



Recopilación de la Jurisprudencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL GENERAL (Sala Octava)

de 29 de marzo de 2012*

«Competencia — Abuso de posición dominante — Mercados españoles de acceso a Internet de banda ancha — Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 82 CE — Fijación de los precios — Estrechamiento de márgenes — Definición de los mercados — Posición dominante — Abuso — Cálculo de la compresión de márgenes — Efectos del abuso — Competencia de la Comisión — Derecho de defensa — Subsidiariedad — Proporcionalidad — Seguridad jurídica — Cooperación leal — Principio de buena administración — Multas»

En el asunto T-336/07,

Telefónica, S.A., con domicilio social en Madrid,

Telefónica de España, S.A., con domicilio social en Madrid,

representadas inicialmente por los Sres. F. González Díaz y S. Sorinas Jimeno y posteriormente por el Sr. González Díaz, abogados,

partes demandantes,

contra

Comisión Europea, representada por los Sres. F. Castillo de la Torre y É. Gippini Fournier y la Sra. K. Mojzesowicz, en calidad de agentes,

parte demandada,

apoyada por

France Telecom España, S.A., con domicilio social en Pozuelo de Alarcón (Madrid), representada por los Sres. S. Martínez Lage y H. Brokelmann y la Sra. M. Ganino, abogados,

por

Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc Consumo), con domicilio en Madrid, representada por el Sr. L. Pineda Salido y la Sra. M.I. Cámara Rubio, abogados,

y por

European Competitive Telecommunications Association, con domicilio en Wokingham (Reino Unido), representada por los Sres. M. Di Stefano y A. Salerno, abogados,

partes coadyuvantes,

* Lengua de procedimiento: español.

que tiene por objeto un recurso de anulación de la Decisión C(2007) 3196 final de la Comisión, de 4 de julio de 2007, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 82 [CE] (Asunto COMP/38.784 — Wanadoo España contra Telefónica) y, con carácter subsidiario, un recurso de anulación o de reducción del importe de la multa impuesta a las demandantes,

EL TRIBUNAL GENERAL (Sala Octava),

integrado por el Sr. L. Truchot, Presidente, y la Sra. M.E. Martins Ribeiro (Ponente) y el Sr. H. Kanninen, Jueces;

Secretario: Sr. J. Palacio González, administrador principal;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 23 de mayo de 2011;

dicta la siguiente

Sentencia

Presentación de las demandantes

- 1 Telefónica, S.A., parte demandante en el presente asunto, es la sociedad matriz del grupo Telefónica, antiguo monopolio de Estado en el sector de las telecomunicaciones en España. Durante el período considerado en la Decisión C(2007) 3196 final de la Comisión, de 4 de julio de 2007, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 82 [CE] (Asunto COMP/38.784 — Wanadoo España contra Telefónica) (en lo sucesivo, «Decisión impugnada»), es decir, entre septiembre de 2001 y diciembre de 2006, Telefónica proporcionó servicios de banda ancha por medio de su filial Telefónica de España, S.A.U. (en lo sucesivo, «TESAU»), también parte demandante en el presente asunto, y de otras dos filiales, Telefónica Data de España, S.A.U., y Terra Networks España, S.A., que se fusionaron con TESAU el 30 de junio de 2006 y el 7 de julio de 2006, respectivamente (considerandos 11, 13 y 19 a 21 de la Decisión impugnada). Telefónica y sus filiales (en lo sucesivo denominadas conjuntamente «Telefónica») formaban una única entidad económica durante todo el período de investigación (considerando 12 de la Decisión impugnada).
- 2 Antes de la plena liberalización de los mercados de las telecomunicaciones en 1998, Telefónica era propiedad del Estado español y disfrutaba de un monopolio legal para la prestación minorista de servicios de telecomunicaciones de línea fija. Actualmente explota la única red de telefonía fija de dimensión nacional (considerando 13 de la Decisión impugnada).

Procedimiento administrativo

- 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 de las Comunidades Europeas 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 (considerando 26 de la Decisión impugnada).
- 4 Tras un análisis de la denuncia y después de haber recibido información adicional, la Comisión envió a Telefónica, el 20 de febrero de 2006, un pliego de cargos, al que ésta contestó el 19 de mayo de 2006. Los días 12 y 13 de junio de 2006 se celebró una audiencia (considerandos 27 y 30 de la Decisión impugnada).

- 5 El 11 de enero de 2007, la Comisión envió a Telefónica una carta en la que la instaba a presentar comentarios sobre las conclusiones que dicha institución pensaba extraer de nuevos hechos no mencionados en el pliego de cargos (en lo sucesivo, «carta factual»). Telefónica respondió a esta carta el 12 de febrero de 2007 (considerando 31 de la Decisión impugnada).

Decisión impugnada

- 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 (considerandos 145 a 208 de la Decisión impugnada).
- 8 Según la Decisión impugnada, el mercado minorista de referencia comprende todos los productos de banda ancha no diferenciados, prestados mediante ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line, línea de abonado digital asimétrica) o por cualquier otra tecnología, comercializados en el «mercado de masas» para usuarios residenciales y no residenciales, pero no incluye los servicios de acceso de banda ancha a medida, dirigidos principalmente a las «grandes empresas» (considerando 153 de la Decisión impugnada).
- 9 Respecto a los mercados mayoristas, la Comisión señaló que había tres ofertas mayoristas principales: una oferta de referencia para el acceso desagregado al bucle local, comercializada únicamente por Telefónica; una oferta mayorista regional (GigADSL; en lo sucesivo, «producto mayorista regional»), comercializada asimismo únicamente por Telefónica, y varias ofertas mayoristas nacionales, comercializadas tanto por Telefónica (ADSL-IP y ADSL-IP Total; en lo sucesivo, «producto mayorista nacional») como por los otros operadores sobre la base del acceso desagregado al bucle local y/o del producto mayorista regional (considerando 75 de la Decisión impugnada).
- 10 Para definir los mercados mayoristas de referencia en el presente asunto, la Comisión analizó si los productos de acceso mayorista descritos en el apartado anterior pertenecían al mismo mercado de productos o a mercados de productos diferentes (considerando 162 de la Decisión impugnada).
- 11 A este respecto, la Comisión estimó, ante todo, que el producto mayorista regional y el acceso desagregado al bucle local no eran sustituibles (considerandos 163 a 182 de la Decisión impugnada). Para fundar esta conclusión, la Comisión se refirió, por lo que respecta a la sustituibilidad por el lado de la demanda, a las cuantiosas inversiones para el despliegue de red (considerandos 163 y 164 de la Decisión impugnada) y a las diferencias funcionales entre ambas modalidades de acceso mayorista (considerando 165 de la Decisión impugnada). Asimismo, la Comisión consideró que no había sustituibilidad por el lado de la oferta entre dichos productos, toda vez que ésta implicaría que un operador alternativo estuviese en condiciones de ofrecer una red de bucles locales idéntica a la de Telefónica en todo el territorio español, algo que sería económicamente imposible en un plazo razonable (considerando 167 de la Decisión impugnada).
- 12 A continuación, la Comisión estimó que no había sustituibilidad suficiente entre los productos mayoristas regional y nacional (considerandos 183 a 195 de la Decisión impugnada), precisando al mismo tiempo que los límites exactos entre los mercados mayoristas nacional y regional no eran determinantes, dada la posición dominante de Telefónica en todos ellos (considerando 195 de la Decisión impugnada). Por lo que respecta a la sustituibilidad por el lado de la demanda, consideró que el operador alternativo que deseara prestar servicios minoristas de ADSL a escala nacional utilizando el producto mayorista regional debía asumir cuantiosos gastos iniciales y recurrentes de despliegue y de mantenimiento de una red que permita la interconexión con los ciento nueve puntos de acceso indirecto de Telefónica (considerando 183 de la Decisión impugnada). Por otra parte, pasar del producto mayorista regional al producto mayorista nacional no tendría sentido desde el punto de

vista económico, porque es ilógico y poco probable que los operadores que ya han invertido en el despliegue de una red soporten los costes de oportunidad de no utilizar su red y utilicen el producto mayorista nacional, que no les ofrece las mismas posibilidades en términos de control de la calidad de servicio del producto minorista que el producto mayorista regional (considerando 187 de la Decisión impugnada). Respecto a la sustituibilidad por el lado de la oferta, la Comisión señaló que, si bien es cierto que un operador que desee proporcionar una oferta mayorista nacional puede hacerlo basándose en la oferta mayorista regional, lo que implica considerables inversiones, éstas no son comparables a las inversiones necesarias para el acceso desagregado al bucle local requerido en sentido ascendente para que el operador pueda ofrecer un producto de acceso mayorista regional que compita con el de Telefónica (considerando 191 de la Decisión impugnada).

- 13 Por último, la Comisión estimó que las tecnologías de acceso de banda ancha distintas del ADSL —en particular, el cable— y las ofertas de ADSL no podían considerarse sustituibles (considerandos 196 a 207 de la Decisión impugnada). Por lo que respecta a la sustituibilidad por el lado de la demanda, la Comisión señaló los costes considerables en los que hay que incurrir en caso de cambiar de una oferta mayorista de ADSL a una oferta mayorista de cable, así como la escasa cobertura y la fragmentación de las redes de cable en España (considerando 199 de la Decisión impugnada). La Comisión indicó asimismo que, aunque técnicamente es posible que los operadores de cable proporcionen a terceros un acceso mayorista de banda ancha equivalente a los productos mayoristas regional y nacional, hay dificultades prácticas y económicas que les impiden hacerlo, de modo que una oferta de este tipo no sería económicamente viable.
- 14 La Comisión concluyó que los mercados mayoristas de referencia a efectos de la Decisión impugnada comprendían el producto mayorista regional y el producto mayorista nacional, con exclusión de los servicios mayoristas por cable y de las tecnologías distintas al ADSL (considerandos 6 y 208 de la Decisión impugnada).
- 15 Según la Decisión impugnada, los mercados geográficos pertinentes mayorista y minorista son mercados nacionales (territorio español) (considerando 209 de la Decisión impugnada).
- 16 En segundo lugar, la Comisión comprobó que Telefónica ocupaba una posición dominante en los mercados mayoristas de referencia (considerandos 223 a 242 de la Decisión impugnada). Así, durante el período considerado, Telefónica tenía el monopolio del suministro del producto mayorista regional y más del 84 % del mercado mayorista nacional (considerandos 223 y 235 de la Decisión impugnada). Según la Decisión impugnada (considerandos 243 a 277), 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 (considerandos 278 a 694 de la Decisión impugnada). 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 (considerando 694 de la Decisión impugnada).
- 18 A fin de determinar la existencia de un estrechamiento de márgenes en el presente asunto, la Comisión recordó, en primer término, el contexto regulador en el que Telefónica había suministrado los productos mayoristas regional y nacional y, en particular, la obligación que el Derecho español impone a Telefónica de proporcionar acceso mayorista a escala regional y nacional en condiciones equitativas. La Comisión recordó también la obligación impuesta a Telefónica por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) desde marzo de 1999 de suministrar el producto mayorista regional e indicó que Telefónica había empezado a ofrecer su producto ADSL-IP Total en septiembre de 1999 por iniciativa propia, habiendo impuesto la CMT a Telefónica que proporcionase acceso al ADSL-IP a partir de abril de 2002 (considerandos 288 y 289 de la Decisión impugnada).

- 19 En segundo término, por lo que respecta al método de cálculo del estrechamiento de márgenes, la Comisión consideró, primero, que el nivel de eficacia de los competidores de Telefónica debía calcularse en función de los costes de ésta en el mercado descendente (método del «competidor igualmente eficiente») (considerandos 311 y 315 de la Decisión impugnada); segundo, que el método pertinente de evaluación de los costes era, en el presente asunto, el de los costes incrementales medios a largo plazo (en lo sucesivo, «LRAIC») (considerandos 316 a 324 de la Decisión impugnada); tercero, que la evaluación de la rentabilidad a plazo podía hacerse con arreglo a dos métodos, a saber, el método llamado «período a período» y el método de los flujos de caja descontados (en lo sucesivo, «FCD») (considerandos 325 a 385 de la Decisión impugnada); cuarto, que el cálculo del estrechamiento de márgenes debía llevarse a cabo basándose en el conjunto de servicios comercializados por Telefónica en el mercado minorista pertinente (considerandos 386 a 388 de la Decisión impugnada); y, quinto, por lo que respecta a la elección de los insumos ascendentes para calcular la posibilidad de replicar los precios en el mercado descendente, que un operador igualmente eficiente debía poder replicar las tarifas de Telefónica utilizando al menos un producto mayorista de Telefónica en cada uno de los mercados mayoristas pertinentes (considerandos 389 a 396 de la Decisión impugnada).
- 20 En tercer término, la Comisión calculó si el margen entre las tarifas de Telefónica en los mercados ascendente y descendente cubría al menos los LRAIC descendentes de Telefónica (considerandos 397 a 511 de la Decisión impugnada). Aplicando la metodología descrita en el apartado precedente, la Comisión calculó que, de septiembre de 2001 a diciembre de 2006, no hubo posibilidad de replicar los precios minoristas de Telefónica basándose en sus productos mayoristas nacional o regional (considerandos 512 a 542 de la Decisión impugnada).
- 21 En cuarto término, por lo que respecta a los efectos del abuso, la Comisión consideró probable que la conducta de Telefónica hubiese limitado la capacidad de los operadores de ADSL de crecer sosteniblemente en el mercado minorista y hubiese perjudicado a los usuarios finales. Estimó asimismo que la conducta de Telefónica había tenido efectos reales de exclusión y había ocasionado perjuicios a los consumidores (considerandos 544 a 618 de la Decisión impugnada).
- 22 En quinto término, la Comisión señaló que la conducta de Telefónica no estaba objetivamente justificada y que no había producido mejoras de eficiencia (considerandos 619 a 664 de la Decisión impugnada).
- 23 Por último, en sexto término, la Comisión indicó que Telefónica disponía de un margen de maniobra para evitar el estrechamiento de márgenes. Así, Telefónica habría podido incrementar sus precios minoristas o reducir sus tarifas mayoristas. La Comisión añadió que las resoluciones de la CMT sobre el estrechamiento de márgenes dirigidas a Telefónica no podían excluir la responsabilidad de ésta (considerandos 665 a 694 de la Decisión impugnada).
- 24 En cuarto lugar, la Comisión comprobó que, en el presente asunto, el comercio entre Estados miembros resultó afectado, ya que la política de precios de Telefónica se aplicaba a los servicios de acceso de un operador en posición dominante que se extendían por todo el territorio español, que constituye una parte sustancial del mercado interior (considerandos 695 a 697 de la Decisión impugnada).
- 25 Para fijar el importe de la multa, la Comisión aplicó, en la Decisión impugnada, la metodología expuesta en las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del apartado 2 del artículo 15 del Reglamento nº 17 y del apartado 5 del artículo 65 del Tratado CECA (DO 1998, C 9, p. 3; 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 (considerandos 739 a 743 de la Decisión impugnada). En los considerandos 744 a 750 de la Decisión impugnada, la Comisión diferencia, en particular, el presente asunto de la Decisión 2003/707/CE de la Comisión, de 21 de mayo de 2003, en un procedimiento con arreglo al artículo 82 CE (Asunto COMP/C 1/37.451, 37.578, 37.579 — Deutsche Telekom AG) (DO L 263, p. 9) (en lo sucesivo, «Decisión Deutsche Telekom»), en la que el abuso de Deutsche Telekom, consistente también en una compresión de márgenes, 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 (considerandos 751 a 753 de la Decisión impugnada). 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 (considerandos 754 y 755 de la Decisión impugnada).

- 27 Según la Decisión impugnada, 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 (considerandos 756 y 757 de la Decisión impugnada). 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 (considerando 758 de la Decisión impugnada).
- 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 (considerandos 759 a 761 de la Decisión impugnada).
- 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 (considerandos 765 y 766 de la Decisión impugnada).
- 30 El articulado de la Decisión impugnada tiene el siguiente tenor:

«Artículo 1

Telefónica [...] y [TESAU] han infringido el artículo 82 del Tratado CE al aplicar tarifas no equitativas a la prestación de servicios mayoristas y minoristas de acceso de banda ancha desde septiembre de 2001 hasta diciembre de 2006.

Artículo 2

Por la infracción contemplada en el artículo 1 se impone una multa de 151.875.000 euros a Telefónica [...] solidariamente con [TESAU].»

Procedimiento y pretensiones de las partes

- 31 Mediante demanda presentada en la Secretaría del Tribunal el 1 de octubre de 2007, las demandantes interpusieron el presente recurso.

- 32 Mediante escritos presentados en la Secretaría del Tribunal el 10 y el 24 de diciembre de 2007, respectivamente, France Telecom y la Asociación de usuarios de servicios bancarios (Ausbanc Consumo) (en lo sucesivo, «Ausbanc») solicitaron intervenir como coadyuvantes en el procedimiento en apoyo de las pretensiones de la Comisión.
- 33 Mediante escrito de 7 de enero de 2008, las demandantes solicitaron que ciertos datos contenidos en la demanda y en sus anexos fueran objeto de tratamiento confidencial por lo que respecta a las posibles partes coadyuvantes.
- 34 Mediante escrito de 22 de febrero de 2008, las demandantes solicitaron que ciertos datos contenidos en la demanda y en sus anexos fueran objeto de tratamiento confidencial respecto a Ausbanc.
- 35 Mediante escritos de 15 de abril de 2008, las demandantes solicitaron que ciertos datos contenidos en el escrito de contestación a la demanda y en sus anexos fueran objeto de tratamiento confidencial por lo que respecta a Ausbanc y a France Telecom.
- 36 Mediante escritos de 25 de julio de 2008, las demandantes solicitaron el tratamiento confidencial de ciertos datos contenidos en la réplica y en sus anexos respecto a Ausbanc y a France Telecom.
- 37 Mediante auto del Presidente de la Sala Octava del Tribunal de 31 de julio de 2008 se admitió la intervención de France Telecom y de Ausbanc en el procedimiento en apoyo de las pretensiones de la Comisión. Se reservó la decisión sobre la procedencia de la solicitud de tratamiento confidencial.
- 38 Se dio traslado a las partes coadyuvantes de versiones no confidenciales de los documentos procesales, preparadas por las demandantes.
- 39 Mediante escrito de 12 de septiembre de 2008, Ausbanc se opuso a la confidencialidad de los pasajes ocultados en las versiones no confidenciales de los documentos procesales que había recibido.
- 40 Mediante escrito de 15 de septiembre de 2008, France Telecom se opuso a las solicitudes de tratamiento confidencial, en la medida en que tenían por objeto el contenido íntegro de diversos anexos que acompañaban a la demanda, al escrito de contestación a la demanda y a la réplica.
- 41 El 28 de octubre de 2008, France Telecom y Ausbanc presentaron sus escritos de formalización de la intervención.
- 42 Mediante escrito de 25 de noviembre de 2008, las demandantes comunicaron al Tribunal que los escritos de formalización de la intervención no contenían datos confidenciales.
- 43 Mediante escrito de 27 de noviembre de 2008, las demandantes solicitaron que ciertos datos contenidos en la dúplica y en sus anexos fueran objeto de tratamiento confidencial respecto a Ausbanc y a France Telecom.
- 44 El 6 de febrero de 2009, las demandantes formularon sus observaciones a los escritos de formalización de la intervención.
- 45 Mediante escrito de 6 de febrero de 2009, las demandantes solicitaron que algunos datos contenidos en sus observaciones al escrito de formalización de la intervención de France Telecom y en un anexo de éstas fueran objeto de tratamiento confidencial.
- 46 Mediante escrito de 9 de febrero de 2009, la Comisión renunció a formular observaciones a los escritos de formalización de la intervención.

- 47 Mediante auto de 2 de marzo de 2010, el Presidente de la Sala Octava estimó parcialmente la solicitud de confidencialidad de las demandantes.
- 48 Mediante escrito presentado en el Tribunal el 4 de noviembre de 2010, la European Competitive Telecommunications Association (en lo sucesivo, «ECTA») también solicitó intervenir como coadyuvante en el procedimiento en apoyo de las pretensiones de la Comisión.
- 49 Mediante escrito de 7 de diciembre de 2010, las demandantes se opusieron a dicha solicitud.
- 50 Mediante auto del Presidente de la Sala Octava del Tribunal de 28 de febrero de 2011 se admitió la intervención de la ECTA en el procedimiento en apoyo de las pretensiones de la Comisión.
- 51 Las demandantes solicitan al Tribunal que:
- Con carácter principal, anule la Decisión impugnada, en virtud del artículo 230 CE.
 - Con carácter subsidiario, anule la multa impuesta a las demandantes mediante la Decisión impugnada o reduzca su importe, en virtud del artículo 229 CE.
 - En todo caso, condene en costas a la Comisión.
- 52 La Comisión solicita al Tribunal que:
- Desestime el recurso.
 - Condene en costas a las demandantes.
- 53 Ausbanc solicita al Tribunal que:
- Desestime las pretensiones principal y subsidiaria de las demandantes.
 - Condene en costas a las demandantes.
- 54 France Telecom solicita al Tribunal que:
- Desestime el recurso de las demandantes en su integridad.
 - Condene a las demandantes a soportar todas las costas generadas por su intervención.
- 55 Visto el informe de la Juez Ponente, el Tribunal General (Sala Octava) decidió iniciar la fase oral. En la vista celebrada el 23 de mayo de 2011 se oyeron los informes de las partes y sus respuestas a las preguntas orales planteadas por el Tribunal.
- 56 En la vista, la ECTA solicitó al Tribunal que:
- Desestime el recurso.
 - Condene en costas a las demandantes.

