el mercado descendente (Wanadoo Interactive) no era propiedad al 100% de France Télécom)».

99 — Según las recurrentes, en 2006, último año de la presunta infracción, el volumen de negocios del grupo Telefónica fue de 52.901 millones de euros, el del grupo France Télécom de 46.630 millones de euros en 2002, y el de Deutsche Telekom ascendía a 55.838 millones de euros en 2003.

100 — Telefónica insistió en su réplica, en el punto 284, en que la normativa española era más estricta que la normativa alemana durante el período controvertido, habida cuenta, en particular, i) del hecho de que el sistema *retail minus* aplicado por la CMT tenía precisamente por objeto evitar el fenómeno del estrechamiento de márgenes, a diferencia del sistema de precios máximos de aplicación en Alemania durante el período de la infracción, sistema que permitía compensaciones entre diferentes productos pertenecientes a una misma «cesta», y ii) del hecho de que hasta noviembre de 2003 la CMT fijaba los precios minoristas (mientras que el regulador alemán establecía unos precios minoristas máximos, en vez de fijos) y, posteriormente, tenía que aprobar, *ex ante*, todas las iniciativas de precios minoristas de Telefónica en relación con los nuevos servicios y las promociones, y para ello comprobaba la existencia de un margen suficiente entre los precios mayoristas y minoristas.



del enorme aumento del importe de base en comparación con asuntos similares, en especial habida cuenta de que se trata del segundo importe de base más alto tras el aplicado en el asunto Microsoft. Por otra parte, aunque estas cuestiones fueran discutidas en la vista ante el Tribunal General (como sostiene la Comisión), el hecho es que la sentencia recurrida no lo muestra.

167. Por lo que se refiere al incremento del importe de base de la multa con fines disuasorios (apartados 437 a 443 de la sentencia recurrida) –que hubiera debido llevar al Tribunal General a interrogarse sobre el uso de ese mismo objetivo disuasorio como argumento para justificar el gran aumento del importe de base–, el Tribunal General se limitó, en el apartado 439, a convalidar el razonamiento de la Comisión con meras remisiones generales a ciertos considerandos de la Decisión controvertida, sin analizar no obstante si el factor multiplicador del 1,25 resultaba apropiado y, una vez más, sin proceder a una auténtica revisión de plena jurisdicción. Tampoco en esta parte de su sentencia analizó el Tribunal General la comparación con las Decisiones Deutsche Telekom y Wanadoo Interactive, en las que la multa no se había incrementado con fines disuasorios, omitiendo así ajustarse a la jurisprudencia con arreglo a la cual la obligación de motivación debe ser más explícita cuando la decisión «va sensiblemente más allá que las decisiones precedentes» (véase la nota 45 de las presentes conclusiones).

168. Además, en el apartado 441 de la sentencia recurrida, el Tribunal General no analizó correctamente la eventual violación del principio de no discriminación, basada en que el volumen de negocios de las recurrentes era en efecto comparable al de Wanadoo Interactive y al de Deutsche Telekom,<sup>101</sup> para las cuales la Comisión no había estimado oportuno imponer un incremento de la multa de carácter disuasorio. En efecto, en dicho apartado el Tribunal General se escuda de nuevo en la jurisprudencia según la cual la práctica decisoria de la Comisión no puede servir de marco jurídico para las multas.

169. Me parece que el Tribunal General comete el mismo error al examinar, en los apartados 444 a 452 de la sentencia recurrida, la calificación de la conducta de las recurrentes como «infracción de larga duración». En efecto, en los apartados 448 a 450 de la sentencia recurrida, el Tribunal General no distingue entre los dos períodos de la infracción (algo que, a mi juicio, era necesario), el anterior y el posterior a la Decisión Deutsche Telekom, ni valora la gravedad de la infracción en cada período. El Tribunal General se limita a remitirse a los apartados 356 a 369 y al apartado 419 de la sentencia recurrida y a afirmar que el «importe inicial [...] ya refleja la distinta intensidad de la infracción». Ahora bien, como he indicado antes, no está en absoluto claro que el importe inicial refleje efectivamente o no esa diferente intensidad, ni el modo en que lo hace. En todo caso, el Tribunal General no lo analiza. Pero el Tribunal General no niega el hecho de que, en la Decisión Deutsche Telekom, la Comisión había estimado que la variación de la gravedad de la infracción durante el período investigado i) exigía recalificar como «grave» la infracción considerada *a priori* «muy grave» y, además, ii) justificaba una reducción del incremento de la multa en atención a su duración. En efecto, la Comisión había considerado que el limitado margen de maniobra de que disponía Deutsche Telekom para realizar modificaciones tarifarias a partir de 2002 justificaba calificar la infracción de «leve» a partir de esa fecha, por lo que no procedía aplicar un incremento de la multa con posterioridad a dicha fecha.<sup>102</sup>

101 — El Tribunal General se da por satisfecho con una mera referencia a la capacidad económica de Telefónica. Ahora bien, como se ha indicado en la nota 99 de las presentes conclusiones, los volúmenes de negocios eran muy similares. En términos de capitalización bursátil, Deutsche Telekom y Telefónica se encontraban también en una situación comparable, según las fuentes citadas por la Comisión en la Decisión controvertida (véase la página 22 del informe anual de Telefónica, citado en la nota 791 de la Decisión controvertida). La capitalización bursátil de Telefónica y la de Deutsche Telekom ascendían, respectivamente, a 74.113 y a 70.034 millones de dólares en 2005, y a 104.722 y 80.371 millones de dólares en 2006.