Fundamentos de Derecho

A. Sobre la admisibilidad de las alegaciones de las demandantes supuestamente contenidas en los anexos

- 57 En la dúplica, la Comisión se opuso a la admisibilidad de algunas alegaciones de las demandantes supuestamente contenidas en los anexos de la demanda y del escrito de réplica, señalando que las demandantes formulan de este modo argumentos de naturaleza jurídica o económica mediante los que no se limitan a apoyar o a completar elementos de hecho o de Derecho expresamente alegados en el texto de dichos escritos procesales, sino que añaden nuevas alegaciones. Así, según la Comisión, «partes enteras de los escritos de [las demandantes]» se remiten íntegramente a dichos anexos, sin los cuales estarían vacías de contenido.
- 58 Del artículo 21 del Estatuto del Tribunal de Justicia y del artículo 44, apartado 1, letra c), del Reglamento de Procedimiento del Tribunal General resulta que todo escrito de interposición de la demanda debe indicar el objeto del litigio y la exposición sumaria de los motivos invocados. Esta exposición debe ser suficientemente clara y precisa para permitir a la parte demandada preparar su defensa y al Tribunal pronunciarse sobre el recurso, en su caso sin apoyarse en otros datos. Con el fin de garantizar la seguridad jurídica y la buena administración de la justicia, para declarar la admisibilidad de un recurso es preciso que los elementos esenciales de hecho y de Derecho sobre los que se base consten, al menos sucintamente, pero de manera coherente y comprensible, en el propio tenor de la demanda. Si bien ciertos extremos específicos del texto de la demanda pueden apoyarse y completarse mediante remisiones a pasajes determinados de documentos adjuntos, una remisión global a otros escritos, aunque figuren como anexos de la demanda, no puede paliar la falta de los elementos esenciales de la argumentación jurídica que deben figurar en la demanda (véase la sentencia del Tribunal de 17 de septiembre de 2007, Microsoft/Comisión, T-201/04, Rec. p. II-3601, apartado 94, y la jurisprudencia citada).
- 59 Además, no incumbe al Tribunal buscar e identificar, en los anexos, los motivos y alegaciones que podría considerar constitutivos del fundamento del recurso, puesto que los anexos tienen una función puramente probatoria e instrumental (sentencias del Tribunal General de 7 de noviembre de 1997, Cipeke/Comisión, T-84/96, Rec. p. II-2081, apartado 34; de 21 de marzo de 2002, Joynson/Comisión, T-231/99, Rec. p. II-2085, apartado 154, y de 14 de diciembre de 2005, Honeywell/Comisión, T-209/01, Rec. p. II-5527, apartado 57). La función puramente probatoria e instrumental de los anexos implica que, en la medida en que éstos incluyan razones de Derecho en las que se funden algunos de los motivos invocados en la demanda, tales razones deben figurar en el propio texto de ésta o, al menos, quedar suficientemente identificadas en dicho escrito (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de junio de 2005, Dansk Rørindustri y otros/Comisión, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, Rec. p. I-5425, apartado 99). Por ello, la demanda debe concretar en qué consiste el motivo sobre el que se apoya el recurso, de tal manera que su simple mención abstracta no cumple los requisitos exigidos por el Reglamento de Procedimiento (sentencias del Tribunal General de 12 de enero de 1995, Viho/Comisión, T-102/92, Rec. p. II-17, apartado 68, y de 22 de noviembre de 2006, Italia/Comisión, T-282/04, no publicada en la Recopilación, apartado 60).
- 60 Por consiguiente, los anexos no pueden servir para desarrollar un motivo expuesto de forma sucinta en la demanda mediante la formulación de imputaciones o alegaciones que no figuren en ésta (véase la sentencia del Tribunal de 30 de enero de 2007, France Télécom/Comisión, T-340/03, Rec. p. II-107, apartado 167, y la jurisprudencia citada).

- 61 Esta interpretación del artículo 21 del Estatuto del Tribunal de Justicia y del artículo 44, apartado 1, letra c), del Reglamento de Procedimiento se aplica también a los requisitos de admisibilidad de la réplica, destinada, a tenor de lo establecido en el artículo 47, apartado 1, del mismo Reglamento, a completar la demanda (véase la sentencia Microsoft/Comisión, citada en el apartado 58 *supra*, apartado 95, y la jurisprudencia citada).
- 62 En el presente asunto, las demandantes realizaron en sus escritos procesales numerosas remisiones a documentos, en ocasiones voluminosos, adjuntos a dichos escritos. No obstante, algunas de tales remisiones solamente se refieren de forma global a los documentos adjuntos de que se trata y, por tanto, no permiten al Tribunal identificar con precisión los elementos que podría considerar que apoyan y completan en extremos específicos, mediante remisiones a pasajes determinados de dichos documentos, los motivos y alegaciones expuestos en la demanda o en la réplica. Además, en particular, los documentos a los que se refieren algunas remisiones no tienen únicamente por objeto apoyar y completar extremos específicos de determinadas alegaciones del texto del escrito al que acompañan, sino que incluyen la propia explicación del enunciado de dichas alegaciones, de modo que éstas no resultan comprensibles sin el análisis de tales documentos.
- 63 En consecuencia, en el presente asunto, los anexos de la demanda y de la réplica únicamente se tomarán en consideración en la medida en que apoyen o completen los motivos o alegaciones expresamente invocados por las demandantes en el cuerpo de sus escritos procesales y siempre que sea posible determinar con precisión cuáles son los elementos contenidos en dichos anexos que apoyan o completan los citados motivos y alegaciones (véase, en este sentido, la sentencia Microsoft/Comisión, citada en el apartado 58 *supra*, apartado 99).

B. Sobre el fondo

- 64 En su recurso, las demandantes formulan pretensiones a título principal y pretensiones con carácter subsidiario.
- 65 Para fundamentar sus pretensiones principales, que tienen por objeto que se anule la Decisión impugnada, las demandantes invocan seis motivos. El primer motivo se basa en la vulneración del derecho de defensa. Mediante el segundo motivo, las demandantes alegan errores de hecho y de Derecho en la definición de los mercados mayoristas de referencia. El tercer motivo se basa en errores de hecho y de Derecho al determinar la posición dominante de Telefónica en los mercados de referencia. El cuarto, en errores de Derecho en la aplicación del artículo 82 CE en relación con la conducta abusiva de Telefónica. Mediante el quinto motivo, las demandantes alegan errores de hecho o de apreciación de los hechos y errores de Derecho en lo referente a la conducta abusiva de Telefónica y a su repercusión negativa sobre la competencia. Por último, el sexto motivo se basa en una aplicación *ultra vires* del artículo 82 CE y en la violación de los principios de subsidiariedad, proporcionalidad, seguridad jurídica, cooperación leal y buena administración.
- 66 Con carácter subsidiario, las demandantes invocan dos motivos con el fin de lograr la anulación de la multa o la reducción de su importe. El primero se basa en errores de hecho y de Derecho, en una infracción del artículo 15, apartado 2, del Reglamento n° 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos [81 CE] y [82 CE] (DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22), y del artículo 23, apartado 2, del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 [CE] y 82 [CE] (DO 2003, L 1, p. 1), y en la violación de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima. Mediante el segundo motivo, formulado con carácter subsidiario de segundo grado, las demandantes alegan errores de hecho y de Derecho, la violación de los principios de proporcionalidad, igualdad de trato e individualización de las penas y el incumplimiento de la obligación de motivación al fijar el importe de la multa.

1. Sobre las pretensiones principales, cuyo objeto es la anulación de la Decisión impugnada

a) Sobre el alcance del control por parte del juez de la Unión y la carga de la prueba

- 67 Del artículo 2 del Reglamento nº 1/2003 y de reiterada jurisprudencia dictada en el contexto de la aplicación de los artículos 81 CE y 82 CE resulta que en el ámbito del Derecho de la competencia, en caso de litigio sobre la existencia de una infracción, incumbe a la Comisión probar las infracciones que constate y aportar las pruebas que acrediten de modo jurídicamente suficiente la existencia de hechos constitutivos de una infracción (sentencias del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 1998, *Baustahlgewebe/Comisión*, C-185/95 P, Rec. p. I-8417, apartado 58, y de 6 de enero de 2004, *BAI y Comisión/Bayer*, C-2/01 P y C-3/01 P, Rec. p. I-23, apartado 62; véase también, en este sentido, la sentencia *Microsoft/Comisión*, citada en el apartado 58 *supra*, apartado 688). A tal efecto, la Comisión debe reunir pruebas suficientemente precisas y concordantes para asentar la firme convicción de que se cometió la infracción alegada (véanse, en este sentido, la sentencia del Tribunal General de 25 de octubre de 2005, *Groupe Danone/Comisión*, T-38/02, Rec. p. II-4407, apartado 217, y la jurisprudencia citada).
- 68 A continuación, hay que recordar que, en el marco de un recurso de anulación interpuesto con arreglo al artículo 230 CE, al juez de la Unión sólo le incumbe verificar la legalidad del acto impugnado (sentencia del Tribunal de 8 de julio de 2004, *JFE Engineering y otros/Comisión*, T-67/00, T-68/00, T-71/00 y T-78/00, Rec. p. II-2501, apartado 174). Así, en un recurso de anulación contra una decisión de la Comisión que declara la existencia de una infracción en materia de Derecho de la competencia y que impone multas a sus destinatarios, el papel del juez que conoce del asunto consiste en valorar si las pruebas y demás circunstancias invocadas por la Comisión en su decisión bastan para acreditar la existencia de la infracción alegada (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de 20 de abril de 1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión*, T-305/94 a T-307/94, T-313/94 a T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 y T-335/94, Rec. p. II-931, apartado 891, y *JFE Engineering y otros/Comisión*, antes citada, apartado 175).
- 69 Por otra parte, debe recordarse que, según jurisprudencia reiterada, si bien el juez de la Unión ejerce de modo general un control completo sobre si concurren o no los requisitos de aplicación de las disposiciones en materia de competencia, el control que ejerce sobre las valoraciones económicas complejas hechas por la Comisión se limita necesariamente a comprobar si se respetaron las normas de procedimiento y de motivación, así como la exactitud material de los hechos y la falta de error manifiesto de apreciación y de desviación de poder (sentencias del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 1985, *Remia y otros/Comisión*, 42/84, Rec. p. 2545, apartado 34; de 17 de noviembre de 1987, *British American Tobacco y Reynolds Industries/Comisión*, 142/84 y 156/84, Rec. p. 4487, apartado 62, y de 7 de enero de 2004, *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, apartado 279; sentencia del Tribunal General de 10 de abril de 2008, *Deutsche Telekom/Comisión*, T-271/03, Rec. p. II-477, apartado 185).
- 70 De igual modo, cuando la decisión de la Comisión sea el resultado de apreciaciones técnicas complejas, éstas son también objeto, en principio, de un control jurisdiccional limitado, que no implica que el juez de la Unión pueda sustituir la apreciación de los elementos de hecho efectuada por la Comisión por la suya propia (sentencias del Tribunal *Microsoft/Comisión*, citada en el apartado 58 *supra*, apartado 88, y de 9 de septiembre de 2009, *Clearstream/Comisión*, T-301/04, Rec. p. II-3155, apartado 94).
- 71 No obstante, si bien es cierto que el juez de la Unión reconoce a la Comisión cierto margen de apreciación en materia económica, ello no implica que deba abstenerse de controlar la interpretación de los datos de carácter económico realizada por la Comisión. 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 ellos (sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de febrero de 2005, Comisión/Tetra Laval, C-12/03 P, Rec. p. I-987, apartado 39; sentencias Microsoft/Comisión, citada en el apartado 58 *supra*, apartado 89, y Clearstream/Comisión, citada en el apartado 70 *supra*, apartado 95).

- 72 A este respecto, las dudas que pueda albergar el juez deben beneficiar a la empresa destinataria de la decisión que afirme la existencia de una infracción (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978, United Brands y United Brands Continentaal/Comisión, 27/76, Rec. p. 207, apartado 265). Por tanto, el juez no puede concluir que la Comisión ha acreditado suficientemente con arreglo a Derecho la existencia de la infracción de que se trate si aún alberga dudas sobre esta cuestión, principalmente en el marco de un recurso en el que se solicita la anulación de una decisión por la que se impone una multa (sentencia JFE Engineering y otros/Comisión, citada en el apartado 68 *supra*, apartado 177).
- 73 En efecto, en esta última situación es preciso tener en cuenta el principio de presunción de inocencia, tal y como se halla recogido en el artículo 6, apartado 2, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, que forma parte de los derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico de la Unión según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, confirmada, por otra parte, por el Preámbulo del Acta Única Europea y por el artículo 6 TUE, apartado 2, así como por el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000 (DO C 364, p. 1). En vista de la naturaleza de las infracciones contempladas, así como del tipo y grado de severidad de las sanciones correspondientes, el principio de presunción de inocencia se aplica especialmente a los procedimientos relativos a infracciones de las normas en materia de competencia aplicables a las empresas que puedan conducir a la imposición de multas o multas coercitivas (véanse la sentencia JFE Engineering y otros/Comisión, citada en el apartado 68 *supra*, apartado 178, y la jurisprudencia citada; véanse, asimismo, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 1999, Hüls/Comisión, C-199/92 P, Rec. p. I-4287, apartados 149 y 150, y Montecatini/Comisión, C-235/92 P, Rec. p. I-4539, apartados 175 y 176).
- 74 Procede examinar la legalidad de la Decisión impugnada a la luz de las consideraciones anteriores, teniendo en cuenta los motivos invocados por las demandantes.
- b) Sobre el primer motivo, basado en la vulneración del derecho de defensa
- 75 Las demandantes alegan que, en la Decisión impugnada, la Comisión, para respaldar su conclusión de que Telefónica había cometido una infracción, utilizó por primera vez diversos elementos de prueba que no se les habían comunicado durante el procedimiento administrativo y sobre los cuales no habían tenido oportunidad de manifestar su punto de vista. A su juicio, estos elementos no les son oponibles y deben ser descartados como pruebas en apoyo de la Decisión impugnada. Además, afirman que estos elementos probatorios adolecen de graves errores y lagunas. Según las demandantes, si Telefónica hubiera podido manifestar su punto de vista sobre ellos, habría podido señalar su existencia a la Comisión, lo que, por tanto, habría permitido que fueran corregidos antes de que se adoptara la Decisión impugnada, de modo que el contenido y las conclusiones de ésta habrían sido necesariamente distintos.
- 76 Es preciso recordar que, según reiterada jurisprudencia, el respeto del derecho de defensa en todo procedimiento que pueda llevar a la imposición de sanciones, especialmente de multas o de multas coercitivas, constituye un principio fundamental del Derecho de la Unión que debe ser observado aun cuando se trate de un procedimiento de carácter administrativo (sentencias del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-La Roche/Comisión, 85/76, Rec. p. 461, apartado 9, 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 34).

- 77 El derecho de acceso al expediente, corolario del principio de respeto del derecho de defensa, implica que la Comisión debe dar a la empresa afectada la posibilidad de examinar todos los documentos incluidos en el expediente de la instrucción que puedan ser pertinentes para su defensa. Ello comprende tanto las pruebas de cargo como las de descargo, con excepción de los secretos comerciales de otras empresas, de los documentos internos de la Comisión y de otras informaciones confidenciales (véase la sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 69 *supra*, apartado 68, y la jurisprudencia citada).
- 78 La falta de comunicación de un documento sólo constituye una vulneración del derecho de defensa cuando la empresa afectada demuestre, por una parte, que la Comisión se basó en dicho documento para fundamentar su imputación relativa a la existencia de una infracción y, por otra, que dicha imputación únicamente puede acreditarse mediante el citado documento. Si existieran otras pruebas documentales de las que las partes hubieran tenido conocimiento durante el procedimiento administrativo que apoyen específicamente las conclusiones de la Comisión, la supresión como medio de prueba del documento de cargo no comunicado no desvirtuaría el fundamento de las imputaciones que se formulan en la Decisión impugnada. De este modo, incumbe a la empresa afectada demostrar que el resultado al que llegó la Comisión en su decisión habría sido diferente si hubiera tenido que descartar como medio de prueba de cargo un documento no comunicado en el que la Comisión se basó para incriminar a dicha empresa (véase la sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 69 *supra*, apartados 71 a 73, y la jurisprudencia citada).
- 79 Además, el artículo 27, apartado 1, del Reglamento n° 1/2003 prevé el envío a las partes de un pliego de cargos que debe enunciar claramente todos los elementos esenciales en los que se basa la Comisión en esa fase del procedimiento. Ese pliego de cargos constituye la garantía procedimental por la que se aplica el principio fundamental del Derecho de la Unión que exige el respeto del derecho de defensa en todo procedimiento (véase, en este sentido, la sentencia Papierfabrik August Koehler y otros/Comisión, citada en el apartado 76 *supra*, apartado 35, y la jurisprudencia citada).
- 80 Este principio exige, en particular, que el pliego de cargos dirigido por la Comisión a una empresa a la que pretende imponer una sanción por infracción de las normas en materia de competencia contenga los elementos esenciales de las imputaciones formuladas contra dicha empresa, como los hechos que se le reprochan, la calificación que se da a tales hechos y los elementos de prueba en los que se funda la Comisión, para que la referida empresa pueda formular eficazmente sus alegaciones en el procedimiento administrativo dirigido contra ella (véase la sentencia Papierfabrik August Koehler y otros/Comisión, citada en el apartado 76 *supra*, apartado 36, y la jurisprudencia citada).
- 81 Esta exigencia se cumple cuando la decisión de la Comisión no imputa a los interesados infracciones diferentes a las mencionadas en el pliego de cargos y cuando sólo tiene en cuenta los hechos sobre los que los interesados han tenido oportunidad de justificarse (sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1970, ACF Chemiefarma/Comisión, 41/69, Rec. p. 661, apartado 94; sentencias del Tribunal General de 19 de marzo de 2003, CMA CGM y otros/Comisión, T-213/00, Rec. p. II-913, apartado 109, y France Télécom/Comisión, citada en el apartado 60 *supra*, apartado 18).
- 82 No obstante, la decisión final de la Comisión no tiene que ser necesariamente una copia del pliego de cargos. Así, cabe admitir que se añadan extremos al pliego de cargos a la luz del escrito de contestación de las partes, cuyas alegaciones demuestren que pudieron efectivamente ejercer su derecho de defensa. La Comisión puede asimismo, en vista del procedimiento administrativo, revisar o añadir argumentos de hecho o de Derecho en defensa de los cargos que imputa (véanse las sentencias del Tribunal de 28 de febrero de 2002, Compagnie générale maritime y otros/Comisión, T-86/95, Rec. p. II-1011, apartado 442, y France Télécom/Comisión, citada en el apartado 60 *supra*, apartado 18, y la jurisprudencia citada).

- 83 Efectivamente, la Comisión debe tomar en consideración los elementos que resulten del procedimiento administrativo, bien para abandonar los cargos que no estén fundados, bien para adaptar o completar, tanto fáctica como jurídicamente, su argumentación en apoyo de los cargos que formule (véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 29 de octubre de 1980, van Landewyck y otros/Comisión, 209/78 a 215/78 y 218/78, Rec. p. 3125, apartado 68, y de 3 de septiembre de 2009, Prim y Prim Consumer/Comisión, C-534/07 P, Rec. p. I-7415, apartado 40, y la jurisprudencia citada).
- 84 Así pues, el derecho de defensa sólo resulta vulnerado debido a una discordancia entre el pliego de cargos y la decisión final si alguna de las imputaciones formulada en dicha decisión no hubiera sido expuesta en dicho pliego con claridad suficiente para dar a los destinatarios la oportunidad de defenderse (véase la sentencia del Tribunal de 8 de julio de 2004, Corus UK/Comisión, T-48/00, Rec. p. II-2325, apartado 100, y la jurisprudencia citada).
- 85 No es éste el caso cuando las diferencias alegadas entre el pliego de cargos y la Decisión impugnada sólo se refieren a conductas sobre las que las demandantes ya habían ofrecido explicaciones y que, por tanto, son ajenas a todo cargo nuevo (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia 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, apartado 103).
- 86 En primer lugar, las demandantes alegan que la Comisión se basó, en la Decisión impugnada, en «nuevos elementos» al llevar a cabo el análisis «período a período» del estrechamiento de márgenes.
- 87 En primer término, afirman que la Comisión utilizó «nuevos elementos» para defender la necesidad de aceptar, como duración media de la relación comercial entre Telefónica y sus abonados en el mercado minorista, una «duración de la vida media» de [confidencial]¹ años, al hacer referencia, por una parte, al plan de negocios inicial de Telefónica, que preveía recuperar los costes de captación de clientes en uno o dos años y al indicar, por otra, que la fórmula de cálculo propuesta por Telefónica no era adecuada en un mercado en expansión (considerandos 474 a 489 de la Decisión impugnada). Alegan asimismo que, si hubiesen tenido la oportunidad de pronunciarse a este respecto antes de la adopción de la Decisión impugnada, habrían podido demostrar que la vida media de sus abonados era [confidencial].
- 88 A este respecto, es preciso hacer constar, primero, que el período de amortización de los costes de captación de abonados de [confidencial] años empleado en el considerando 489 de la Decisión impugnada es idéntico al que figura en el apartado 383 del pliego de cargos. El anexo H del pliego de cargos (apartados 595 y 598), titulado «Estimación de la duración de vida media de los abonados de Telefónica», expuso a este respecto las estimaciones de Telefónica sobre dicha duración y los motivos por los que la Comisión consideró que tales estimaciones infravaloraban esa duración (apartado 598 del pliego de cargos). Por otra parte, Telefónica presentó sus alegaciones al respecto en la sección 4.1 y en el anexo 5 de su contestación al pliego de cargos.
- 89 A continuación, en cuanto a la referencia a la recuperación de los costes de captación de abonados con arreglo al plan de negocios inicial de Telefónica, recogida en el considerando 476 de la Decisión impugnada, debe señalarse que dicha referencia, basada en el anexo 10iii al escrito de Telefónica de 21 de julio de 2006, posterior al pliego de cargos (nota a pie de página n° 492 de la Decisión impugnada), no se utilizó para determinar la duración de la amortización de los costes de captación de abonados en la Decisión impugnada (considerandos 476 y 489 de la Decisión impugnada), indicación que permite notar, no obstante, que la duración de [confidencial] años, utilizada por la Comisión para el cálculo del análisis «período a período», es más favorable a Telefónica que la que figuraba en dicho plan de negocios.

1 — Datos confidenciales ocultados.

- 90 Por último, por lo que respecta a la afirmación de la Comisión, recogida en el considerando 482 de la Decisión impugnada, de que la fórmula de cálculo propuesta por Telefónica no era la adecuada para un mercado en expansión, es preciso señalar que se informó debidamente a las demandantes, en el pliego de cargos, de la importancia de calcular la amortización adecuada de los costes de captación de nuevos clientes de Telefónica, en particular en los mercados en expansión. Así, en el apartado 380 del pliego de cargos, la Comisión ya había indicado que, en un mercado en expansión como el mercado minorista del presente asunto, los costes de captación de clientes suponían costes significativos que debían ser amortizados en un período adecuado, de manera que había que realizar ajustes en la contabilidad de Telefónica. A este respecto, la afirmación que figura en el considerando 482 de la Decisión impugnada sólo constituye una respuesta a los cálculos propuestos por Telefónica en su escrito de 26 de marzo de 2004, a los que la Comisión hizo ya referencia en el anexo H (apartado 595, nota a pie de página nº 504) del pliego de cargos.
- 91 En cualquier caso, debe desestimarse también la alegación de las demandantes, formulada en su réplica, de que si hubieran sabido que la Comisión no tendría en cuenta la duración de la vida media de los abonados de Telefónica, habrían podido demostrar que dicha duración era muy [confidencial] a la utilizada por la Comisión en la Decisión impugnada, y de que la práctica de las autoridades nacionales de reglamentación (en lo sucesivo, «ANR») no era pertinente. En efecto, como ya se ha señalado en el apartado 88 *supra*, el período de amortización de los costes de captación de abonados de [confidencial] años figuraba ya en el apartado 383 del pliego de cargos, y la Comisión se refirió ya a la práctica de las autoridades nacionales de competencia y de las ANR en el apartado 382 de ese documento. Además, la Comisión también había señalado, en dicho escrito, que era posible que, debido a la conducta anticompetitiva de Telefónica, la duración media de sus abonados fuese superior a la que hubiera sido en un mercado competitivo (apartado 381 del pliego de cargos).
- 92 Así, procede desestimar la alegación de las demandantes de que la Comisión se basó en «nuevos elementos» para defender la necesidad de aceptar una vida media de [confidencial].
- 93 En segundo término, las demandantes sostienen que, en la Decisión impugnada, la Comisión consideró que la asignación de costes realizada por Telefónica subestimaba los costes incrementales de comercialización de los servicios de banda ancha mientras que antes había señalado que esa asignación constituía el «límite superior» (apartados 407 y 424 del pliego de cargos) o que incluía una parte razonable de la estructura comercial (apartado 27 de la carta factual).
- 94 A este respecto, es preciso destacar que la Comisión ya había señalado, en los apartados 401 a 407 y 424 del pliego de cargos, que Telefónica había infravalorado los costes de comercialización en su análisis de los LRAIC. Así, la Comisión indicó, en el apartado 401 del pliego de cargos, que Telefónica «subestimó los LRAIC de algunas actividades, principalmente los costes de comercialización». Puntualizó que «TESAU solamente incluyó el coste directamente imputable a cada nuevo abonado (“comisiones e incentivos” concedidos a su red de ventas) pero no incluyó ningún coste relacionado con [su] estructura comercial». Por otra parte, en el apartado 403 del pliego de cargos, la Comisión indicó también que «la actividad minorista de ADSL de TESAU [daba] origen a una parte sustancial de la estructura comercial de TESAU y, por lo tanto, parte de dicha estructura [debía] tenerse en cuenta en los LRAIC de TESAU». Por último, en el apartado 29 de la carta factual, la Comisión había señalado que la estructura comercial de TESAU estaba mayoritariamente dedicada al crecimiento de la actividad de banda ancha. Además, las demandantes formularon observaciones a este respecto, en su respuesta al pliego de cargos y a la carta factual.
- 95 Por lo que se refiere a lo afirmado por las demandantes en relación con los costes de comercialización en el sentido de que la Comisión «abandonó el escenario inferior [que figuraba en el apartado 406 del pliego de cargos] [...] y optó por considerar el superior [que aparecía en el apartado 407 de dicho escrito]», apoyándose para ello por primera vez, en el considerando 468 de la Decisión impugnada, en la evolución de la capacidad comercial de Telefónica, hay que destacar que dicha evolución ya se había mencionado claramente en el apartado 402 del pliego de cargos y en el apartado 27 de la carta factual.

Además, en el referido apartado del pliego de cargos, la Comisión ya había indicado que el «escenario inferior», esto es, el cálculo del nivel mínimo probable de los LRAIC, presentaba el riesgo de reducir éstos a un nivel inferior al de los verdaderos LRAIC. También indicó, en el apartado 30 de la carta factual, basándose en el apartado 407 del pliego de cargos, referido al nivel máximo de los LRAIC, que consideraba justificado incluir en una posible decisión una parte de los costes de comercialización de Telefónica al calcular los LRAIC. Además, en el apartado 424 del pliego de cargos, la Comisión había destacado que los costes de la red de comercialización no sólo incluían los costes relativos a dicha red (hipótesis inferior), sino también el incremento en los costes de la estructura comercial de TESAÚ debidos a su negocio minorista ADSL (hipótesis superior). Por tanto, la alegación de las demandantes no puede prosperar.

- 96 En segundo lugar, las demandantes alegan que, en la Decisión impugnada, la Comisión introdujo datos relativos al método de los FCD sobre los que Telefónica no fue oída.
- 97 En primer término, las demandantes afirman que, al modificar las fuentes de referencia en el análisis «período a período», la Comisión modificó también las «fuentes de la mayoría de los costes e ingresos empleadas en su análisis de [los] FCD», de manera que las consideraciones de las demandantes acerca del análisis «período a período» son igualmente pertinentes a los efectos del análisis de los FCD. No obstante, dado que las alegaciones de las demandantes a este respecto han sido desestimadas (véanse los apartados 86 a 95 *supra*), y a falta de precisiones adicionales por parte de las demandantes en el presente motivo sobre otras posibles modificaciones de las fuentes de los costes e ingresos utilizados en el análisis de los FCD, procede desestimar también la presente alegación.
- 98 En segundo término, las demandantes afirman que la Comisión, en la Decisión impugnada, efectuó por primera vez un «análisis de sensibilidad» del valor terminal empleado en su análisis de los FCD, dado que calculó tal valor sobre la base de una estimación hipotética del nivel de rentabilidad futura del negocio minorista de Telefónica, a partir de los futuros beneficios esperados para el período 2007-2011 y generados por clientes captados antes de 2006, sin haberlo mencionado en la carta factual. En su réplica, las demandantes afirman a este respecto que del considerando 372 de la Decisión impugnada se desprende que la Comisión empleó estos «nuevos cálculos» para justificar la elección del valor terminal.
- 99 No obstante, esta alegación se basa en una premisa errónea. Efectivamente, en contra de lo que afirman las demandantes, la Comisión no calculó un valor terminal sobre la base de una estimación hipotética del nivel de rentabilidad futuro del negocio minorista de Telefónica, a partir de los futuros beneficios esperados para el período 2007-2011. En el considerando 370 de la Decisión impugnada, la Comisión indicó precisamente que «en el presente caso no [era] importante determinar si las pérdidas de Telefónica durante el período 2001-2006 [podían] ser recuperadas con los hipotéticos beneficios futuros de 2007 en adelante». Además, debe señalarse que el considerando 372 de la Decisión impugnada tiene por objeto tanto refutar el enfoque alternativo propuesto por Telefónica en el procedimiento administrativo para calcular el valor terminal (considerando 368 de la Decisión impugnada) como demostrar que el cálculo de ésta contiene numerosos fallos considerables que llevan a sobrestimar el valor terminal (considerando 371 de la Decisión impugnada). Pues bien, como se ha indicado en los apartados 82 y 83 *supra*, en su decisión final la Comisión debe tomar en consideración los elementos que resulten del procedimiento administrativo para adaptar o completar, tanto fáctica como jurídicamente, su argumentación en apoyo de los cargos que formule.
- 100 En cualquier caso, la Comisión destacó que el método que empleó para calcular el valor terminal en la Decisión impugnada ya se había anunciado en el apartado 446, en la nota a pie de página n° 302 y en el cuadro 47 del pliego de cargos (véanse también los apartados 21 y 22 de la carta factual). Por lo demás, Telefónica ya había criticado dicho método en la sección 6.3 de su contestación al pliego de cargos y en la sección 5.1.2 de su contestación a la carta factual.

- 101 Preguntadas sobre esta afirmación durante la vista oral, primero, las demandantes precisaron que había una diferencia evidente entre el cuadro 47 del pliego de cargos y el cuadro 67 de la Decisión impugnada, ya que los datos relativos a 2006 no se mencionaban en aquél. No obstante, hay que considerar que la falta de tales datos, que se explica por la fecha del pliego de cargos, de 21 de febrero de 2006, no invalida la afirmación de la Comisión acerca de la utilización de un mismo método en el pliego de cargos y en la Decisión impugnada. A continuación, las demandantes reiteraron que el cuadro 67 de la Decisión impugnada incluía un «análisis de sensibilidad» (referido a los años 2007 a 2011) dirigido a «confirmar» el análisis del valor terminal, lo cual sería nuevo. Ahora bien, este argumento debe ser desestimado por los motivos que figuran en el apartado 99 *supra*. Por último, las demandantes afirmaron que la Comisión utilizó los LRAIC mínimos en el pliego de cargos, mientras que en la Decisión impugnada utilizó los LRAIC máximos. Pues bien, esta alegación ya ha sido desestimada en los apartados 93 a 95 *supra*.
- 102 En tercer término, las demandantes afirman que la Comisión criticó el empleo de los múltiplos de ingresos propuestos por Telefónica en su contestación al pliego de cargos y reajustó los cálculos de los FCD presentados por Telefónica en dicha contestación, sin que Telefónica fuese oída a este respecto (considerandos 367 a 377 y 533 a 536 de la Decisión impugnada). Según ellas, la Comisión se refiere asimismo, en la Decisión impugnada, a las adquisiciones recientes de Terra Networks, S.A., y de O2 plc por parte de Telefónica (considerando 377 de la Decisión impugnada), basándose, de este modo, en documentos que no constaban en el expediente.
- 103 A este respecto, el considerando 377 de la Decisión impugnada sólo tiene por objeto refutar los argumentos invocados por Telefónica en su contestación al pliego de cargos. Pues bien, como se ha recordado en los apartados 82 y 83 *supra*, cabe admitir que se añadan extremos al pliego de cargos a la luz del escrito de contestación de las partes, cuyas alegaciones demuestren que pudieron efectivamente ejercer su derecho de defensa. Además, el método de valoración empleado en la adquisición de Terra Networks y de O2 por parte de la propia Telefónica únicamente se mencionó, a mayor abundamiento, en dicho considerando a modo de ejemplo, con el fin de rebatir el método de los múltiplos de ingresos adoptado por Telefónica para valorar su negocio en el mercado descendente en su contestación al pliego de cargos. Por tanto, la Comisión no se basó en los documentos controvertidos para respaldar, en el presente asunto, su imputación de la existencia de una infracción. Así pues, con arreglo a la jurisprudencia recogida en el apartado 78 *supra*, la alegación de las demandantes no puede prosperar. Por otra parte, de la documentación relativa a la audiencia celebrada el 12 de junio de 2006, adjunta a los autos del Tribunal, resulta que el cálculo del valor terminal como múltiplo de los ingresos al que hacen referencia las demandantes se debatió en el curso de la audiencia en cuestión.
- 104 En tercer lugar, las demandantes alegan que la Comisión efectuó, en la Decisión impugnada, una comparación de las cuotas de mercado de los productos de banda ancha y de banda estrecha (considerandos 574 a 578 de la Decisión impugnada) que no figuraba en el pliego de cargos y que no se había mencionado en la carta factual.
- 105 Hay que señalar que la Comisión no negó en sus escritos procesales, ni al ser preguntada sobre este extremo en la vista oral, que dicha comparación no figuraba ni en el pliego de cargos ni en la carta factual. Ahora bien, la apreciación de los efectos concretos de la infracción en los considerandos 564 a 573 y 579 a 613 de la Decisión impugnada se basa en muchos otros datos que ya se habían expuesto en los apartados 475 a 532 del pliego de cargos. Pues bien, dado que no ha quedado demostrado que la eliminación como medio de prueba de la comparación entre las cuotas de mercado de los productos de banda ancha y las de los productos de banda estrecha priva de fundamento a los cargos formulados en la Decisión impugnada, hay que estimar que el pliego de cargos contenía en el presente asunto los elementos esenciales en los que se basaba la conclusión de la Comisión sobre la existencia de los efectos concretos de la infracción.

- 106 En cuarto lugar, según las demandantes, para demostrar la existencia de efectos concretos en el mercado mayorista, la Comisión empleó nuevos datos en relación con las cuotas de adiciones netas de Telefónica respecto a sus competidores (considerandos 579 a 581 y gráfico 18 de la Decisión impugnada).
- 107 Como señaló la Comisión durante la vista oral, ella ya había indicado, en el apartado 38 y en la nota a pie de página nº 45 de la carta factual, [*confidencial*]. Además, debe considerarse, como destaca la Comisión, que el gráfico 18 de la Decisión impugnada constituye una representación de los datos sobre cuotas de mercado o volúmenes que ya se incluyeron en el cuadro 64 del pliego de cargos. A este respecto, debe desestimarse la alegación formulada por las demandantes en la vista oral según la cual, a diferencia del gráfico 18 de la Decisión impugnada, el cuadro 64 del pliego de cargos se refiere también al año 2001 y al operador British Telecom, puesto que tales datos no figuran en la Decisión impugnada. Por consiguiente, la alegación de las demandantes no puede prosperar.
- 108 En quinto lugar, las demandantes afirman que la Comisión vertió críticas (considerandos 606 a 609 de la Decisión impugnada) al estudio de precios que Telefónica adjuntó a su contestación al pliego de cargos, que son nuevas y distintas a las formuladas por el Economista Jefe de la Comisión durante la audiencia. A este respecto, basta señalar que, como las críticas de la Comisión suponen únicamente una refutación de los cálculos propuestos por Telefónica en el dictamen pericial que figura en el anexo 6 de su contestación al pliego de cargos y no constituyen nuevos elementos para respaldar la conclusión de la Comisión sobre los efectos concretos de la conducta de Telefónica en los mercados afectados, no cabe apreciar vulneración alguna del derecho de defensa de Telefónica.
- 109 De ello se deduce que debe desestimarse íntegramente el presente motivo.
- c) Sobre el segundo motivo, basado en errores de hecho y de Derecho en la definición de los mercados mayoristas de referencia
- 110 En el presente motivo, las demandantes impugnan la definición de los mercados mayoristas de referencia realizada por la Comisión en los considerandos 162 a 208 de la Decisión impugnada (véanse los apartados 9 a 14 *supra*).
- 111 Conforme a reiterada jurisprudencia, a efectos de examinar la posición eventualmente dominante de una empresa en un mercado sectorial determinado, las posibilidades de competencia deben apreciarse en el contexto del mercado que agrupa al conjunto de productos que, en razón de sus características, son especialmente aptos para satisfacer necesidades permanentes y escasamente sustituibles por otros productos. Además, dado que la determinación del mercado de referencia sirve para evaluar si la empresa de que se trata tiene la posibilidad de impedir una competencia efectiva y de obrar, en buena medida, de forma independiente con respecto a sus competidores, a sus clientes y a los consumidores, no es posible, a estos efectos, limitarse únicamente al examen de las características objetivas de los productos en cuestión, sino que es preciso, asimismo, tomar en consideración las condiciones de competencia y la estructura de la oferta y la demanda en el mercado (véanse la sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisión*, 322/81, Rec. p. 3461, apartado 37, y las sentencias *France Télécom/Comisión*, citada en el apartado 60 *supra*, apartado 78, y *Clearstream/Comisión*, citada en el apartado 70 *supra*, apartado 48, así como la jurisprudencia citada).
- 112 El concepto de mercado de referencia implica que pueda existir una competencia efectiva entre los productos que forman parte del mismo, lo que supone un grado suficiente de intercambiabilidad, a efectos del mismo uso, entre todos los productos que forman parte de un mismo mercado (sentencias *Hoffmann-La Roche/Comisión*, citada en el apartado 76 *supra*, apartado 28, y *Clearstream/Comisión*, citada en el apartado 70 *supra*, apartado 49).

- 113 Se desprende también de la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (DO 1997, C 372, p. 5, apartado 7) que «el mercado de producto de referencia comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos». Desde una perspectiva económica, para la definición del mercado de referencia, la sustituibilidad por el lado de la demanda es el medio más inmediato y eficaz de restringir el comportamiento de los suministradores de un determinado producto, especialmente por lo que se refiere a sus decisiones en materia de fijación de precios (apartado 13 de dicha Comunicación). Además, la sustituibilidad por el lado de la oferta también puede tenerse en cuenta al definir mercados en los casos en que sus efectos son equivalentes a los de la sustituibilidad por el lado de la demanda en términos de eficacia y de respuesta inmediata. Esto requiere que los proveedores puedan pasar a fabricar los productos de referencia y comercializarlos a corto plazo, sin incurrir en costes o riesgos adicionales significativos, en respuesta a pequeñas variaciones permanentes de los precios relativos (apartado 20 de la referida Comunicación).
- 114 En primer lugar, las demandantes alegan que el acceso desagregado al bucle local, el producto mayorista regional y el producto mayorista nacional pertenecen al mismo mercado de productos de referencia. Por lo que respecta a la sustituibilidad por el lado de la demanda de dichos productos, afirman que éstos permiten a los operadores alternativos ofrecer los mismos servicios minoristas de banda ancha. Además, la Comisión admitió, en los considerandos 154 y 155 de la Decisión impugnada, que dichos productos pertenecían al mismo mercado minorista de referencia.
- 115 En primer término, las demandantes alegan que la Comisión consideró, erróneamente, que los costes de sustitución de los productos mayoristas nacional y regional por el acceso desagregado al bucle local eran «extremadamente [elevados]» y que tal cambio era un «proceso largo» y requería una «masa crítica mínima». Las demandantes afirman también que los operadores alternativos pudieron recurrir al bucle local desde 2001 y que éste experimentó un rápido avance entre 2004 y 2006.
- 116 Debe recordarse que, en la Decisión impugnada, la Comisión destacó las considerables inversiones necesarias para pasar del producto mayorista nacional al producto mayorista regional (considerando 185 de la Decisión impugnada). La Comisión señaló también que el cambio del producto mayorista regional al acceso desagregado del bucle local era extremadamente costoso, dado que suponía desplegar una red desde el punto de interconexión regional a las centrales locales de Telefónica, unos costes mayoristas considerables impuestos por Telefónica en concepto de migración y conseguir la coubicación y otros servicios afines para poder prestar servicios de acceso minorista de banda ancha. Además, según la Comisión, tal migración exige mucho tiempo, no es una opción viable para todo el territorio español y requiere una masa crítica mínima (considerandos 173 a 177 de la Decisión impugnada). La Comisión recordó asimismo, en el considerando 180 de la Decisión impugnada, que, en una carta a la Comisión de 2 de marzo de 2005, la propia Telefónica hizo referencia al hecho de que los operadores alternativos debían alcanzar una masa crítica mínima antes de comenzar a invertir en una infraestructura propia que les permitiese utilizar el acceso desagregado al bucle local.
- 117 Pues bien, ante todo, las demandantes no negaron lo afirmado en la Decisión impugnada en el sentido de que, con el fin de ofrecer el acceso desagregado al bucle local, los operadores alternativos debían estar físicamente presentes y sus equipos coubicados con los de Telefónica, que es la única empresa que tiene una red de acceso local en todo el territorio español, lo que les obligó a instalar tales equipos en los 6.836 repartidores principales de Telefónica y supuso grandes inversiones iniciales (considerandos 80 y 81 y cuadro 8 de la Decisión impugnada; véase también el considerando 132 de la Decisión impugnada). Tampoco negaron, en sus escritos procesales o durante la vista oral, que las inversiones de Telefónica a estos efectos ascendiesen a más de 1.500 millones de euros, a los que hay que añadir las inversiones necesarias para conectarse a los 109 puntos de acceso indirecto del producto mayorista regional, que suponen [*confidencial*] millones de euros (considerandos 164, 185, cuadro 9 y notas a pie de página n^{os} 73 y 74 de la Decisión impugnada). Pues bien, como señaló acertadamente la Comisión, tales inversiones son considerables. Así, la Comisión indicó, sin ser

contradicha por las demandantes, que incluso la inversión de 200 millones de euros, que, según Telefónica, habría sido necesaria para que un operador alternativo pudiese desplegar su red local, representaba más del 130 % de los ingresos acumulados por Jazztel en el mercado minorista entre 2001 y 2006.

- 118 A continuación, debe desestimarse la alegación de las demandantes de que Jazztel, a pesar de carecer de la «masa crítica mínima» (considerando 177 de la Decisión impugnada) y de tener una cuota de mercado inferior al 1 % al comienzo del período 2001-2006, pudo, no obstante, realizar una inversión de 200 millones de euros, lo que contradice, a juicio de las demandantes, la afirmación recogida en el considerando 164 de la Decisión impugnada de que el despliegue de una red de bucle local de entre 550 y 575 centrales cuesta entre 580 y 670 millones de euros.
- 119 Por una parte, la alegación de las demandantes se basa exclusivamente en una comunicación de Jazztel a la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 27 de julio 2007, en la que Jazztel afirmó que «durante los ejercicios 2005 y 2006, la compañía [había] invertido más de 200 millones de euros en el despliegue de la más extensa y moderna red [de] bucle local de última generación en España» y que, «una vez terminados los trabajos de despliegue de dicha red, la compañía [esperaba] reducir de manera significativa sus inversiones en el año 2007». Pues bien, de dicha afirmación no se desprende que todos los gastos de despliegue de la red de Jazztel hayan ascendido a «más de 200 millones de euros», sino únicamente que dicha suma se invirtió en el despliegue de la red en 2005 y 2006. Como señala la Comisión, sin ser contradicha por las demandantes a este respecto, el importe de las inversiones mencionado en dicha comunicación no incluye las inversiones realizadas por Jazztel antes de 2005 con el fin de desplegar su red, entre ellas, en particular, los 2.718 kilómetros de red de bucle local desplegados por Jazztel desde finales de 2004, ni las inversiones que Jazztel habrá de realizar todavía para finalizar el despliegue de dicha red.
- 120 Por otra parte, aun suponiendo, como afirman las demandantes, que, a 28 de febrero de 2007, Jazztel hubiese conseguido coubicarse en seiscientos siete repartidores de Telefónica, ello no significa necesariamente que Jazztel haya realizado ya de hecho las inversiones necesarias para desplegar su red hasta dichos repartidores —aparte de que este dato es posterior al período de la infracción—. Así, en marzo de 2006, Jazztel había conectado a su red el 38 o el 44 % (según la Comisión) o el 53 % (según las demandantes) de los 470 intercambios locales que había instalado. Pues bien, la alegación de las demandantes, cuya exactitud niega la Comisión, de que la conexión de los repartidores a la red de Jazztel era un servicio independiente de la desagregación que los operadores alternativos podían contratar con cualquier otro operador distinto de Telefónica, no pone en entredicho el hecho de que esta inversión forma parte de las inversiones necesarias para que un operador alternativo pueda beneficiarse del servicio de acceso desagregado al bucle local (considerando 132 de la Decisión impugnada). Además, dado que Telefónica posee 6.836 repartidores principales, el hecho de coubicarse en 607 repartidores de Telefónica representa, desde el punto de vista geográfico, menos del 10 % de las centrales de Telefónica y únicamente permite llegar, según la propia Telefónica, a un 60 % aproximadamente de los clientes potenciales. Por lo demás, esta cobertura sólo se alcanzó a finales de 2006, es decir, seis años después de la puesta a disposición del bucle local.
- 121 A este respecto, también debe desestimarse la alegación de las demandantes de que, aun cuando la inversión requerida para utilizar otro producto mayorista fuese, en efecto, cuantiosa, la Comisión no tuvo en cuenta los beneficios resultantes de la utilización del bucle local (mayores ingresos, diversidad de servicios minoristas finales e independencia tecnológica de Telefónica). En efecto, como la Comisión indicó acertadamente en el considerando 176 de la Decisión impugnada, un operador alternativo que desee cambiar el producto mayorista regional por el acceso desagregado al bucle local tendrá que realizar las inversiones necesarias para el despliegue de su red, pero los beneficios del cambio sólo se harán efectivos después de haber alcanzado una base de clientes suficiente, lo cual no es ni inmediato ni seguro.