102 — Decisión Deutsche Telekom, antes citada, puntos 206, 207 y 211.

170. Por último, en el apartado 461 de la sentencia recurrida, al examinar el supuesto carácter novedoso del asunto, el Tribunal General se remite a su razonamiento sobre la existencia de precedentes claros y previsibles. A este respecto, el Tribunal General aplicó un criterio manifiestamente erróneo, a saber, el de la seguridad jurídica, sin tomar en consideración que una de las circunstancias atenuantes mencionadas en las Directrices de 1998 es la existencia de una duda razonable de la empresa en cuanto al carácter ilícito del comportamiento. Ahora bien, estimo que esa duda razonable pudo existir al menos hasta octubre de 2003, fecha de publicación de la Decisión Deutsche Telekom, en la medida en que las recurrentes pudieron no estar en condiciones de comprender los límites de la confianza legítima que un operador dominante podía tener en la actuación de la CMT. Es el propio Tribunal General quien reconoce, en el apartado 361 de la sentencia recurrida, que «como señaló la Comisión en el considerando 735 de la Decisión impugnada, la Decisión Deutsche Telekom constituye también un precedente que aclara las condiciones de aplicación del artículo 82 CE en relación con una actividad económica objeto de una regulación *ex ante* específica del sector».

171. La única alegación de las recurrentes en esta parte del recurso de casación que no me parece fundada es la relativa a la fecha en que finalizó la infracción. Las recurrentes (punto 449 del recurso) critican el apartado 451 de la sentencia recurrida, alegando que el Tribunal General parece haber reconocido que la Comisión sólo había demostrado la existencia de una infracción hasta finales del primer semestre de 2006. Por consiguiente, a su juicio, el Tribunal General invirtió la carga de la prueba al juzgar que ellas no habían probado que no hubiera existido estrechamiento de márgenes en el segundo semestre de 2006, mientras que era a la Comisión a quien correspondía demostrar la existencia de infracción. Ahora bien, el Tribunal General no incurrió en un error de Derecho a este respecto, ya que ninguno de los datos obrantes en autos aportados por las recurrentes mencionaba modificaciones de precios entre junio y diciembre de 2006. No hubo por tanto inversión de la carga de la prueba, sino una resolución basada en los datos que obraban en autos. En efecto, la Comisión había probado, en su Decisión, que los productos mayoristas nacional y regional no habían experimentado modificación alguna hasta el 21 de diciembre de 2006, y que los precios minoristas no habían cambiado desde septiembre de 2001, sin que las recurrentes hubieran alegado modificación alguna de los costes que la Comisión había tomado en consideración (apartado 451 de la sentencia recurrida).

172. Se deduce de las consideraciones expuestas que, en mi opinión, procede estimar en gran parte el octavo y el décimo motivo de casación, dado que el Tribunal General no ejerció su competencia jurisdiccional plena, incurriendo así en ciertos errores de Derecho en su examen de la supuesta violación de los principios de proporcionalidad, de igualdad de trato y de individualización de las penas, así como de la obligación de motivación.

173. No sostengo que se haya producido una violación de tales principios, sino que el Tribunal General no verificó correctamente, en virtud de su competencia jurisdiccional plena, si la decisión de la Comisión sobre la multa respetaba o no tales principios.

174. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 61, párrafo primero, del Estatuto del Tribunal de Justicia, en caso de anulación de la resolución del Tribunal General, el Tribunal de Justicia podrá o bien resolver él mismo definitivamente el litigio, cuando su estado así lo permita, o bien devolver el asunto al Tribunal General para que este último resuelva. En el presente asunto, el estado del litigio no permite resolverlo.

## V. Conclusión

175. Habida cuenta de las consideraciones expuestas, propongo al Tribunal de Justicia que decida lo siguiente:

- 1) Anular la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 29 de marzo de 2012, Telefónica y Telefónica de España /Comisión (T-336/07), en la medida en que el Tribunal General no ejerció su competencia jurisdiccional plena en el examen de la multa impuesta por la Comisión Europea a Telefónica, S.A., y a Telefónica de España, S.A.U.
- 2) Devolver el asunto al Tribunal General de la Unión Europea.
- 3) Reservar la decisión sobre las costas.