- 122 Por último, procede desestimar la alegación de las demandantes de que el considerable y rápido avance del bucle local entre 2004 y 2006, que llegó a cubrir más del 60 % de la planta total de Telefónica, demuestra que el «factor tiempo» no representa un obstáculo a la sustitución de los productos mayoristas nacional o regional por el acceso desagregado al bucle local.
- 123 Como se desprende en particular de los apartados 16, 20, 21 y 23 de la Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia mencionada en el apartado 113 *supra*, y como recordó acertadamente la Comisión en el considerando 172 de la Decisión impugnada, la sustituibilidad necesaria para la definición del mercado de referencia debe materializarse a corto plazo, lo que, según los considerandos 172 a 175 de la Decisión impugnada, no ocurre en el presente asunto.
- 124 A este respecto, debe desestimarse la alegación de las demandantes, dirigida a invalidar esta conclusión, según la cual los operadores alternativos no consideraron oportuno solicitar el acceso al bucle local antes de 2004, en un momento en el que habían logrado una cobertura de más del 60 % de la planta total de Telefónica.
- 125 En efecto, si bien TESAU tiene desde diciembre de 2000 la obligación, impuesta por el marco regulador, de permitir que los operadores alternativos alquilaran el par de cobre (considerando 81 de la Decisión impugnada), la utilización efectiva del bucle local sólo comenzó, de manera limitada, a finales de 2004 y principios de 2005 (considerando 96 y esquema 2 de la Decisión impugnada). Por una parte, habida cuenta de las inversiones necesarias (véanse los apartados 117 a 121 *supra*), y como ha reconocido la propia Telefónica (considerando 180 de la Decisión impugnada), hasta 2004 los operadores alternativos no alcanzaron una masa crítica de conexiones y una experiencia en el mercado que les permitiese invertir en infraestructura de red y empezar así a migrar sus conexiones desde los accesos mayoristas de tipo indirecto hacia el acceso desagregado al bucle (véanse también los considerandos 177 a 180 de la Decisión impugnada y el apartado 129 *infra*). Por otra parte, como se desprende, en particular, del considerando 143 de la Decisión impugnada, transcurrieron lapsos de tiempo significativos entre el momento en el que los operadores alternativos solicitaron el acceso desagregado al bucle local de Telefónica y el momento en el que se les concedió tal acceso. Procede señalar a este respecto que, como se desprende del cuadro 60 de la Decisión impugnada, cuyos datos no han sido impugnados por las demandantes, la supuesta cobertura de más del 60 % de la planta total de Telefónica no se alcanzó hasta diciembre de 2006, es decir, al final del período de la infracción.
- 126 En relación con esto, debe desestimarse también la alegación de las demandantes de que la existencia de barreras de acceso al bucle local fue desmentida por la Comisión Nacional de la Competencia en su resolución de 22 de octubre de 2007. Aun suponiendo que de dicha resolución se desprenda que, en el presente asunto, el organismo de defensa de la competencia en ningún momento de la instrucción «[acreditó] que los presuntos retrasos lo fueran en realidad», esta resolución no pone en entredicho las afirmaciones que figuran en los considerandos 139 y 140 de la Decisión impugnada, que no han sido rebatidas por Telefónica en sus escritos procesales, según las cuales desde 2002 se plantearon a la CMT cincuenta y cinco conflictos relacionados con el acceso al bucle local, la mayoría de los cuales concluyó con una resolución desfavorable a Telefónica.
- 127 En segundo término, las demandantes sostienen que existen productos mayoristas, además del acceso desagregado al bucle local, que permiten proporcionar una oferta «diferenciada», por ejemplo, servicios de telefonía vía protocolo IP (Internet Protocol). No obstante, las partes confirmaron fundamentalmente, durante la vista oral, que existían diferencias funcionales entre los productos mayoristas nacional, regional y el acceso desagregado al bucle local, como resulta además de los considerandos 66, 70, 82, 85, 87, 89, 165 y 171 y de la nota a pie de página n° 47 de la Decisión impugnada. Si bien es cierto que durante la vista oral las demandantes sostuvieron que el producto mayorista regional permitía un «cierto nivel de diferenciación», debe entenderse, como puntualizó la Comisión en los considerandos que se acaban de mencionar, que un operador que opte por el acceso

desagregado al bucle local de Telefónica puede controlar una parte sustancial de la cadena de valor y numerosos aspectos de su servicio minorista. Como resulta de los considerandos 82, 87, 89 y 171 de la Decisión impugnada, al contrario de lo que ocurre en el caso del acceso desagregado al bucle local, el acceso a los productos mayoristas nacional y regional no permite a los operadores alternativos introducir en su producto minorista diferencias significativas respecto del de Telefónica, de modo que deben limitarse a competir en precio con Telefónica. A este respecto, las propias demandantes destacan en su réplica que la inversión en el bucle local proporciona una mayor diversidad de servicios minoristas finales. Se refieren a estos efectos a los ejemplos de France Telecom, que fue la primera empresa en ofrecer en España un producto que incluía voz e Internet, y de Jazztel, que fue la primera empresa en comercializar un producto minorista con una velocidad de conexión que podía llegar a 20 megabytes por segundo.

- 128 En tercer término, procede desestimar la alegación de las demandantes de que existe una «sustituibilidad suficiente» entre el producto mayorista regional, el producto mayorista nacional y el acceso desagregado al bucle local porque, según afirman, en cada central de Telefónica, un número suficiente de operadores alternativos utiliza la combinación de diferentes productos mayoristas que mejor responde a sus necesidades y porque esta sustituibilidad «en el margen» basta para considerar en el presente asunto que estos productos pertenecen al mismo mercado de productos de referencia.
- 129 Ante todo, es preciso señalar, como hace la Comisión, que el hecho de que algunos operadores hubiesen invertido en el despliegue de sus propias redes y hubiesen podido aumentar a partir de 2004 el uso del bucle local no confirma la existencia de una sustituibilidad efectiva entre los productos mayoristas nacional y regional y el acceso desagregado al bucle local durante el período de la infracción, sino que es el resultado de un proceso de migración progresiva, descrito por la Comisión en particular en los considerandos 93 a 103 de la Decisión impugnada. Pues bien, por una parte, tal migración exige inversiones considerables a lo largo de varios años. Por otra parte, debido a los elevados costes irre recuperables relacionados con dicha migración y a la progresión en la «escalera de la inversión» (véase la nota a pie de página nº 82 de la Decisión impugnada), es poco probable que un operador alternativo sustituya el acceso desagregado al bucle local por los productos mayoristas nacional o regional en caso de un pequeño, pero significativo y permanente, incremento de los precios del acceso desagregado al bucle local.
- 130 Por otra parte, no ha quedado demostrado que los operadores alternativos utilizaran, durante el período de la infracción, en cada central, una combinación óptima de productos mayoristas que incluyera el acceso desagregado al bucle local. Así, de los considerandos 102 y 103 de la Decisión impugnada —que las demandantes no han refutado en sus escritos procesales— se desprende que, hasta el año 2002, France Telecom contrató casi exclusivamente el producto mayorista nacional de Telefónica, que fue sustituido, a finales de ese mismo año, por una oferta mayorista nacional alternativa basada en el producto mayorista regional de Telefónica. Sólo a partir de febrero de 2005 el número de bucles locales desagregados de France Telecom experimentó un incremento significativo a la par que se producía una disminución en el número de líneas mayoristas nacionales alternativas basadas en el producto mayorista regional de Telefónica. Por otra parte, hasta el último trimestre de 2004, Ya.com contrató exclusivamente el producto mayorista nacional de Telefónica y sólo a partir de julio de 2005, momento en que adquirió Albura, comenzó a utilizar progresivamente el acceso desagregado al bucle local.
- 131 Por último, la alegación de las demandantes sólo resulta pertinente respecto de los competidores de Telefónica que dispongan de una red que les permita el acceso desagregado al bucle local, quedando esta posibilidad excluida en el caso de los competidores potenciales de Telefónica que no hayan realizado aún inversiones con objeto de utilizar el producto mayorista regional o el acceso desagregado al bucle local.

- 132 En cuarto término, por lo que respecta a la alegación de las demandantes de que el Servicio de Defensa de la Competencia había admitido la existencia de un único mercado mayorista pertinente en el asunto Telefónica/Iberbanda (informe del Servicio de Defensa de la Competencia N-06038, Telefónica/Iberbanda), basta señalar que las demandantes no niegan la afirmación formulada por la Comisión en sus escritos procesales según la cual, en dicho asunto, la valoración de la operación no dependía de una delimitación más o menos estrecha de los mercados, dado que las cuotas de mercado de Iberbanda eran muy reducidas, y que dicha autoridad, en su resolución final, se refirió expresamente a la distinción realizada por la CMT entre el acceso desagregado al bucle local y los accesos mayoristas indirectos.
- 133 En quinto término, es preciso recordar que las propias demandantes expusieron, en su respuesta inicial a la denuncia de France Telecom, que el acceso desagregado al bucle local y los productos mayoristas de acceso indirecto no eran sustituibles (considerando 170 de la Decisión impugnada). Además, como señaló la Comisión en el considerando 182 de la Decisión impugnada, todas las ANR que analizaron los mercados de banda ancha mayorista en sus países respectivos, incluida la CMT en el caso del mercado español, consideraron, por razones similares, que el acceso desagregado al bucle local y los productos mayoristas de acceso indirecto constituían mercados diferentes. Como señala acertadamente la Comisión, tal enfoque es también conforme con la Recomendación 2003/311/CE de la Comisión, de 11 de febrero de 2003, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación *ex ante* de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (DO L 114, p. 45), que diferencia el acceso desagregado al por mayor (incluido el acceso compartido) a los bucles y subbucles metálicos a efectos de la prestación de servicios de banda ancha y vocales (mercado n° 11) del acceso de banda ancha al por mayor (mercado n° 12).
- 134 Habida cuenta de lo expuesto anteriormente, hay que considerar que la Comisión estimó válidamente, en los considerandos 163 a 182 de la Decisión impugnada, que el acceso desagregado al bucle local no formaba parte del mercado de referencia en el presente asunto.
- 135 En segundo lugar, las demandantes rechazan la conclusión de la Decisión impugnada de que los productos mayoristas regional y nacional no pertenecen al mismo mercado. En primer término, alegan que la Comisión recurrió a ejemplos teóricos y ajenos a la realidad del mercado español.
- 136 A este respecto, es cierto que la Comisión se refiere, en el considerando 185 de la Decisión impugnada, a las estimaciones de la autoridad de regulación de las telecomunicaciones francesa (en lo sucesivo, «ART») sobre los costes de pasar de los productos mayoristas nacionales a los productos mayoristas regionales, que oscilan entre 150 y 300 millones de euros, aun cuando se ha estimado que, en Francia, la cobertura nacional puede alcanzarse con interconexiones en 20 puntos de acceso indirecto.
- 137 No obstante, las estimaciones de la ART, si bien se refieren a un mercado geográfico diferente, son pertinentes para ilustrar las inversiones necesarias para el despliegue de tal red. En efecto, como se desprende de la nota a pie de página n° 166 de la Decisión impugnada, el número de puntos de acceso indirecto es unas cinco veces mayor en España que en Francia y, por tanto, cabe considerar que los costes de despliegue de una red en España serán considerablemente más elevados que en Francia. Además, como se ha señalado en el considerando 723 de la Decisión impugnada, el mercado de banda ancha en Francia se caracteriza por tener una estructura parecida al de España, habida cuenta de la existencia de acceso mayorista a escala local, nacional y regional.
- 138 En segundo término, las demandantes sostienen que la Comisión basa su definición de dos mercados diferentes en la falta de justificación económica de pasar del producto mayorista regional al producto mayorista nacional, alegada por France Telecom (considerando 187 de la Decisión impugnada), cuando en realidad la propia France Telecom había contradicho esta afirmación en los documentos

aportados a los autos al declarar que un operador alternativo podría decidir pasar del producto mayorista regional al producto mayorista nacional si el precio de este último bajase. Las demandantes afirman, además, que Albura había conseguido reproducir la red de acceso regional de Telefónica.

- 139 A este respecto, procede señalar ante todo que, como se desprende del considerando 187 de la Decisión impugnada, teniendo en cuenta los costes no recuperables, los operadores alternativos que hayan hecho ya las inversiones necesarias para conectarse a los 109 puntos de acceso indirecto, capitalizarán su inversión y elegirán el producto mayorista regional en vez de concentrar el tráfico en un único punto de acceso nacional. En efecto, teniendo en cuenta los costes asociados al hecho de pasar del producto mayorista nacional al producto mayorista regional, incluso en el caso de un aumento pequeño, pero significativo y permanente, del precio del producto mayorista regional, es poco probable, e ilógico desde el punto de vista económico, que los operadores que ya hayan invertido en el despliegue de una red soporten el coste de no utilizar esa red y decidan utilizar el producto mayorista nacional, que no les ofrece las mismas posibilidades en términos de control de la calidad de servicio del producto minorista que el producto mayorista regional. Además, preguntada a este respecto durante la vista oral, France Telecom confirmó efectivamente que consideraba que no tenía sentido, desde el punto de vista económico, pasar del producto mayorista regional al producto mayorista nacional. Si bien es cierto que tal migración se realizó en una ocasión, excepcionalmente, ésta se debió a un condicionante técnico vinculado a la necesidad que tenía France Telecom de obtener capacidades adicionales en el ámbito del producto mayorista regional. Por consiguiente, no puede acogerse la alegación de las demandantes.
- 140 En tercer término, debe desestimarse la alegación de las demandantes de que la Comisión aceptó en el pasado la «sustitución asimétrica» a fin de delimitar el mercado de productos de referencia, dado que, en el presente asunto, no puede tratarse de tal sustitución, ya que el paso del producto mayorista nacional al producto mayorista regional lleva tiempo y precisa inversiones muy cuantiosas (véase el apartado 129 *supra*) y que el paso del producto mayorista regional al producto mayorista nacional es ilógico desde el punto de vista económico (véase el apartado 139 *supra*). Por otra parte, de la jurisprudencia del Tribunal resulta que una gran desproporción en las tasas de migración entre dos productos no apoya la tesis de su intercambiabilidad a los ojos de los consumidores (sentencia France Télécom/Comisión, citada en el apartado 60 *supra*, apartados 86 a 91).
- 141 En cuarto término, las demandantes alegan que la Comisión reconoció, en su Recomendación 2003/311, que los dos productos mayoristas de acceso indirecto formaban parte del mismo mercado. No obstante, hay que recordar que, por una parte, la Recomendación 2003/311, en su exposición de motivos, excluye expresamente de su ámbito de aplicación el mercado al por mayor de reventa de banda ancha, es decir, los productos de acceso nacional en un punto único como el producto mayorista nacional, en el que el tráfico del operador alternativo pasa íntegramente por la red de Telefónica, y, por otra parte, destaca la existencia de obstáculos muy importantes a la entrada en lo que respecta al suministro mayorista de acceso de banda ancha, en la medida en que es necesario desplegar una red para prestar el servicio. Por lo demás, tanto el artículo 15 de la Directiva 2002/21/CE 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), al que se refiere expresamente el preámbulo de la Recomendación 2003/311, como el decimoctavo considerando de dicha Recomendación establecen que los mercados definidos a efectos de la intervención reguladora lo son sin perjuicio de los mercados que puedan definirse en casos concretos con arreglo a la legislación sobre competencia.
- 142 En quinto término, las demandantes alegan que la CMT, en su resolución de 6 de abril de 2006, ratificada mediante su resolución de 1 de junio de 2006, también consideró que el producto mayorista regional y el producto mayorista nacional forman parte del mismo mercado. A este respecto, contrariamente al criterio seguido en la Decisión impugnada, la resolución de la CMT de 1 de junio de 2006 se inserta en el marco de un análisis prospectivo. Por otra parte, la Comisión, en sus observaciones sobre el proyecto de resolución de la CMT, había señalado además que las actuales

características y las circunstancias del mercado español de banda ancha podían justificar potencialmente una segmentación del mercado mayorista de acceso de banda ancha en dos mercados de productos de referencia. Por último, la propia CMT, en su resolución de 1 de junio de 2006, excluyó el ADSL-IP Total del mercado nº 12. Pues bien, Telefónica no niega que el ADSL-IP y el ADSL-IP Total formen parte del mismo mercado mayorista de acceso nacional (véanse, a este respecto, los considerandos 88 a 95, 109 y 110 de la Decisión impugnada).

143 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede concluir que la Comisión estimó acertadamente, en los considerandos 183 a 195 de la Decisión impugnada, que los productos mayoristas nacional y regional no pertenecían al mismo mercado.

144 En consecuencia, procede desestimar el segundo motivo.

d) Sobre el tercer motivo, basado en errores de hecho y de Derecho al apreciar la supuesta posición dominante de Telefónica en los mercados de referencia

145 En su tercer motivo, las demandantes alegan que la Comisión incurrió en errores de hecho y de Derecho al apreciar la supuesta posición dominante de Telefónica en los mercados de referencia.

146 Con carácter preliminar, procede desestimar las alegaciones de las demandantes según las cuales, para determinar la existencia de un abuso de posición dominante de Telefónica en forma de estrechamiento de márgenes, la Comisión debería haber demostrado que Telefónica ocupaba una posición de dominio tanto en el mercado mayorista como en el minorista. Efectivamente, como resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el carácter abusivo de una práctica tarifaria aplicada por una empresa verticalmente integrada en posición dominante en el mercado mayorista pertinente y que tiene como resultado la compresión de los márgenes de los competidores de dicha empresa en el mercado minorista no depende de que exista una posición dominante de dicha empresa en ese último mercado (sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de febrero de 2011, TeliaSonera, C-52/09, p. I-527, apartado 89). Por tanto, sólo procede examinar las alegaciones de las demandantes relativas a la determinación de la posición dominante de Telefónica por lo que respecta a los mercados mayoristas de referencia.

147 Según jurisprudencia reiterada, una posición dominante puede definirse como una posición de poder económico que tiene una empresa, que le da la facultad de oponerse al mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, permitiéndole actuar, en gran medida, de manera independiente respecto a sus competidores, a sus clientes y, finalmente, a los consumidores (sentencias del Tribunal de Justicia *United Brands* y *United Brands/Comisión*, citada en el apartado 72 *supra*, apartado 65, y de 15 de diciembre de 1994, DLG, C-250/92, Rec. p. I-5641, apartado 47; sentencias del Tribunal General de 22 de noviembre de 2001, AAMS/Comisión, T-139/98, Rec. p. II-3413, apartado 51; de 23 de octubre de 2003, Van den Bergh Foods/Comisión, T-65/98, Rec. p. II-4653, apartado 154, y France Télécom/Comisión, citada en el apartado 60 *supra*, apartado 99).

148 La existencia de una posición dominante puede resultar, en general, de la concurrencia de varios factores que, considerados aisladamente, no serían necesariamente determinantes (sentencias *United Brands* y *United Brands/Comisión*, citada en el apartado 72 *supra*, apartado 66, y DLG, citada en el apartado 147 *supra*, apartado 47). Entre estos factores, uno muy significativo es la existencia de cuotas de mercado muy altas (sentencias del Tribunal de 12 de diciembre de 1991, Hilti/Comisión, T-30/89, Rec. p. II-1439, apartado 90, y de 25 de junio de 2010, Imperial Chemical Industries/Comisión, T-66/01, Rec. p. II-2631, apartados 255 y 256).

- 149 Así, es jurisprudencia reiterada que las cuotas de mercado muy elevadas constituyen por sí mismas, y salvo circunstancias excepcionales, la prueba de la existencia de una posición dominante. El hecho de tener una cuota de mercado muy alta coloca a la empresa que la posee durante cierto tiempo, por el volumen de producción y de oferta que representa —sin que aquellos que posean cuotas sensiblemente más bajas puedan satisfacer rápidamente la demanda de quienes querrían apartarse de la empresa que tiene la cuota más alta—, en una situación de fuerza que hace que sea inevitable mantener relaciones comerciales con ella y que, por esa mera circunstancia, le proporciona, al menos durante períodos relativamente largos, la independencia de comportamiento característica de la posición dominante (sentencias Hoffmann-La Roche/Comisión, citada en el apartado 76 *supra*, apartado 41; Van den Bergh Foods/Comisión, citada en el apartado 147 *supra*, apartado 154, e Imperial Chemical Industries/Comisión, citada en el apartado 148 *supra*, apartado 256; véase también la sentencia France Télécom/Comisión, citada en el apartado 60 *supra*, apartado 100).
- 150 Según la jurisprudencia, una cuota de mercado del 50 % conlleva por sí misma, salvo circunstancias excepcionales, una posición dominante (sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 1991, AKZO/Comisión, C-62/86, Rec. p. I-3359, apartado 60, y sentencia Imperial Chemical Industries/Comisión, citada en el apartado 148 *supra*, apartado 256). Asimismo, una cuota de mercado de entre un 70 y un 80 % constituye, por sí sola, un claro indicio de la existencia de una posición dominante (sentencias del Tribunal Hilti/Comisión, citada en el apartado 148 *supra*, apartado 92; de 30 de septiembre de 2003, Atlantic Container Line y otros/Comisión, T-191/98 y T-212/98 a T-214/98, Rec. p. II-3275, apartado 907, e Imperial Chemical Industries/Comisión, citada en el apartado 148 *supra*, apartado 257).
- 151 En el presente asunto, las demandantes afirman que Telefónica no ocupa una posición dominante en el «mercado mayorista» de banda ancha.
- 152 Por lo que respecta a los mercados mayoristas de acceso a Internet de banda ancha, es preciso recordar que, como se desprende de los considerandos 162 a 208 de la Decisión impugnada y de los apartados 110 a 143 de la presente sentencia, el producto mayorista regional y el producto mayorista nacional no pertenecen al mismo mercado de productos de referencia, de modo que procede evaluar por separado la posible existencia de una posición de dominio de Telefónica en cada uno de dichos mercados.
- 153 En primer lugar, la Comisión estimó, en el considerando 232 de la Decisión impugnada, que Telefónica ocupaba una posición dominante en el mercado mayorista regional. Para llegar a esta conclusión, se basó en la cuota de mercado del 100 % de Telefónica y en su posición de monopolio de hecho en dicho mercado (considerando 223 de la Decisión impugnada). Asimismo, la Comisión se refirió a las considerables barreras a la entrada existentes en el citado mercado, en particular al hecho de que los operadores alternativos tenían que crear una red de acceso local alternativa nueva o contratar los bucles locales desagregados de Telefónica.
- 154 Así, en los considerandos 224 a 226 de la Decisión impugnada, la Comisión destacó los costes irrecuperables significativos para los nuevos operadores que pretendiesen ofrecer servicios de acceso de banda ancha mayorista regional basándose en los bucles locales desagregados de Telefónica y las considerables economías de escala y alcance de las que disfrutaba Telefónica. Además, en el considerando 227 de la Decisión impugnada, la Comisión explicó que existieron considerables obstáculos y demoras en el acceso desagregado al bucle local durante el período de la infracción, de manera que ni siquiera un operador que hubiese desplegado su propia red habría estado en condiciones de competir con Telefónica. En el considerando 228 de la Decisión impugnada, la Comisión destacó que la necesidad de disponer de un número suficiente de clientes para los servicios de banda ancha representaba una barrera adicional de entrada al mercado para los operadores que invertían en bucle local desagregado, de manera que es probable que tuviesen costes unitarios superiores a los de Telefónica al desplegar sus redes locales. La Comisión llegó a la conclusión de que los operadores alternativos que invierten actualmente en el acceso desagregado al bucle local no

tendrán un impacto significativo en la competencia en el mercado mayorista de acceso regional, ni siquiera a medio plazo, y que el impacto nunca será nacional (considerandos 229 y 230 de la Decisión impugnada).

- 155 En primer término, hay que señalar que las demandantes no niegan que Telefónica haya sido el único operador que suministraba el producto mayorista regional en España desde 1999 (considerando 223 de la Decisión impugnada), disponiendo, por tanto, en ese mercado de un monopolio de hecho.
- 156 En segundo término, las demandantes afirman que, a pesar de su cuota de mercado, Telefónica estuvo sometida a una presión competitiva constante por parte de sus competidores, que aumentaron de manera continuada y progresiva su presencia en el «mercado mayorista». A este respecto, como se recordó en el apartado 152 *supra*, la Comisión consideró acertadamente que los productos mayoristas nacional y regional no pertenecían al mismo mercado. Por consiguiente, no pueden admitirse los ejemplos citados por las demandantes en su réplica, relativos a Arsys —que lanzó un producto minorista de banda ancha utilizando exclusivamente la oferta mayorista de Uni2—, a Tele2, a Tiscali y a Auna, que utilizaron los servicios mayoristas de Albura, porque se refieren a la oferta mayorista nacional.
- 157 En tercer término, tampoco puede estimarse la alegación de las demandantes de que el «mercado mayorista» era un «mercado de acceso irrestricto» 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, dadas las inversiones necesarias para construir una red de acceso local alternativa nueva o desagregar los bucles locales de Telefónica, algo que resulta indispensable para que un operador alternativo pueda ofrecer un producto mayorista de acceso regional que compita con el producto mayorista regional de Telefónica (véase, en particular, el apartado 129 *supra*).
- 158 De todo ello se deduce que las demandantes no aportaron ningún dato capaz de poner en entredicho la conclusión de la Comisión de que Telefónica ocupó una posición dominante en el mercado mayorista regional durante el período de la infracción.
- 159 En segundo lugar, la Comisión estimó que Telefónica ocupaba una posición dominante en el mercado mayorista nacional. Así, en el considerando 234 de la Decisión impugnada, afirma que, hasta el último trimestre de 2002, no hubo alternativa real al producto mayorista nacional de Telefónica. Por otra parte, desde 2002 y durante todo el período de la infracción, la cuota de mercado de Telefónica se mantuvo constantemente por encima del 84 % (considerando 235 de la Decisión impugnada). En los considerandos 236 a 241 de la Decisión impugnada, la Comisión se refirió asimismo, primero, al significativo margen de diferencia entre la cuota de mercado de Telefónica y la de sus principales competidores, siendo la cuota de Telefónica más de once veces mayor que la de su principal competidor (considerando 236 de la Decisión impugnada); segundo, a las economías de escala y de alcance y a la integración vertical de las que disfrutaba Telefónica, que le permitían recuperar sus costes gracias a los grandes volúmenes de tráfico generados por su gran base de clientes (considerando 237 de la Decisión impugnada); tercero, a su control del bucle local, que le permitía influir de forma significativa en la disponibilidad de los productos mayoristas de la competencia (considerando 240 de la Decisión impugnada) y, cuarto, a su red heredada de un antiguo monopolio, que no era fácilmente replicable (considerando 241 de la Decisión impugnada).
- 160 A fin de demostrar que Telefónica no ocupaba una posición dominante en el mercado mayorista nacional, las demandantes formulan varias alegaciones. En primer lugar, sostienen que la red de Telefónica podía ser replicada.

- 161 Así, afirman que la red de Telefónica fue íntegramente replicada por varios operadores alternativos. No obstante, como la Comisión hizo constar acertadamente en el considerando 239 de la Decisión impugnada, estos ejemplos no demuestran que Telefónica no ocupase una posición dominante en el mercado mayorista nacional.
- 162 Es cierto que la posible existencia de competencia en el mercado es un dato pertinente para apreciar la existencia de una posición dominante. No obstante, el hecho de que haya competencia, incluso fuerte, en un mercado determinado no excluye que pueda haber una posición dominante en ese mismo mercado, ya que dicha posición se caracteriza esencialmente por la capacidad de actuar sin necesidad de tener en cuenta, en su estrategia de mercado, esa competencia y sin sufrir, no obstante, los efectos perjudiciales de esa actitud (véanse las sentencias del Tribunal de 14 de diciembre de 2005, *General Electric/Comisión*, T-210/01, Rec. p. II-5575, apartado 117, y la jurisprudencia citada, y *France Télécom/Comisión*, citada en el apartado 60 *supra*, apartado 101).
- 163 Pues bien, en el presente asunto, los ejemplos invocados por las demandantes no ponen en entredicho los datos indicados por la Comisión en los considerandos 235 a 241 de la Decisión impugnada, relativos al hecho de que Telefónica conservó una cuota de mercado superior al 84 % durante todo el período de la infracción; a la circunstancia de que, a partir de 2001, dicha cuota de mercado siguió siendo once veces mayor que la de su principal competidor, o, incluso, al hecho de que existían obstáculos que impedían a los competidores de Telefónica ofrecer de forma rentable un producto mayorista nacional que compitiese con el de ésta.
- 164 En segundo término, las demandantes afirman que la Comisión adopta una «postura manifiestamente dogmática». En opinión de las demandantes, esta postura es incoherente con la mantenida por la Comisión en sus comunicaciones a otras autoridades de reglamentación europeas. Según las demandantes, en dichas comunicaciones la Comisión estimó que la competencia ejercida en el mercado minorista por empresas verticalmente integradas puede ejercer una presión competitiva indirecta en el nivel mayorista. Por consiguiente, la Comisión debería haber analizado si los operadores de cable y del bucle local ejercieron una presión competitiva indirecta sobre la conducta de Telefónica en el mercado mayorista de acceso indirecto.
- 165 A este respecto, basta señalar que tal alegación carece de fundamento dado que, por una parte, la Comisión analizó efectivamente la presión competitiva de los operadores de cable e indicó, en los considerandos 268 a 276 de la Decisión impugnada, que éstos no ejercieron una disciplina de precios sobre Telefónica en el mercado minorista y, por otra parte, como se desprende de los considerandos 264 a 266 de la Decisión impugnada, que el acceso desagregado al bucle local no experimentó un despegue real hasta septiembre de 2004 y que estuvo limitado geográficamente.
- 166 En tercer término, el hecho de que Telefónica estuviese obligada, desde el año 2000, a dar acceso al bucle local a precios orientados a costes no basta para demostrar que no ocupaba una posición dominante. En efecto, si bien la capacidad para imponer aumentos regulares de precios constituye, sin duda alguna, un elemento que indica la existencia de una posición dominante, no supone de ningún modo un factor indispensable, puesto que la independencia de la que goza una empresa dominante en materia de precios deriva más de la capacidad para fijar estos últimos sin tener en cuenta la reacción de los competidores, de los clientes ni de los proveedores que de la capacidad de aumentarlos (véase la sentencia *Atlantic Container Line y otros/Comisión*, citada en el apartado 150 *supra*, apartado 1084, y la jurisprudencia citada). Pues bien, dado que todos los productos competidores de acceso mayorista se basan en los bucles locales de Telefónica o en su producto mayorista regional, la disponibilidad de productos competidores no sólo dependerá de la disponibilidad efectiva de bucles locales desagregados o del producto mayorista regional, sino también de las condiciones económicas en las que se suministran los productos en cuestión (considerando 240 de la Decisión impugnada).
- 167 Habida cuenta de lo antes expuesto, debe concluirse que la Comisión consideró acertadamente que Telefónica ocupaba una posición dominante en el mercado mayorista nacional.

168 Por tanto, dado que, como se señaló en el apartado 146 *supra*, la Comisión no estaba obligada, para apreciar la existencia de un estrechamiento de márgenes, a demostrar que Telefónica ocupaba una posición dominante en el mercado minorista, el presente motivo debe desestimarse en su totalidad.

e) Sobre el cuarto motivo, basado en errores de Derecho en la aplicación del artículo 82 CE en relación con la conducta presuntamente abusiva de Telefónica

169 En el presente motivo, las demandantes alegan que la Decisión impugnada está viciada por dos graves errores en la aplicación del artículo 82 CE en relación con la conducta presuntamente abusiva de Telefónica.

170 Con carácter preliminar, es preciso recordar que, al prohibir la explotación abusiva de una posición dominante en el mercado en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, el artículo 82 CE tiene por objeto las conductas que puedan influir en la estructura de un mercado donde la competencia está ya debilitada, en razón precisamente de la presencia de la empresa en cuestión, y que tienen por efecto impedir, por medios distintos de los que rigen una normal competencia entre productos o servicios sobre la base de las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del grado de competencia que aún existe en el mercado o su desarrollo (sentencias del Tribunal de Justicia Hoffman-La Roche/Comisión, citada en el apartado 76 *supra*, apartado 91; Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisión, citada en el apartado 111 *supra*, apartado 70; de 2 de abril de 2009, France Télécom/Comisión, C-202/07 P, Rec. p. I-2369, apartado 104, y de 14 de octubre de 2010, Deutsche Telekom/Comisión, C-280/08 P, Rec. p. I-9555, apartado 174).

171 Por tanto, dado que el artículo 82 CE no se refiere únicamente a las prácticas que pueden causar un perjuicio inmediato a los consumidores, sino también a las que les perjudican impidiendo el juego de la competencia, recae sobre la empresa que ocupa una posición dominante una responsabilidad especial de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común (véanse las sentencias de 2 de abril de 2009, France Télécom/Comisión, citada en el apartado 170 *supra*, apartado 105, y TeliaSonera, citada en el apartado 146 *supra*, apartado 24, así como la jurisprudencia citada).

172 Como ha precisado ya el Tribunal de Justicia, de ello se deduce que el artículo 82 CE prohíbe que una empresa que ocupa una posición dominante elimine a un competidor y refuerce así su posición recurriendo a otros medios que no sean los de una competencia a través de los méritos. Desde esta perspectiva, no toda competencia a través de los precios puede considerarse legítima (véase la sentencia de 2 de abril de 2009, France Télécom/Comisión, citada en el apartado 170 *supra*, apartado 106, y la jurisprudencia citada).

173 Por lo que respecta al carácter abusivo de una práctica tarifaria como la controvertida en el presente asunto, hay que indicar que el artículo 82 CE, párrafo segundo, letra a), prohíbe expresamente que una empresa dominante imponga directa o indirectamente precios no equitativos (sentencia TeliaSonera, citada en el apartado 146 *supra*, apartado 25).

174 Por lo demás, la lista de prácticas abusivas recogida en el artículo 82 CE no es exhaustiva, de modo que la enumeración de las prácticas abusivas contenida en dicha disposición no agota las formas de explotación abusiva de posición dominante prohibidas por el Derecho de la Unión (véase la sentencia TeliaSonera, citada en el apartado 146 *supra*, apartado 26, y la jurisprudencia citada).

175 Para determinar si la empresa que ocupa una posición dominante ha explotado de manera abusiva esta posición mediante la aplicación de sus prácticas tarifarias, debe apreciarse el conjunto de circunstancias y examinar si dicha práctica tiende a privar al comprador de la posibilidad de elegir sus fuentes de abastecimiento —o, al menos limitar dicha posibilidad— impedir el acceso al mercado de los

competidores, aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes o reforzar su posición dominante mediante la distorsión de la competencia (véase la sentencia TeliaSonera, citada en el apartado 146 *supra*, apartado 28, y la jurisprudencia citada).

- 176 En primer lugar, las demandantes alegan que de la Decisión impugnada se desprende claramente que la Comisión analiza el supuesto estrechamiento de márgenes como un abuso cuyos efectos de exclusión son análogos a los de una negativa *de facto* a contratar. Pues bien, afirman que la Comisión no aplicó el criterio jurídico correspondiente a este tipo de conductas, establecido por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 26 de noviembre de 1998, Bronner (C-7/97, Rec. p. I-7791). En particular, la Comisión no demostró, a su juicio, que los productos mayoristas controvertidos constituyan insumos o infraestructuras esenciales, ni que la negativa de suministro pueda eliminar toda competencia en el mercado minorista.
- 177 No puede acogerse esta alegación.
- 178 Es preciso señalar que, en contra de lo que afirman las demandantes, la Comisión, en la Decisión impugnada, no analizó el estrechamiento de márgenes como una negativa *de facto* a contratar. En efecto, la Comisión recordó en dicha Decisión el concepto de abuso a los efectos del artículo 82 CE y las obligaciones que de él se derivan (considerandos 279 y 280 de la Decisión impugnada). Definió también en la referida Decisión la práctica del estrechamiento de márgenes, basándose en particular en la jurisprudencia del juez de la Unión y en sus decisiones (considerandos 281 a 284 de la Decisión impugnada). A este respecto destacó, en el considerando 285 de la Decisión impugnada, que, desde septiembre de 2001 hasta diciembre de 2006, Telefónica había abusado de su posición dominante en los mercados españoles de acceso de banda ancha mediante un estrechamiento de márgenes resultante de la desproporción entre las tarifas aplicadas al acceso de banda ancha mayorista y minorista, siendo probable que, como consecuencia de ello, la competencia en el mercado minorista resultase restringida. Asimismo, en los considerandos 299 a 309 de la Decisión impugnada, la Comisión estimó que los criterios establecidos en la sentencia Bronner, citada en el apartado 176 *supra*, no eran de aplicación en el presente asunto.
- 179 En particular, debe señalarse que, en la Decisión impugnada, la Comisión no obligó a Telefónica a que diese acceso a sus competidores a los productos mayoristas, obligación que derivaba del marco regulador español. Así, Telefónica tenía, desde marzo de 1999, obligación de suministrar el producto mayorista regional y, desde abril de 2002, el producto mayorista nacional (ADSL-IP), obligación nacida de la voluntad de las autoridades públicas de incitar a Telefónica y a sus competidores a invertir y a innovar (considerandos 88, 111, 287 y 303 de la Decisión impugnada).
- 180 Además, el Tribunal de Justicia recordó, en su sentencia TeliaSonera, citada en el apartado 146 *supra*, que no cabe deducir de su sentencia Bronner, citada en el apartado 176 *supra*, que los requisitos necesarios para determinar la existencia de una denegación abusiva de suministro también deban aplicarse necesariamente al apreciar el carácter abusivo de un comportamiento consistente en someter la prestación de servicios o la venta de productos a condiciones desfavorables en las que el adquirente podría no estar interesado. En efecto, tales comportamientos podrían, por sí mismos, ser constitutivos de una forma autónoma de abuso, diferente de la denegación de suministro (sentencia TeilaSonera, citada en el apartado 146 *supra*, apartados 55 y 56).
- 181 La interpretación contraria de la sentencia Bronner, citada en el apartado 176 *supra*, equivaldría a exigir, para que pueda considerarse abusiva cualquier conducta de una empresa dominante relativa a las condiciones comerciales de ésta, que se cumplan siempre las condiciones requeridas para declarar que existe una negativa a contratar, lo que reduciría indebidamente el efecto útil del artículo 82 CE (véase, en este sentido, la sentencia TeliaSonera, citada en el apartado 146 *supra*, apartado 58).

- 182 A este respecto, si bien es cierto que en su sentencia Teliasonera, citada en el apartado 146 *supra*, apartado 69, el Tribunal de Justicia declaró que el carácter indispensable del producto mayorista podía resultar pertinente a la hora de apreciar los efectos del estrechamiento de márgenes, no es menos cierto que las demandantes sólo invocaron el carácter indispensable de los productos mayoristas en apoyo de su alegación de que la Comisión no había aplicado el criterio jurídico adecuado a la supuesta negativa *de facto* a contratar sancionada en la Decisión impugnada. Por tanto, su alegación debe ser desestimada.
- 183 En segundo lugar, las demandantes alegan que, aun suponiendo que el artículo 82 CE sea aplicable, la Comisión no aplicó el criterio jurídico correspondiente al concepto de estrechamiento de márgenes.
- 184 En primer término, las demandantes señalan que la Comisión cometió un error de Derecho al aplicar su análisis de estrechamiento de márgenes a un insumo no esencial. Pues bien, esa alegación debe ser desestimada por los motivos expuestos en los apartados 180 a 182 *supra*.
- 185 En segundo término, las demandantes afirman que la Comisión, para demostrar la existencia de un estrechamiento de márgenes, debería haber probado que Telefónica ocupaba también una posición dominante en el mercado minorista. Sin embargo, esa alegación ya ha sido desestimada en el apartado 146 *supra*.
- 186 En tercer término, las demandantes afirman que, con arreglo a la sentencia del Tribunal de 30 de noviembre de 2000, Industrie des poudres sphériques/Comisión (T-5/97, Rec. p. II-3755), apartado 179, sólo puede haber estrechamiento de márgenes si el precio mayorista cobrado a los competidores por el producto ascendente es excesivo o si el precio minorista aplicado por el producto derivado tiene carácter predatorio.
- 187 A este respecto, procede recordar que, a falta de toda justificación objetiva, la compresión de los márgenes puede constituir, en sí misma, un abuso en el sentido del artículo 82 CE. Ahora bien, la compresión de los márgenes resulta de la diferencia entre los precios de las prestaciones mayoristas y minoristas y no del nivel de dichos precios como tales. En particular, dicha compresión puede resultar no solamente de un precio anormalmente bajo en el mercado minorista, sino también de un precio anormalmente elevado en el mercado mayorista (véase, en este sentido, la sentencia Teliasonera, citada en el apartado 146 *supra*, apartados 97 y 98). Por consiguiente, la Comisión no estaba obligada a demostrar en la Decisión impugnada que Telefónica mantenía una política de precios excesivos en el caso de sus productos mayoristas de acceso indirecto o de precios de carácter predatorio en el de sus productos minoristas (véanse, en este sentido, las sentencias de 14 de octubre de 2010, Deutsche Telekom/Comisión, citada en el apartado 170 *supra*, apartado 169, y de 10 de abril de 2008, Deutsche Telekom/Comisión, citada en el apartado 69 *supra*, apartado 167).
- 188 En cuarto término, procede desestimar la alegación de las demandantes de que la Comisión debería haber completado su análisis sobre el carácter abusivo de la conducta de Telefónica basado en el criterio del «competidor igualmente eficiente» con un estudio de los márgenes de los principales operadores alternativos en el mercado español.
- 189 Procede recordar que el Tribunal de Justicia ya ha precisado que el artículo 82 CE prohíbe en particular a una empresa que ocupa una posición dominante llevar a cabo prácticas tarifarias que provoquen la expulsión de sus competidores igualmente eficientes, actuales o potenciales. Así, explota de manera abusiva su posición dominante una empresa que establece una política de precios dirigida a eliminar del mercado a competidores que quizás sean tan eficientes como esa misma empresa, pero que, debido a su menor capacidad económica, no pueden resistir la competencia que se les hace (véase, en este sentido, la sentencia Teliasonera, citada en el apartado 146 *supra*, apartados 39 y 40, y la jurisprudencia citada).

- 190 Pues bien, al objeto de apreciar la licitud de la política de precios aplicada por una empresa que ocupa una posición dominante, es preciso referirse a determinados criterios de precios basados en los costes contraídos por la propia empresa dominante y en la estrategia de ésta (véanse las sentencias de 14 de octubre de 2010, Deutsche Telekom/Comisión, citada en el apartado 170 *supra*, apartado 198, y TeliaSonera, citada en el apartado 146 *supra*, apartado 41, y la jurisprudencia citada; véase también la sentencia de 10 de abril de 2008, Deutsche Telekom/Comisión, citada en el apartado 69 *supra*, apartados 188 a 191).
- 191 En particular, por lo que respecta a una práctica tarifaria que tiene como efecto una compresión de los márgenes, la utilización de tales criterios de análisis permite verificar si dicha empresa habría podido ser suficientemente eficiente para ofrecer sus servicios minoristas a los clientes finales sin recurrir a una venta a pérdida, en el supuesto de que se le hubiera obligado previamente a pagar las prestaciones intermedias a sus propios precios mayoristas (sentencias de 14 de octubre de 2010, Deutsche Telekom/Comisión, citada en el apartado 170 *supra*, apartado 201, y TeliaSonera, citada en el apartado 146 *supra*, apartado 42).
- 192 Dicho enfoque se justifica tanto más cuanto que, por una parte, también se ajusta al principio general de seguridad jurídica, dado que la toma en consideración de los costes de la empresa dominante permite a ésta apreciar la legalidad de su propio comportamiento, de conformidad con la responsabilidad particular que le incumbe con arreglo al artículo 82 CE. En efecto, mientras que una empresa dominante sí conoce sus propios costes y tarifas, no conoce en principio los de sus competidores (sentencias de 14 de octubre de 2010, Deutsche Telekom/Comisión, citada en el apartado 170 *supra*, apartado 202, y TeliaSonera, citada en el apartado 146 *supra*, apartado 44). Por otra parte, un abuso de exclusión afecta también a los competidores potenciales de la empresa dominante, a los que la perspectiva de una falta de rentabilidad podría disuadir de entrar en el mercado.
- 193 Es cierto que de la jurisprudencia resulta también que no cabe excluir que los costes y los precios de los competidores puedan ser pertinentes para examinar la práctica tarifaria controvertida. No obstante, únicamente cuando, habida cuenta de las circunstancias indicadas por el Tribunal de Justicia, no sea posible hacer referencia a los precios y costes de la empresa dominante, procederá examinar los de los competidores que operan en ese mismo mercado (sentencia TeliaSonera, citada en el apartado 146 *supra*, apartados 45 y 46), algo que no han afirmado las demandantes.
- 194 Por consiguiente, la Comisión consideró acertadamente que el criterio adecuado para demostrar el estrechamiento de márgenes consistía en determinar si un competidor con la misma estructura de costes que la del negocio descendente de la empresa verticalmente integrada podría ofrecer servicios en sentido descendente sin incurrir en pérdidas si dicha empresa verticalmente integrada tuviese que pagar el precio de acceso ascendente cobrado a sus competidores, refiriéndose a los costes de Telefónica (considerandos 311 a 315 de la Decisión impugnada), sin efectuar un estudio de los márgenes de los principales operadores alternativos en el mercado español.
- 195 En quinto término, las demandantes destacan que, aun suponiendo que el criterio del «competidor hipotético igualmente eficiente» sea adecuado para demostrar la existencia de una infracción en el presente asunto, el análisis de la Comisión se encuentra viciado por un grave error en la selección de los insumos mayoristas. A su juicio, un competidor igualmente eficiente utilizaría únicamente el bucle local o una combinación óptima de productos mayoristas para desarrollar sus actividades minoristas. Sin embargo, en los apartados 130 y 131 *supra* se ha señalado que no ha quedado demostrado que los operadores alternativos utilizaran, durante el período de la infracción, en cada central, una combinación óptima de productos mayoristas que incluyera el acceso desagregado al bucle local.
- 196 En sexto término, las demandantes sostienen que la teoría de la escalera de la inversión no exige que se pueda acceder a todos los peldaños. Ahora bien, debe desestimarse tal alegación. En efecto, como señala acertadamente la Comisión, el proceso que permite a los operadores alternativos invertir

gradualmente en su propia infraestructura sólo puede constituir una estrategia viable si no existe estrechamiento de márgenes alguno en los diferentes peldaños de la escalera. Pues bien, es probable que el estrechamiento de márgenes impuesto por Telefónica haya retrasado la entrada y el crecimiento de sus competidores y su capacidad para conseguir un nivel suficiente de economías de escala que justifique la realización de inversiones en una infraestructura propia y el uso del acceso desagregado al bucle local (considerando 554 de la Decisión impugnada).

197 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede desestimar el presente motivo.

f) Sobre el quinto motivo, basado en errores de hecho o de apreciación de los hechos y errores de Derecho en lo referente a la conducta presuntamente abusiva de Telefónica y a su supuesta repercusión negativa sobre la competencia

198 Este motivo, formulado a título subsidiario, consta de dos partes. La primera se basa en errores de hecho o de apreciación de los hechos en la aplicación del análisis del estrechamiento de márgenes. La segunda se basa en que la Comisión no demostró suficientemente, con arreglo a Derecho, los efectos probables o concretos de la conducta examinada.

Sobre la primera parte, basada en un conjunto de errores de hecho o de apreciación de los hechos en la aplicación del análisis del estrechamiento de márgenes

199 En esta parte del motivo, las demandantes formulan tres alegaciones. La primera se basa en un error en la selección de los insumos mayoristas; la segunda, en errores y omisiones cometidos en el análisis de los FCD; finalmente, la tercera alegación se basa en errores cometidos en el análisis «período a período».

– Sobre la primera alegación de la primera parte del quinto motivo, basada en un error en la selección de los insumos mayoristas

200 Mediante esta alegación, que se apoya en las consideraciones expuestas en relación con los motivos segundo y cuarto, las demandantes señalan que la Comisión no debía examinar la existencia de un estrechamiento de márgenes para cada producto mayorista por separado, ya que los operadores alternativos utilizaban una combinación óptima de productos mayoristas, incluido el acceso desagregado al bucle local, que les permitía ahorrar costes. En su réplica y en la vista oral, las demandantes alegaron también que, precisamente en virtud del principio del «competidor igualmente eficiente», la Comisión debería haber aplicado el análisis del estrechamiento de márgenes en función de la combinación de productos mayoristas que utilizaban los operadores alternativos.

201 En primer lugar, debe recordarse que el artículo 82 CE prohíbe en particular a una empresa que ocupa una posición dominante en un mercado determinado llevar a cabo prácticas tarifarias que provoquen la expulsión de sus competidores igualmente eficaces, actuales o potenciales (véase el apartado 189 *supra*). A este respecto, el examen de tal posición exige una apreciación de las posibilidades de competencia en el mercado que agrupa al conjunto de productos que, en razón de sus características, son especialmente aptos para satisfacer necesidades permanentes y escasamente sustituibles por otros productos, sirviendo la determinación del mercado de referencia para valorar si la empresa de que se trata tiene la posibilidad de impedir una competencia efectiva en dicho mercado (véase el apartado 111 *supra*). Pues bien, se ha comprobado, por una parte, al examinar el segundo motivo (véanse los apartados 110 a 114 *supra*), que la Comisión consideró acertadamente que el acceso desagregado al bucle local, el producto mayorista nacional y el producto mayorista regional no pertenecían al mismo mercado y, por otra, al examinar el cuarto motivo (véanse los apartados 169 a 197 *supra*), que una compresión de márgenes en un mercado pertinente podía constituir en sí misma un abuso en el sentido del artículo 82 CE.

- 202 Al servir la determinación del mercado de referencia para valorar si la empresa en cuestión tiene la posibilidad de impedir una competencia efectiva en dicho mercado, no pueden afirmar las demandantes, basándose en las consideraciones formuladas en el marco de su segundo motivo, que la utilización de una combinación óptima de productos mayoristas permitiría a los competidores de Telefónica mejorar su rentabilidad: esos productos mayoristas no forman parte del mismo mercado de productos (véanse los apartados 114 a 134 *supra*).
- 203 En segundo lugar, es preciso señalar que la alegación de las demandantes equivaldría a considerar que un operador alternativo podría compensar las pérdidas sufridas como consecuencia del estrechamiento de márgenes en el producto mayorista mediante los ingresos procedentes de la utilización, en determinadas zonas geográficas más rentables, de otros productos de Telefónica que no fuesen objeto de un estrechamiento de márgenes y que perteneciesen a otro mercado, en concreto, el acceso desagregado al bucle local, cuya utilización precisaba, por lo demás, de inversiones considerables y que no estaba, por otra parte, disponible inmediatamente (véanse el apartado 125 *supra* y los considerandos 227, 231, 266 y 562 de la Decisión impugnada), algo que no cabe aceptar.
- 204 Con arreglo a la jurisprudencia, sólo puede garantizarse un sistema de competencia no falseada como el previsto por el Tratado si se asegura la igualdad de oportunidades entre los diferentes agentes económicos. Pues bien, la igualdad de oportunidades implica que Telefónica y sus competidores al menos igual de eficientes se sitúen en pie de igualdad en el mercado minorista. No sucede así si, por una parte, los precios de los productos mayoristas nacional y regional pagados por los operadores alternativos a Telefónica pueden repercutirse en los precios de sus productos minoristas y si, por otra, los operadores alternativos, en vista de los precios de los productos mayoristas nacional y regional de Telefónica, sólo pueden ofrecer dichos productos incurriendo en pérdidas que han de tratar de compensar mediante ingresos procedentes de otros mercados (véanse, en este sentido, la sentencia de 14 de octubre de 2010, Deutsche Telekom/Comisión, citada en el apartado 170 *supra*, apartado 230, y la sentencia de 10 de abril de 2008, Deutsche Telekom/Comisión, citada en el apartado 69 *supra*, apartados 198 y 199, así como la jurisprudencia citada).
- 205 Además, como destacó la Comisión, la alegación de las demandantes basada en la utilización por los operadores alternativos, durante el período de la infracción, en cada central, de una combinación óptima de productos mayoristas que incluía el acceso desagregado al bucle local, contradice la postura que adoptó la propia Telefónica en su respuesta de 22 de septiembre de 2003 a la denuncia de France Telecom, en la que Telefónica afirmó que el análisis de la posible existencia del estrechamiento de márgenes debía hacerse exclusivamente sobre la base del producto mayorista regional.
- 206 En tercer lugar, como se ha destacado en el apartado 131 *supra*, sólo los competidores de Telefónica que dispongan de una red que les permita el acceso desagregado al bucle local pueden utilizar tal combinación óptima, quedando dicha posibilidad excluida en el caso de los competidores potenciales de Telefónica.
- 207 En cuarto lugar, no cabe acoger la afirmación de las demandantes de que un competidor igualmente eficiente que utilizase únicamente el bucle local obtendría beneficios, lo que implica que un competidor igualmente eficiente que utilizase una combinación óptima de insumos también obtendría resultados positivos. Como se señaló en el apartado 125 *supra*, la utilización efectiva del bucle local sólo comenzó, de manera limitada, a finales de 2004 y principios de 2005. Por otra parte, en vista de las inversiones necesarias, los operadores alternativos no empezaron a migrar sus conexiones desde los accesos mayoristas de tipo indirecto hacia accesos desagregados al bucle local hasta el año 2004.
- 208 En quinto lugar, el argumento de las demandantes según el cual una eventual combinación óptima de productos mayoristas impediría que se produjera un estrechamiento de márgenes entra en contradicción con las obligaciones de naturaleza reguladora impuestas por la CMT a Telefónica con el fin de garantizar, en particular, que todas sus ofertas minoristas sean replicables sobre la base de su producto mayorista regional (considerando 114 de la Decisión impugnada).

- 209 En sexto lugar, procede desestimar la alegación de las demandantes que tiene por objeto impugnar la definición de las características de red del competidor igualmente eficiente, según la cual lo único que importa es si un operador alternativo con las economías de escala y los costes de red de Telefónica podía ser rentable o no. Como señaló la Comisión en el considerando 315 de la Decisión impugnada, la aplicación del análisis del competidor igualmente eficiente no implica que los competidores de Telefónica pudieran replicar los activos ascendentes de ésta. Efectivamente, el análisis del estrechamiento de márgenes se aplica respecto a un operador descendente igualmente eficiente, es decir, un operador que utiliza el producto mayorista de la empresa dominante, que compite con ésta en el mercado descendente y cuyos costes en dicho mercado son idénticos a los de la empresa dominante.
- 210 En cualquier caso, no ha quedado demostrado que los operadores alternativos utilizaran, durante el período de la infracción, en cada central, una combinación óptima de productos mayoristas que incluyera el acceso desagregado al bucle local. Así, mientras que TESAU estaba obligada por regulación, desde diciembre de 2000, a permitir que los operadores alternativos alquilasen el par de cobre (considerando 81 de la Decisión impugnada), de los considerandos 102 y 103 de la Decisión impugnada, cuyos datos no han sido rebatidos por las demandantes, se desprende que, hasta el año 2002, France Telecom contrató casi exclusivamente el producto mayorista nacional de Telefónica, que fue sustituido, a finales de ese mismo año, por una oferta mayorista nacional alternativa basada en el producto mayorista regional de Telefónica. Únicamente a partir de febrero de 2005 el número de bucles locales desagregados de France Telecom experimentó un incremento significativo a la par que se producía una disminución en el número de líneas mayoristas nacionales alternativas basadas en el producto mayorista regional de Telefónica. Por otra parte, hasta el último trimestre de 2004, Ya.com contrató exclusivamente el producto mayorista nacional de Telefónica y sólo a partir de julio de 2005, momento en que adquirió Albura, comenzó a utilizar progresivamente el acceso desagregado al bucle local.
- 211 De las consideraciones anteriores resulta que la Comisión no incurrió en un error manifiesto de apreciación al seleccionar los insumos mayoristas para calcular el estrechamiento de márgenes. Por tanto, no puede acogerse la primera alegación de la primera parte del quinto motivo.
- Sobre la segunda alegación de la primera parte del quinto motivo, basada en errores y omisiones cometidos al llevar a cabo el análisis de los FCD
- 212 A través de la presente alegación, las demandantes formulan diversas críticas respecto a la aplicación del análisis de los FCD por parte de la Comisión en el presente asunto (considerandos 350 a 385 de la Decisión impugnada).
- 213 Es preciso señalar, como indicó la Comisión en el considerando 315 de la Decisión impugnada, que el análisis del estrechamiento de márgenes tiene por objeto, en el presente asunto, determinar si un competidor con la misma estructura de costes que la del negocio descendente de la empresa verticalmente integrada puede ser rentable en el mercado descendente teniendo en cuenta los precios mayorista y minorista de dicha empresa. En la Decisión impugnada, la Comisión recordó que, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y a sus propias decisiones en materia de precios abusivos, la rentabilidad de una empresa que ocupa una posición dominante se ha evaluado siempre utilizando el método «período a período», al presentar el método de los FCD algunos defectos cuando se utiliza para calcular un estrechamiento de márgenes (considerandos 331 a 332 de la Decisión impugnada). No obstante, al analizar el estrechamiento de márgenes, la Comisión decidió calcular la rentabilidad de Telefónica con dos métodos, el de «período a período» y el método de los FCD, propuesto por Telefónica, con la finalidad, por una parte, de evitar llegar a la conclusión de la existencia de un estrechamiento de márgenes debido a distorsiones contables derivadas de la falta de madurez del mercado español de banda ancha y, por otra, de asegurarse de que el método propuesto por Telefónica no ponía en entredicho la apreciación de la existencia de un estrechamiento de márgenes resultante del análisis «período a período» (considerando 349 de la Decisión impugnada).

- 214 La Comisión explica también que, en un análisis de los FCD, el valor terminal se calcula para reflejar el hecho de que hay activos clave que continuarán utilizándose incluso una vez finalizado el período de referencia. Así, la inclusión de un valor terminal puede ser necesaria dado que algunos costes no se recuperan completamente durante el período de referencia. Según la Comisión, tanto el valor terminal apropiado que debe incluirse en el cálculo de los FCD como el período de referencia apropiado tienen por objeto establecer una fecha límite pasada la cual la recuperación de las pérdidas ya no se tiene en cuenta en el análisis (considerandos 360 y 361 de la Decisión impugnada). Dado que el método de los FCD permite pérdidas iniciales a corto plazo, pero obliga a su recuperación durante un período razonablemente largo, la Comisión tuvo que determinar el período apropiado de recuperación en el caso de autos (considerando 351 de la Decisión impugnada).
- 215 A este respecto, la Comisión estimó, en el considerando 354 de la Decisión impugnada, que el enfoque más razonable consistía en limitar el período de análisis a la duración de la vida económica de los activos empleados por la empresa en cuestión. En el considerando 359 de la Decisión impugnada, la Comisión estimó que, en el presente asunto, el período apropiado para el análisis de los FCD era el comprendido entre septiembre de 2001 y diciembre de 2006 (cinco años y cuatro meses) y, por otra parte, que este período era favorable a Telefónica porque el margen de su negocio descendente había ido aumentando con el paso del tiempo.
- 216 En primer lugar, la demandantes rechazan el método de cálculo del valor terminal empleado por la Comisión en el análisis de los FCD (considerando 363 de la Decisión impugnada). Alegan que el método de cálculo del valor terminal de los servicios minoristas de banda ancha de la Comisión difiere de los métodos de valoración de empresas aplicados habitualmente. Afirman que el enfoque de la Comisión es incorrecto, en la medida en que, en el caso de autos, se trata de evaluar una empresa que posee activos intangibles complejos. Así, los gastos en los que incurre Telefónica en su negocio minorista de banda ancha permiten potenciar, además de la base de clientes, activos tales como sus marcas, sus relaciones con los clientes, su saber hacer y su capacidad de organización. Pues bien, estos activos tienen una vida económica mucho más larga que los cinco años y cuatro meses tomados en consideración por la Comisión, de modo que el período de referencia debería haberse extendido más allá de diciembre de 2006.
- 217 En primer término, debe desestimarse la alegación de las demandantes de que la extensión del período de referencia en el análisis de los FCD no incrementa el riesgo de incurrir en errores de previsión o de incorporar al análisis recompensas de un comportamiento anticompetitivo.
- 218 Como la Comisión destacó acertadamente en los considerandos 333 y 334 de la Decisión impugnada, dado que el método de los FCD permite compensar las pérdidas iniciales mediante beneficios futuros, se corre el riesgo, efectivamente, bien de que el resultado de la aplicación de este método se base en previsiones no razonables realizadas por la empresa dominante acerca de sus beneficios futuros esperados, lo que puede desembocar en un resultado erróneo, bien de incluir beneficios a largo plazo que serían el resultado de un fortalecimiento del poder de mercado de la empresa dominante.
- 219 A este respecto, deben desestimarse asimismo las alegaciones de las demandantes según las cuales el hecho de reducir el período analizado hace que se subestime el «valor del negocio» de Telefónica e ignora el valor de los activos de Telefónica más allá de 2006.
- 220 Procede considerar que la Comisión no ignoró el valor de los activos de Telefónica más allá de 2006. Al contrario, consideró, acertadamente, que, en el caso de autos, a diferencia de un método que tuviese por objeto valorar una sociedad de cara a su compra o a su venta, no era pertinente determinar si las pérdidas de Telefónica durante el período 2001-2006 podían compensarse con los hipotéticos beneficios futuros de 2007 en adelante. Efectivamente, la Comisión no incurrió en ningún error manifiesto de apreciación al estimar que el negocio descendente de la empresa dominante debía

ser rentable durante un período correspondiente a la vida de sus activos. En caso contrario, la política de precios de Telefónica podría tener un efecto negativo sobre la competencia (considerando 370 de la Decisión impugnada).

- 221 En segundo término, debe desestimarse también la alegación de que la Comisión no da ninguna explicación sobre la duración del período elegido para el análisis de los FCD, lo cual, a juicio de las demandantes, determina que ésta sea arbitraria.
- 222 Ante todo, en los considerandos 351 a 359 de la Decisión impugnada, la Comisión señaló que el planteamiento más razonable consistía en limitar el período de análisis a la vida de los activos empleados por la empresa en cuestión, con lo que todos los beneficios económicos previstos resultantes del uso de esos activos se tendrían en cuenta al evaluar su rentabilidad. Añadió también que un período de cinco años coincidía con la vida económica media de los activos de la red de TESAU necesarios para ofrecer servicios minoristas de ADSL mediante el producto mayorista regional, como se desprende de su plan de negocio inicial, y con la vida media de los activos de los elementos de red de los operadores alternativos, como France Telecom y Auna. Asimismo, la Comisión mencionó que esta duración era mayor que el período de amortización de los costes de captación de abonados de TESAU y que era coherente con el período utilizado por la autoridad reguladora de las telecomunicaciones del Reino Unido. En vista de estos datos, que, en cualquier caso, no permiten a las demandantes afirmar que la Comisión no dio ninguna explicación sobre la duración del período de análisis que utilizó, procede considerar que la duración del período de análisis no se fijó arbitrariamente y que no está viciada por un error manifiesto de apreciación.
- 223 A este respecto, en cuanto a la determinación de la duración del período en el que debía alcanzarse la rentabilidad, las demandantes rechazan la referencia a los planes de negocio de Telefónica, afirmando que el análisis en el que se basa la Comisión [*confidencial*], lo que confirma que las pérdidas detectadas por la Comisión en el período [*confidencial*] se debieron a la falta de madurez del mercado español de banda ancha. No obstante, por una parte, del expediente se desprende que el plan de negocio [*confidencial*] se refiere efectivamente al valor total del conjunto del negocio. Por otra parte, como señala acertadamente la Comisión, la contabilidad de costes y el plan de negocio de Telefónica demuestran, primero, que Telefónica, que había calculado su punto de equilibrio en [*confidencial*] de usuarios finales de ADSL, cifra que se alcanzó [*confidencial*], [*confidencial*]; segundo, que Telefónica previó un punto de equilibrio en términos de beneficios antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones (EBITDA) y de beneficio antes de intereses e impuestos (EBIT) para [*confidencial*], y, por último, que esperaba un valor actualizado neto (en lo sucesivo, «VAN») [*confidencial*] (excluyendo todo valor terminal) para el período [*confidencial*]. Por tanto, la Comisión no incurrió en un error manifiesto de apreciación al estimar que no podía considerarse que las pérdidas detectadas en el período [*confidencial*] se debiesen a la falta de madurez del mercado español de banda ancha.
- 224 En tercer término, las demandantes afirman que no es exacto que la metodología adoptada por la Comisión, que incluye un valor terminal que refleja la vida económica residual de los activos fijos y de los clientes adquiridos, sea más favorable a Telefónica que la usada por Telefónica en su plan de negocio inicial (considerandos 362 y 363 de la Decisión impugnada), ya que en éste Telefónica partió de un horizonte temporal más amplio ([*confidencial*] años). Alegan también que las referidas metodologías no son similares (nota a pie de página nº 810 de la Decisión impugnada), ya que Telefónica estimó que su base de clientes se mantendría constante, y no en descenso. Además, según las demandantes, los planes de empresa de Telefónica, mencionados en el apartado 367 de la Decisión impugnada, son irrelevantes para calcular el valor terminal.
- 225 A este respecto, debe señalarse que las demandantes no precisan, en sus escritos procesales, los motivos por los que su alegación, suponiendo que estuviera bien fundada, podría acarrear la ilegalidad de la Decisión impugnada. Efectivamente, por una parte, aun aceptando la tesis de las demandantes de que la metodología adoptada por la Comisión no sea más favorable a Telefónica que la que ésta utilizó en su plan de negocio inicial o que las metodologías en cuestión no sean similares, de ello no se deriva

que las apreciaciones sobre el valor terminal, recogidas en particular en los considerandos 360 y 362 de la Decisión impugnada, y sobre la determinación del valor terminal al calcular los FCD sean erróneas. Por otra parte, debe señalarse que los planes de empresa de Telefónica se mencionaron en el considerando 367 de la Decisión impugnada con el fin de demostrar que, contrariamente a lo afirmado por Telefónica, el cálculo del valor terminal por parte de la Comisión no carecía de precedentes. Pues bien, aun suponiendo que tal apreciación sea errónea, no supondría la ilegalidad del cálculo del valor terminal que figura en la Decisión impugnada.

- 226 Por otra parte, si el horizonte temporal que Telefónica contempló en su plan de negocio [*confidencial*] era efectivamente de [*confidencial*] años (período [*confidencial*]), como admitió la Comisión en su escrito de contestación a la demanda, procede considerar que la Comisión no incurrió en un error manifiesto al decidir que tal duración era demasiado larga para pronosticar la rentabilidad de un hipotético operador descendente (véanse a este respecto los apartados 216 a 220 *supra*).
- 227 En cualquier caso, hay que destacar que del expediente se desprende que un cálculo del VAN para la actividad minorista correspondiente al período [*confidencial*], realizado con arreglo al mismo método que el empleado por Telefónica en su plan de negocio «Objetivo Verne 2002», [*confidencial*]. No puede acogerse la alegación de las demandantes, formulada durante la vista oral, de que la Comisión no debería haber utilizado las previsiones de Telefónica que figuraban en dicho plan sino que debería haberle pedido sus previsiones actualizadas en la fecha en la que calculó el valor terminal. En efecto, es razonable suponer que tales previsiones, actualizadas en el momento de realización de dicho cálculo, aumentarían el riesgo de incorporar al análisis recompensas de un comportamiento anticompetitivo.
- 228 En segundo lugar, las demandantes alegan que la Comisión podría haber calculado un valor terminal más apropiado, basado en datos de mercado. Por una parte, un enfoque alternativo para evaluar los flujos de caja desde 2006 habría consistido en utilizar información sobre valores de transacción comparables, en aplicación del «método de los múltiplos», cuyo objetivo consiste en evaluar el negocio de una empresa comparándolo con el precio pagado por negocios similares. El empleo de tal método tiene la ventaja, a su juicio, de que no requiere hacer suposición alguna sobre la duración del negocio en cuestión. Por otra parte, la aplicación de múltiplos del EBITDA, en el considerando 377 de la Decisión impugnada, no tiene sentido cuando se trata de empresas con un elevado potencial de crecimiento. En estas circunstancias, además del múltiplo de ventas utilizado por Telefónica en su contestación al pliego de cargos, la Comisión podría haber usado un múltiplo específico del sector.
- 229 Procede considerar que la Comisión estimó válidamente, en el considerando 369 de la Decisión impugnada, que el empleo, en el presente asunto, de un valor terminal que englobase todos los beneficios futuros de la empresa en cuestión al calcular el estrechamiento de márgenes no era razonable ni adecuado.
- 230 En efecto, ante todo, tal enfoque, que toma en consideración todos los beneficios futuros de la empresa en cuestión, no permitiría determinar si, teniendo en cuenta en particular las tarifas abonadas por los operadores alternativos a Telefónica por los productos mayoristas nacional y regional, un operador descendente tan eficiente como Telefónica podría recuperar sus pérdidas iniciales y alcanzar el equilibrio gracias a los beneficios generados por su negocio en el mercado descendente durante un determinado período de referencia. Además, tal método no tendría tampoco en cuenta la duración de la vida media de los activos en cuestión, ni el hecho de que, en un mercado competitivo, un nuevo operador no está en condiciones de contar con todos sus posibles beneficios futuros para compensar las pérdidas iniciales registradas al entrar en el mercado. Por último, como señaló la Comisión en el considerando 334 de la Decisión impugnada, tal enfoque permitiría a una empresa, en su caso, adoptar con éxito una estrategia de estrechamiento de márgenes fijando, en una primera etapa, unos precios capaces de excluir a los competidores pasado un cierto tiempo y procediendo, en una segunda etapa, bien a subir los precios de un modo que le permita, a la larga, recuperar sus pérdidas iniciales, o

bien a mantener esos precios por encima del nivel competitivo, al no haber ninguna entrada o expansión suficientemente significativa de competidores en el mercado en cuestión (véase también el considerando 334 de la Decisión impugnada).

231 En tercer lugar, las demandantes afirman que «la aplicación de una metodología de valoración correcta y basada en cifras de mercado para calcular el valor terminal habría demostrado que un competidor hipotético, igualmente eficiente que Telefónica, habría sido rentable». No obstante, no se explica en modo alguno tal alegación, ni se desarrolla en los escritos procesales, remitiéndose las demandantes globalmente a diez páginas de un estudio económico que se adjunta como anexo. Por tanto, a la vista de los apartados 58 a 63 *supra*, debe ser desestimada.

232 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede desestimar la segunda alegación de la primera parte del quinto motivo.

– Sobre la tercera alegación de la primera parte del quinto motivo, basada en errores cometidos en el análisis «período a período»

233 Mediante la presente alegación, las demandantes formulan diversas críticas en relación con el análisis «período a período» realizado por la Comisión.

234 En primer lugar, las demandantes afirman que la Comisión no estimó correctamente los LRAIC de comercialización.

235 Con carácter preliminar, debe recordarse que, en la Decisión impugnada, la Comisión declaró que los costes incrementales de comercialización constituían una partida de los costes de captación de abonados de Telefónica (considerandos 458 a 463 de la Decisión impugnada) que no sólo incluye los incentivos y las comisiones (excluidos los salarios) concedidos a la red de ventas de Telefónica por cada nuevo abonado, sino también el desarrollo de la estructura comercial de Telefónica, puesto que tal expansión fue posible gracias a su actividad de banda ancha.

236 En cuanto a la estimación de los costes de comercialización, la Comisión afirmó, en los considerandos 464 a 473 de la Decisión impugnada, que Telefónica había infravalorado los LRAIC porque ésta había incluido únicamente los incentivos y comisiones concedidos a la red de ventas por cada nuevo abonado, excluyendo todo coste relacionado con la estructura comercial de la compañía. Según la Comisión, aunque la estructura comercial de Telefónica forme parte de sus costes comunes, no puede afirmarse que ésta tendría el mismo tamaño (en cuanto a número de empleados) si la empresa no ofreciese servicios minoristas de banda ancha (considerandos 465 a 470 de la Decisión impugnada). En el considerando 472 de la Decisión impugnada, la Comisión afirma que, si bien es cierto que una estimación razonable del coste incremental de comercialización podría basarse en la dedicación efectiva del personal de ventas de Telefónica a la comercialización de servicios minoristas de banda ancha, en el presente asunto, Telefónica, respecto al volumen de negocio de cada una de sus actividades, subestima claramente el coste incremental de la actividad minorista de banda ancha, lo que ya criticó la CMT. Por consiguiente, la Comisión concluye, en el considerando 473 de la Decisión impugnada, que, en el presente asunto, en vista de la información facilitada por Telefónica y del hecho de que no existe ningún estudio —pese a haberlo pedido la CMT— que analice la dedicación del personal de ventas a cada una de las actividades minoristas de la compañía, debía utilizarse la asignación de los costes de comercialización en proporción al volumen de negocios como una aproximación de los LRAIC, asignación de costes que beneficia a la compañía.

237 En primer término, debe desestimarse la alegación de las demandantes de que la Comisión no debería haber calculado los LRAIC de comercialización con arreglo a los datos contables de Telefónica, sino que debería haber utilizado fuentes de datos alternativas, como los cuadros de mando de Telefónica.

- 238 Como se desprende de los considerandos 319 y 320 de la Decisión impugnada, el coste incremental a largo plazo de un producto corresponde a los costes específicos del producto soportados a largo plazo por la empresa asociados al volumen total de producción del mismo y, por tanto, a los costes que la empresa se habría ahorrado a largo plazo si hubiese decidido no suministrar ese producto. Así, la Comisión señaló que el coste incremental a largo plazo del producto no sólo debía incluir todos los costes fijos y variables asociados directamente a la fabricación del producto en cuestión, sino también una parte de los costes comunes vinculados a dicha actividad. Las demandantes no niegan tal afirmación. De ello se desprende que los LRAIC correctamente calculados deben incluir una parte de los costes asociados a la estructura comercial de Telefónica que la sociedad se habría ahorrado a largo plazo si no hubiese suministrado los servicios minoristas de banda ancha.
- 239 Pues bien, las demandantes no niegan que la estimación de los LRAIC de comercialización, tal como figuran en el análisis de pérdidas y de beneficios de la actividad minorista (Economics ADSL) (considerando 407 de la Decisión impugnada) y en el cuadro de mando (ADSL Scorecard) del negocio de banda ancha (considerandos 408 a 410 de la Decisión impugnada), sólo incluye como costes de comercialización [*confidencial*], infravalorando de este modo los LRAIC del producto minorista de banda ancha de Telefónica. Si bien es cierto que las demandantes afirman que [*confidencial*], debe señalarse que éstos [*confidencial*], de modo que la Comisión consideró acertadamente que se habían infravalorado los LRAIC del producto minorista de banda ancha de Telefónica.
- 240 En segundo término, como señala acertadamente la Comisión, el enfoque de las demandantes no se sostiene en el presente asunto, dado que equivale a considerar que los delegados de ventas no dedican parte de su tiempo a la comercialización de los productos minoristas de banda ancha de Telefónica. Por otra parte, en un escrito de 1 de abril de 2005 dirigido a la Comisión, que se cita en la nota a pie de página nº 472 de la Decisión impugnada, la propia Telefónica reconoció que era «evidente que el gasto en incentivos no [agotaba] el apartado designado como “costes de comercialización”» y que «[debían] añadirse todos los [costes] derivados de la estructura comercial de TESAU (es decir, gastos de personal distinto del afectado directamente a la venta y costes de inmovilizado, estructura y soporte) en lo imputable a la oferta minorista de ADSL».
- 241 A este respecto, procede desestimar las alegaciones de las demandantes según las cuales, por una parte, la estructura comercial de Telefónica se mantuvo estable desde la entrada de la empresa en el mercado minorista de banda ancha y, por otra, la plantilla de Telefónica representaba un coste fijo, difícilmente ajustable debido a la rigidez del mercado laboral.
- 242 Efectivamente, como indicó la Comisión en el considerando 468 de la Decisión impugnada, el hecho de que Telefónica no haya aumentado su personal comercial desde 1999 no implica que una parte de la estructura comercial de Telefónica no sea directamente imputable a la actividad minorista de banda ancha de la sociedad. Como señaló la Comisión en el considerando 469 de la Decisión impugnada, con independencia de la supuesta rigidez del mercado laboral en España, es probable que la dimensión de la estructura comercial de Telefónica no se hubiese mantenido si la empresa no hubiese ofrecido sus productos minoristas de banda ancha, al haber disminuido los ingresos generados por sus servicios tradicionales (acceso y tráfico de voz) entre 2002 y 2006 (considerando 466 de la Decisión impugnada). Por otra parte, debe tenerse en cuenta, igual que hace la Comisión (considerando 466 de la Decisión impugnada, *in fine*), que el personal de ventas de TESAU está dedicado principalmente al desarrollo de su actividad de banda ancha, algo que las demandantes no niegan. Así, la propia Telefónica estimó que el crecimiento del grupo se vería impulsado por la banda ancha. Además, los ingresos generados por los servicios de banda ancha aumentaron considerablemente entre 2002 y 2006, mientras que los ingresos generados por las actividades tradicionales disminuyeron durante ese mismo período (considerandos 466 y 467 de la Decisión impugnada).

- 243 Por otra parte, del expediente se desprende que, entre 1999 y 2006, Telefónica redujo de forma significativa el número de sus empleados (habiendo reducido la propia Telefónica su plantilla entre 2003 y 2007 en unos catorce mil empleados), conservando al mismo tiempo una plantilla comercial relativamente estable, y que el porcentaje del personal asignado a funciones comerciales pasó del [confidencial] en 2001 al [confidencial] de su plantilla en 2006.
- 244 Dado que no existía una estimación fiable de la dedicación efectiva del equipo de ventas de Telefónica a la comercialización de productos minoristas de banda ancha, en términos de coste total asignado a la referida comercialización en proporción al tiempo dedicado por el personal de ventas a dichos productos (considerandos 472 y 473 de la Decisión impugnada), la Comisión no se excedió de su margen de apreciación al considerar una aproximación razonable de los LRAIC de comercialización la parte de los costes que la propia Telefónica, en su contabilidad de 2005, imputaba al negocio minorista ADSL [confidencial]. Es preciso señalar a este respecto que la CMT había considerado inadecuada la regla de asignación utilizada por Telefónica hasta 2004 ya que no se basaba en la asignación del coste total de comercialización en proporción al tiempo dedicado por el personal comercial a los productos minoristas de banda ancha.
- 245 En segundo lugar, las demandantes alegan que la Comisión subestimó la duración de la vida media de la clientela de Telefónica.
- 246 Es preciso recordar, con carácter preliminar, que, en la Decisión impugnada, la Comisión indicó que se habían efectuado algunos ajustes en los costes de Telefónica para que el análisis de la compresión de márgenes proporcionase una medida adecuada del equilibrio económico de los servicios minoristas de ADSL de Telefónica. También indicó que, en el mercado minorista, los costes de captación de nuevos clientes constituían una parte significativa de los gastos que se amortiza rápidamente y que genera beneficios adicionales a largo plazo. Por consiguiente, la Comisión efectuó ajustes en las cuentas de Telefónica, amortizando los costes de captación de nuevos abonados durante un período adecuado (considerando 474 de la Decisión impugnada). En la Decisión impugnada, la Comisión estimó, a este respecto, que el período apropiado para amortizar los costes de captación de los clientes de Telefónica, a los efectos del presente asunto, era de [confidencial] años, que se corresponde con el período máximo utilizado por las autoridades nacionales de competencia y las ANR, incluida la CMT, y que era más largo que el previsto por Telefónica para recuperar sus costes en su plan de negocio inicial. Por tanto, la Comisión no utilizó la vida media de la clientela de Telefónica propuesta por esta última, por las razones expuestas en los considerandos 476 a 485 de la Decisión impugnada.
- 247 En primer término, las demandantes alegan que la Comisión no explica por qué el período de amortización aplicado por algunas ANR y autoridades de competencia es más pertinente que las estimaciones recogidas en la Decisión de la Comisión de 16 de julio de 2003 (asunto COMP/38.233 — Wanadoo Interactive), teniendo en cuenta que el período máximo utilizado por algunas autoridades nacionales, en concreto la autoridad francesa, es de [confidencial] años sobre la base de la vida media de los abonados (considerando 488 de la Decisión impugnada). Sin embargo, debe desestimarse tal alegación, dado que la Comisión explicó claramente los motivos de esta elección en los considerandos 486 a 489 de la Decisión impugnada.
- 248 En segundo término, según las demandantes, la Comisión no analiza adecuadamente los planes de negocio de Telefónica ya que tal análisis pondría de manifiesto que las hipótesis subyacentes a dichos planes de negocio se basan en estimaciones del valor generado por [confidencial]. Preguntadas en la vista oral acerca del alcance y el sentido de esta afirmación, las demandantes declararon, en esencia, que la Comisión se basó en una mala interpretación de los planes de negocio de Telefónica para no emplear la vida media real de los abonados de Telefónica, que, según ella, es de [confidencial]. No obstante, no debe entenderse que su alegación tenga por objeto fijar una vida media de los abonados de Telefónica de [confidencial] años.

- 249 A este respecto, procede desestimar la alegación de las demandantes, dado que se basa en una premisa errónea. Como se desprende de los considerandos 477 a 489 de la Decisión impugnada, la Comisión rechazó los datos relativos a la vida media real de los clientes de Telefónica debido a que, primero, es probable que la vida media de los abonados de Telefónica fuese superior a la que debería ser en un mercado competitivo; segundo, la duración propuesta por Telefónica estaba en contradicción con sus propias afirmaciones de que el mercado minorista se caracterizaba por costes relativamente bajos para cambiar de proveedor y de que la tasa de renovación de sus abonados («churn rate») era del [confidencial] % al mes, lo que corresponde a una vida de [confidencial] años; tercero, la fórmula de Telefónica no podía aplicarse en un mercado en crecimiento, y, cuarto, el período tomado en consideración por la Comisión correspondía al período máximo utilizado por las autoridades nacionales de competencia. Así, la Comisión no se basó en los planes de negocio de Telefónica para rechazar la vida media propuesta por ésta, sino que se limitó a afirmar, en el considerando 489 de la Decisión impugnada, que el período de amortización elegido *in fine* era [confidencial] al que figuraba en dichos planes y, por consiguiente, más favorable a Telefónica.
- 250 En tercer término, las demandantes afirman que la hipótesis de la Comisión no se corresponde con la realidad del comportamiento de los clientes de Telefónica, siendo la duración media de los abonos de Telefónica superior a [confidencial]. A este respecto, las demandantes se limitan a afirmar que la aplicación de técnicas estadísticas estándar para estimar la vida media de la clientela permite obtener una cifra superior a [confidencial]. No obstante, tal argumento ni se explica ni se desarrolla de ningún modo en los escritos procesales, y es objeto de una remisión global a diez páginas de un estudio económico que se adjunta como anexo. Por tanto, debe ser desestimado.
- 251 En cuarto término, las demandantes alegan que la Comisión habría podido optar por aplicar otro criterio de amortización. Ahora bien, se limitan a sugerir una posibilidad, lo cual no basta para considerar que la Comisión incurrió en un error manifiesto de apreciación al elegir los criterios de amortización. Por tanto, esta alegación debe ser desestimada.
- 252 En tercer lugar, las demandantes afirman que la Comisión sobrevalora los costes de red.
- 253 En primer término, las demandantes alegan que la Comisión calculó erróneamente el valor neto contable de la inversión, lo cual repercutió en el cálculo del coste de capital de la red IP de Telefónica. La Comisión, en su escrito de contestación a la demanda, reconoció el error de cálculo alegado por Telefónica. No obstante, afirma que dicho error no afecta en nada a los resultados del cálculo del estrechamiento de márgenes en el caso del producto mayorista nacional; que no modifica en nada los resultados del análisis de los FCD, y que, en el análisis «período a período», sólo ha tenido un impacto limitado que no afecta a la conclusión de la existencia de un estrechamiento de márgenes en el caso del producto mayorista regional. En su escrito de réplica, las demandantes ya no formularon alegaciones acerca del cálculo por parte de la Comisión del valor neto contable de la inversión. Además, durante la vista oral confirmaron que la corrección del error de la Comisión no tenía incidencia sobre el resultado del recurso. Por tanto, ya no procede examinar esta alegación.
- 254 En segundo término, las demandantes señalan que la Comisión aplicó un coste medio ponderado del capital (en lo sucesivo, «WACC») excesivo y constante durante todo el período examinado.
- 255 Es preciso recordar que el coste de capital es el precio estimado que la empresa debe pagar por ampliar el capital empleado, que refleja asimismo el rendimiento esperado por los inversores para invertir en las actividades de la empresa (considerando 383 de la Decisión impugnada). En el considerando 447 de la Decisión impugnada, la Comisión puntualiza que el coste de capital se calculó con el WACC utilizado por la CMT al regular el negocio de banda ancha de TESAU y propuesto por la propia Telefónica, quien afirmó que los costes del sector ADSL presentaban más riesgo que otros sectores. Por tanto, en la Decisión impugnada, el WACC se fijó en [confidencial] %. Este WACC es también el que utilizó Telefónica en su contestación al pliego de cargos (considerandos 384, 385, 447 y 451 de la Decisión impugnada).

- 256 Ante todo, las demandantes afirman, esencialmente, que el WACC oficial aprobado por la CMT nunca superó [confidencial] %. Además, el WACC medio empleado por Telefónica en su plan de negocio para el período 2002-2011 fue del [confidencial] %. No obstante, no pueden acogerse tales alegaciones, al haber explicado la Comisión en sus escritos procesales, sin ser contradicha en este extremo por las demandantes, que el WACC al que se refiere Telefónica corresponde a un WACC medio, calculado no sólo para los negocios mayorista y minorista de banda ancha de Telefónica, sino también para sus actividades de telefonía fija. Además, del expediente se desprende que la propia Telefónica considera que el WACC para el negocio minorista de banda ancha es mucho más elevado ([confidencial] %) que el WACC medio para la actividad de Telefónica en su conjunto. Del mismo modo, procede desestimar la alegación de las demandantes de que las tasas de remuneración del capital aprobadas por los organismos reguladores o por los analistas al valorar empresas dedicadas al suministro de servicios de banda ancha no alcanzan el nivel de la tasa aplicada por la Comisión en la Decisión impugnada, al no referirse específicamente dichas tasas de remuneración a los negocios mayorista y minorista de banda ancha de las citadas empresas.
- 257 Por otra parte, según las demandantes, la CMT nunca reconoció a Telefónica una tasa de remuneración superior para el mercado de banda ancha que para las otras actividades. Tampoco puede acogerse tal argumento. Efectivamente, el WACC empleado en la Decisión impugnada, que fue utilizado por la CMT en su modelo «retail minus», es el WACC para la actividad de banda ancha descendente de TESAU, extremo que fue confirmado por la CMT en respuesta a una solicitud de información de la Comisión de 18 de noviembre de 2004. De esta contestación se desprende que la CMT estableció una distinción entre, por una parte, el WACC utilizado al calcular el precio del servicio de acceso indirecto orientado a costes (del [confidencial] %) y, por otra parte, el WACC empleado para calcular los precios mayoristas fijados con arreglo al modelo «retail minus» (del [confidencial] %). Además, las demandantes admiten que la propia Telefónica utilizó un WACC del [confidencial] % en su contestación al pliego de cargos.
- 258 Por último, las demandantes afirman que sus alegaciones acerca del WACC formuladas en la oferta de acceso al bucle de abonado de 2002 no justifican su utilización durante todo el período examinado, dado que dicha oferta se realizó en un momento en el que Telefónica estaba efectuando cuantiosas inversiones en un contexto de máxima incertidumbre tecnológica y de demanda de desarrollo del mercado de banda ancha. No obstante, como señala la Comisión, sin haber sido contradicha en este extremo por las demandantes durante la vista oral, cuando Telefónica realizó dicha oferta en 2002, su negocio de banda ancha ya era rentable.
- 259 En cuarto lugar, las demandantes afirman que la Comisión contabiliza dos veces varias partidas de costes [en concreto, los costes no recurrentes de la plataforma PSI (proveedores de servicios de Internet) y los costes de los estudios de mercado ADSL] y que las partidas de costes son, con frecuencia, incoherentes a lo largo del tiempo.
- 260 Por una parte, en cuanto a la doble contabilización de ciertas partidas de costes, las demandantes afirman que los costes de captación de la plataforma PSI que se incluyen en el cuadro 29 de la Decisión impugnada ya figuran en la partida correspondiente a los costes recurrentes de dicha plataforma, incluidos en el cuadro 27 de la Decisión impugnada. Además, los costes que figuran en la partida «Seguimiento del mercado» se contabilizaron, según ellas, dos veces.
- 261 A este respecto, es preciso señalar que los datos controvertidos, que figuran en los cuadros 27 y 29 de la Decisión impugnada, son acordes con los datos que las propias demandantes comunicaron a la Comisión en su contestación al pliego de cargos.
- 262 Por lo demás, hay que señalar que, en su escrito de demanda, las demandantes se limitan a indicar que la Comisión estima erróneamente los costes de Telefónica al haber recurrido a fuentes incoherentes, y se remiten a cuatro páginas de un anexo. En su escrito de réplica consideran que sólo les cabe remitirse a las explicaciones sobre costes incluidas en la demanda y se refieren también a tres páginas

de un anexo de ésta. Debe destacarse que, en sus escritos procesales, las demandantes no proporcionan explicación alguna acerca de esta supuesta doble contabilización. Por su parte, la Comisión explica que los costes que aparecen en el cuadro 27 son recurrentes, mientras que los que figuran en el cuadro 29 son no recurrentes. Preguntadas a este respecto durante la vista oral, las demandantes afirmaron que la Comisión utilizó datos procedentes de los cuadros de mando de Telefónica, que no hacen distinción alguna entre los costes recurrentes y no recurrentes controvertidos. No obstante, los escritos que constan en los autos del Tribunal a los que las demandantes se refirieron expresamente durante la vista oral en apoyo de su declaración proceden del documento «Economics ADSL», que es el análisis de pérdidas y beneficios de su actividad minorista efectuado por Telefónica. Pues bien, del considerando 407 de la Decisión impugnada, cuyo contenido no rebaten las demandantes, se desprende expresamente que el citado documento es un análisis «basado en [la] propia evaluación [de Telefónica] de los costes incrementales relativos a sus costes no de red (costes de captación de abonados y costes recurrentes de PSI)» y que, por tanto, los costes de la plataforma PSI que figuraban en dicho estudio no incluyen los costes no recurrentes. Respecto a la supuesta doble contabilización de los costes recurrentes de «seguimiento del mercado» —que aparecen en el cuadro 27 de la Decisión impugnada y que están ya incluidos, a juicio de las demandantes, en «otros costes de producción», que figuran en ese mismo cuadro—, debe hacerse constar que esta alegación de las demandantes carece totalmente de apoyo probatorio y, por consiguiente, no puede prosperar.

263 Por otra parte, en cuanto a la alegación de que las partidas de costes son incoherentes a lo largo del tiempo, debe señalarse que Telefónica no reveló sus costes unitarios para 2001, a pesar de las peticiones de la Comisión en este sentido (nota a pie de página nº 464 de la Decisión impugnada). Por consiguiente, la Comisión no incurrió en error manifiesto de apreciación alguno al determinar los costes de Telefónica para 2001 a partir de los datos contables que obraban en su poder o, en su defecto, con arreglo a las estimaciones que figuraban, bien en el documento titulado «Economics ADSL», bien en los cuadros de mando de la interesada. Además, las demandantes no impugnaron este enfoque en la contestación al pliego de cargos o en la carta factual. Por tanto, su alegación no puede ser acogida.

264 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, debe desestimarse íntegramente la tercera alegación de la primera parte del quinto motivo, sin que proceda pronunciarse sobre la incidencia de los errores alegados en el cálculo del estrechamiento de márgenes.

265 Por consiguiente, procede desestimar la primera parte del quinto motivo en su totalidad.

Sobre la segunda parte del quinto motivo, basada en que la Comisión no demostró suficientemente, con arreglo a Derecho, los efectos probables o concretos de la conducta examinada

266 En esta parte del motivo, las demandantes alegan que la Comisión no demostró suficientemente, con arreglo a Derecho, los efectos probables o concretos de la conducta de Telefónica.

267 Según la jurisprudencia citada en el apartado 170 *supra*, al prohibir la explotación abusiva de una posición dominante, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, el artículo 82 CE tiene por objeto las conductas de una empresa en posición dominante que, en un mercado donde la competencia está ya debilitada, en razón precisamente de la presencia de la empresa en cuestión, tienen por efecto impedir, por medios distintos de los que rigen una normal competencia entre productos o servicios sobre la base de las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del grado de competencia que aún existe en el mercado o su desarrollo.

268 El efecto al que se refiere la jurisprudencia citada en el apartado anterior no se refiere necesariamente al efecto concreto de la conducta abusiva denunciada. Para poder demostrar la existencia de una infracción del artículo 82 CE, basta con demostrar que el comportamiento abusivo de la empresa que ocupa una posición dominante tiene por objeto restringir la competencia o, en otros términos, que el

comportamiento puede tener dicho efecto (sentencias del Tribunal de 30 de septiembre de 2003, Michelin/Comisión, T-203/01, Rec. p. II-4071, apartado 239; de 17 de diciembre de 2003, British Airways/Comisión, T-219/99, Rec. p. II-5917, apartado 293, y Microsoft/Comisión, citada en el apartado 58 *supra*, apartado 867). Así pues, debe existir el efecto contrario a la competencia de la práctica tarifaria en cuestión en el mercado, si bien éste no tiene que ser necesariamente concreto, siendo suficiente que se demuestre un potencial efecto contrario a la competencia que sea de naturaleza tal que expulse a los competidores al menos igual de eficientes que la empresa que se encuentra en una posición dominante (sentencia TeliaSonera, citada en el apartado 146 *supra*, apartado 64).

- 269 De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta igualmente que, a fin de determinar si la empresa que ocupa una posición dominante ha explotado de manera abusiva esta posición mediante la aplicación de sus prácticas tarifarias, procede apreciar el conjunto de circunstancias y examinar si dicha práctica pretende privar al comprador de la posibilidad de elegir sus fuentes de abastecimiento —o, al menos, limitar dicha posibilidad—, impedir el acceso al mercado de los competidores, aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva, o reforzar su posición dominante mediante la distorsión de la competencia (véanse las sentencias de 14 de octubre de 2010, Deutsche Telekom/Comisión, citada en el apartado 170 *supra*, apartado 175, y TeliaSonera, citada en el apartado 146 *supra*, apartado 28, y la jurisprudencia citada).
- 270 De este modo, dado que el artículo 82 CE no se refiere únicamente a las prácticas que pueden causar un perjuicio inmediato a los consumidores, sino también a las que les perjudican impidiendo el juego de la competencia, recae sobre la empresa que ocupa una posición dominante una responsabilidad especial de no impedir con su comportamiento el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común (véase la sentencia de 14 de octubre de 2010, Deutsche Telekom/Comisión, citada en el apartado 170 *supra*, apartado 176, y la jurisprudencia citada).
- 271 De ello se deduce que el artículo 82 CE prohíbe, en particular, a una empresa en posición dominante llevar a cabo prácticas tarifarias que provoquen la expulsión de sus competidores igualmente eficientes, actuales o potenciales, es decir, prácticas que pueden dificultar o imposibilitar el acceso al mercado de éstos, así como dificultar o imposibilitar, para sus otras partes contratantes, la elección entre varias fuentes de aprovisionamiento o socios comerciales, reforzando de ese modo su posición, recurriendo a medios distintos de los que rigen una competencia basada en los méritos. Así pues, desde esta perspectiva, no toda competencia a través de los precios puede considerarse legítima (véanse la sentencia de 14 de octubre de 2010, Deutsche Telekom/Comisión, citada en el apartado 170 *supra*, apartado 177, y la jurisprudencia citada).
- 272 En primer lugar, habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede desestimar la alegación de las demandantes de que, dado el tiempo transcurrido entre el inicio de la conducta investigada y la adopción de la Decisión impugnada, no era adecuado llevar a cabo un análisis acerca de los efectos probables, al haber dispuesto la Comisión del tiempo necesario para verificar la existencia real de los supuestos efectos anticompetitivos vinculados a la conducta investigada. Por lo demás, tal argumento no encuentra apoyo alguno en la jurisprudencia.
- 273 En segundo lugar, debe desestimarse la alegación de las demandantes basada en la sentencia del Tribunal General de 25 de octubre de 2002, Tetra Laval/Comisión (T-5/02, Rec. p. II-4381), apartado 153, según la cual, aun basándose en un análisis de los efectos probables, la Comisión debería haber demostrado que la conducta de Telefónica habría tenido, «con toda probabilidad», efectos negativos sobre la competencia y sobre los consumidores. Efectivamente, la citada sentencia se dictó en un asunto en materia de control de concentraciones en la que el Tribunal consideró que la Comisión, al realizar un análisis prospectivo, estaba obligada a prohibir una operación de concentración de tipo conglomerado, si «los efectos de conglomerado constatados le [permitían] concluir que, con toda probabilidad, en un futuro relativamente próximo se crearía o se reforzaría una

posición dominante, que tendría como consecuencia obstaculizar significativamente la competencia efectiva en el mercado afectado». Como señaló el Tribunal de Justicia en su sentencia Comisión/Tetra Laval, citada en el apartado 71 *supra*, apartados 42 y 43, un análisis prospectivo de la creación o del reforzamiento de una posición dominante, como el que resulta necesario en materia de control de las concentraciones, requiere ser efectuado con gran atención, puesto que no se trata de examinar hechos del pasado, respecto a los cuales se dispone con frecuencia de numerosos datos que permiten comprender sus causas. Pues bien, tal situación no es comparable al caso de autos.

274 En tercer lugar, teniendo en cuenta la jurisprudencia citada en el apartado 268 *supra*, procede examinar la alegación de las demandantes de que las afirmaciones de la Comisión sobre los efectos probables de la conducta de Telefónica son puramente teóricas y no han quedado acreditadas.

275 A este respecto, debe señalarse que los efectos probables de la conducta de Telefónica se examinaron en los considerandos 545 a 563 de la Decisión impugnada. Por una parte, la Comisión hizo constar en los citados considerandos que era probable que la conducta de Telefónica hubiese limitado la capacidad de los operadores de ADSL de crecer sosteniblemente en el mercado minorista. Para respaldar esta conclusión hizo referencia, ante todo, al hecho de que los operadores de ADSL tuviesen que ofrecer precios por debajo de los precios minoristas de Telefónica para captar clientes. Destacó que esto dio como resultado pérdidas no recuperables en un período de tiempo razonable en un mercado competitivo (considerando 546 de la Decisión impugnada). A estos efectos, se basó, en particular, en las apreciaciones realizadas en los considerandos 251 a 253 de la Decisión impugnada. A continuación, en referencia a las apreciaciones efectuadas en los considerandos 223 a 242 de la Decisión impugnada, consideró en particular que los competidores en el mercado minorista del ADSL no disponían de un insumo alternativo viable. Se refirió con ello a la relación de dependencia de los operadores alternativos respecto a los productos mayoristas de Telefónica (considerandos 547 y 548 de la Decisión impugnada). Por consiguiente, consideró que era probable que la conducta de Telefónica hubiese dificultado a los operadores igualmente eficientes el mantenimiento de una presencia continua en el mercado y que Telefónica hubiese estado en condiciones, mediante su conducta, de obligar a los operadores alternativos a buscar un equilibrio entre rentabilidad y crecimiento de su cuota de mercado, limitando así la presión competitiva ejercida sobre ella (considerandos 549 a 552 de la Decisión impugnada). Por otra parte, la Comisión consideró que era probable que la conducta de Telefónica hubiese perjudicado a los consumidores finales, dado que la competencia que el estrechamiento de márgenes restringió podría haber hecho bajar los precios minoristas (considerandos 556 a 559 de la Decisión impugnada).

276 Las apreciaciones de la Comisión realizadas en los considerandos 545 a 563 de la Decisión impugnada no pueden considerarse «puramente teóricas» o insuficientemente acreditadas. Al contrario, demuestran suficientemente, con arreglo a Derecho, las posibles trabas que las prácticas tarifarias de Telefónica pudieron ocasionar y que afectaron al grado de competencia en el mercado minorista. Así pues, la Comisión no incurrió en error manifiesto de apreciación alguno al concluir que era probable que la conducta de Telefónica hubiese reforzado las barreras a la entrada y a la expansión en dicho mercado y que, de no haber existido las distorsiones resultantes del estrechamiento de márgenes, la competencia hubiese sido más intensa en el mercado minorista, de lo que se habrían beneficiado los consumidores en términos de precio, de elección y de innovación.

277 Las alegaciones formuladas por las demandantes, dirigidas a rebatir esta conclusión, no pueden prosperar.

278 Así, debe desestimarse la alegación de las demandantes de que el análisis del estrechamiento de márgenes realizado por la Comisión no tiene en cuenta los criterios que determinan las decisiones estratégicas de los operadores alternativos en el mercado minorista.

- 279 Por una parte, en cuanto al argumento de que un competidor tan eficiente como Telefónica no adoptaría sus decisiones estratégicas en función únicamente de la duración de la vida económica de sus activos, sino también en función del tiempo necesario para rentabilizar la inversión en nuevas infraestructuras y captar clientes, hay que señalar, en línea con lo sostenido por la Comisión, que la prueba del efecto contrario a la competencia del abuso se basa en gran medida en la tendencia en la práctica a incrementar los costes de entrada de los competidores y a retrasar sus perspectivas de rentabilidad, dificultando precisamente la formación de una base de clientes propia que permita justificar el desarrollo de su propia infraestructura. Pues bien, tal situación influyó necesariamente en las decisiones estratégicas, la conducta en el mercado y los resultados de los competidores de Telefónica y de los nuevos operadores potenciales.
- 280 Por otra parte, deben descartarse las alegaciones de las demandantes dirigidas a demostrar que el análisis de la Comisión ignora que los competidores tuvieron acceso a estrategias competitivas como la de entrar en el mercado minorista mediante infraestructuras propias o mediante una combinación de sus propias infraestructuras y las de Telefónica, o la de competir agresivamente, permitiéndoles subir poco a poco la escalera de la inversión. Primero, en cuanto al argumento de las demandantes de que un operador alternativo optimizaría sus inversiones desplegando su infraestructura únicamente en las zonas geográficas rentables, hay que considerar que, en semejante supuesto, tal operador estaría obligado a sufragar las pérdidas en determinadas zonas geográficas del territorio español con los ingresos obtenidos en otras. Segundo, también debe desestimarse el argumento de que las inversiones realizadas por los operadores alternativos en sus propias redes no son tan cuantiosas, en la medida en que los interesados utilizan una combinación óptima de productos mayoristas. Como se ha recordado en el apartado 117 *supra*, el desarrollo de infraestructuras propias implica costes considerables. Por lo demás, como se ha señalado en el apartado 130 *supra*, no se ha acreditado la utilización de una combinación óptima de productos mayoristas. Por último, debe desestimarse, por las razones expuestas en el apartado 196 *supra*, el argumento de que la teoría de la escalera de la inversión no exige que se pueda acceder a todos los peldaños.
- 281 Además, procede desestimar la alegación de que la Comisión ignoró, en la Decisión impugnada, la presión competitiva de los operadores de cable en el mercado minorista. La Comisión examinó este fenómeno, no sólo en la sección de la Decisión impugnada relativa a los efectos probables de la conducta de Telefónica (considerandos 559 y 560 de la Decisión impugnada), sino también en los considerandos 268 a 276 de dicha Decisión relativos a la definición del mercado minorista.
- 282 Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede declarar que, en los considerandos 545 a 563 de la Decisión impugnada, la Comisión demostró suficientemente, con arreglo a Derecho, la existencia de las posibles trabas que las prácticas tarifarias de Telefónica pudieron ocasionar y que afectaron al desarrollo de la oferta en el mercado minorista y, por consiguiente, al grado de competencia en su seno.
- 283 Dado que para poder demostrar la existencia de una infracción del artículo 82 CE basta con demostrar que el comportamiento abusivo tiende a restringir la competencia (véase el apartado 268 *supra*) y que, según reiterada jurisprudencia, en la medida en que determinados motivos de una decisión puedan, por sí mismos, justificarla suficientemente, con arreglo a Derecho, los vicios de los que pudieran adolecer otros motivos de dicho acto carecen en cualquier caso de influencia sobre su parte dispositiva (sentencia del Tribunal General de 21 de septiembre de 2005, EDP/Comisión, T-87/05, Rec. p. II-3745, apartado 144; véase, igualmente, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2001, Comisión y Francia/TF1, C-302/99 P y C-308/99 P, Rec. p. I-5603, apartados 26 a 29), las alegaciones de las demandantes acerca de la falta de prueba de los efectos concretos de la conducta de Telefónica en el mercado deben desestimarse por ser inoperantes en relación con la apreciación de la infracción imputada.
- 284 Por consiguiente, debe desestimarse la segunda parte del quinto motivo.

285 Por tanto, procede desestimar el quinto motivo en su totalidad.

g) Sobre el sexto motivo, basado en la aplicación *ultra vires* del artículo 82 CE y en la violación de los principios de subsidiariedad, proporcionalidad, seguridad jurídica, cooperación leal y buena administración

286 El presente motivo incluye tres partes. La primera parte se basa en la aplicación *ultra vires* del artículo 82 CE. La segunda, formulada con carácter subsidiario, se refiere a la violación de los principios de subsidiariedad, proporcionalidad y seguridad jurídica. Por último, la tercera parte se basa en la violación de los principios de cooperación leal y de buena administración.

Sobre la primera parte del sexto motivo, basada en la aplicación *ultra vires* del artículo 82 CE

287 En esta parte del motivo, las demandantes alegan que la Comisión, al adoptar la Decisión impugnada, realizó una aplicación *ultra vires* del artículo 82 CE.

288 En cuanto a la admisibilidad de la presente parte, que la Comisión cuestiona, procede señalar que del texto de la demanda se desprende que las alegaciones de las demandantes invocadas en la presente parte tienen por objeto demostrar que la Comisión aplicó el artículo 82 CE rebasando los límites de las atribuciones que tiene asignadas en materia de Derecho de la competencia. Además, en su réplica, las demandantes afirmaron que, en contra de lo insinuado por la Comisión, ellas no alegan que haya habido desviación de poder. Debe declararse la admisibilidad de esta parte del motivo, en la medida en que tiene por objeto demostrar que la Comisión se excedió de sus competencias en el presente asunto.

289 En lo que atañe a la fundamentación de esta parte del motivo, en primer lugar, procede desestimar la alegación de las demandantes, basada en las consideraciones que expusieron en el marco de su cuarto motivo, según la cual la Comisión ignoró los estándares jurídicos aplicables al artículo 82 CE, dado que esta alegación, que no tiene por objeto en ningún caso demostrar que la Comisión se excedió de sus competencias, carece de fundamento (véanse los apartados 169 a 197 *supra*). Además, el hecho de que la conducta abusiva se haya producido en un mercado que las demandantes califican de «instrumental», es decir, un mercado «creado con fines regulatorios», carece de pertinencia a la hora de aplicar el artículo 82 CE, puesto que el Derecho de la competencia se aplica también a dichos mercados (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 13 de noviembre de 1975, *General Motors Continental/Comisión*, 26/75, Rec. p. 1367, apartados 4 a 10, y de 11 de noviembre de 1986, *British Leyland/Comisión*, 226/84, Rec. p. 3263, apartado 5).

290 En segundo lugar, por lo que respecta a la alegación de las demandantes de que la Comisión, al valorar la conducta de Telefónica en la Decisión impugnada, invadió las competencias de las ANR y se remitió a conceptos de carácter regulador, como el de la «escalera de la inversión», hay que señalar que las demandantes se limitan a afirmar que dicho concepto —cuya utilización al aplicar el artículo 82 CE carece de todo fundamento, según ellas— no refleja la evolución del mercado español, ni la evolución de la estrategia competitiva de los operadores alternativos. Pues bien, aunque las demandantes afirman que este concepto de carácter regulador es ajeno al Derecho de la competencia, no explican cómo la utilización de este concepto económico por parte de la Comisión para describir la evolución del mercado español de banda ancha desde la liberalización del sector de las telecomunicaciones demuestra que la Comisión se excedió en sus competencias o aplicó el artículo 82 CE «con fines regulatorios», de modo que no puede acogerse su afirmación. Por otra parte, tal como se desprende del considerando 180 de la Decisión impugnada, la propia Telefónica, en un escrito a la Comisión de 2 de marzo de 2005, hizo referencia al concepto de la «escalera de la inversión» al describir la evolución del mercado de banda ancha español desde 2001 y confirmó que «el mercado español de la banda ancha [continuaba], por tanto, el ritmo esperado en la “escalera de la inversión”». Aunque las demandantes afirman que el recurso a este concepto hizo que la Comisión ignorase que los

operadores alternativos utilizaban una combinación óptima de productos mayoristas o que, como demuestra el ejemplo de Jazztel, podían y pueden realizar cuantiosas inversiones sin contar con una base de clientes significativa, tal argumento, que tampoco tiene por objeto demostrar que la Comisión se excedió en sus competencias, debe ser desestimado por las razones mencionadas en los apartados 120 y 201 a 211 *supra*.

- 291 En tercer lugar, sin necesidad de pronunciarse sobre su admisibilidad, debe declararse la falta de fundamento de la alegación, formulada en la réplica, de que la Comisión disponía de un instrumento formal *ad hoc* para intervenir en virtud del artículo 7 de la Directiva marco que le permitía actuar en una situación como la que constituye el objeto del asunto principal.
- 292 Es preciso destacar que, a tenor del artículo 1, apartado 1, de la Directiva marco, ésta «establece un marco armonizado para la regulación de los servicios de comunicaciones electrónicas, las redes de comunicaciones electrónicas y los recursos y servicios asociados. Fija misiones de las [ANR] e instaura una serie de procedimientos para garantizar la aplicación armonizada del marco regulador en toda la Comunidad». Hay que señalar asimismo que el legislador de la Unión quiso atribuir un papel central a las ANR para alcanzar los objetivos de la Directiva marco, como corroboran el recurso al instrumento jurídico de la Directiva, de la que los Estados miembros son los únicos destinatarios, la estructura de ésta, que incluye en particular dos capítulos titulados, respectivamente, «[ANR]» (capítulo 2, artículos 3 a 7) y «Misión de las [ANR]» (capítulo 3, artículos 8 a 13), y las competencias precisas asignadas a las ANR. A este respecto, el artículo 7 de la Directiva marco describe la participación de la Comisión y de las ANR en el procedimiento de consolidación del mercado interior de comunicaciones electrónicas y tiene por objeto, conforme a su decimoquinto considerando, «garantizar que las decisiones adoptadas a nivel nacional no tengan efectos adversos sobre el mercado único u otros objetivos del Tratado».
- 293 Por consiguiente, la existencia de este instrumento no afecta en absoluto a la competencia atribuida directamente a la Comisión por el artículo 3, apartado 1, del Reglamento nº 17 y, desde el 1 de mayo de 2004, por el artículo 7, apartado 1, del Reglamento nº 1/2003, para declarar la existencia de infracciones de los artículos 81 CE y 82 CE (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de abril de 2008, Deutsche Telekom/Comisión, citada en el apartado 69 *supra*, apartado 263). Así, las normas en materia de competencia previstas por el Tratado CE completan, mediante el ejercicio de un control *ex post*, el marco regulador adoptado por el legislador de la Unión con el fin de regular *ex ante* los mercados de las telecomunicaciones (sentencia de 14 de octubre de 2010, Deutsche Telekom/Comisión, citada en el apartado 170 *supra*, apartado 92).
- 294 Además, las demandantes no pueden pretender que, con arreglo al artículo 7 de la Directiva marco, correspondía a la Comisión supervisar las medidas reguladoras adoptadas por la CMT. En efecto, tal como ha señalado la Comisión en sus escritos procesales, únicamente se notificaron a la Comisión a través del procedimiento establecido en dicho artículo las medidas adoptadas en junio de 2006 a raíz de la aplicación por parte de la CMT de la Directiva marco y de las Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (DO 2002, C 165, p. 6) (en lo sucesivo denominadas conjuntamente «marco regulador de 2002»).
- 295 Por consiguiente, debe desestimarse la primera parte del sexto motivo.

Sobre la segunda parte del sexto motivo, basada en la violación de los principios de subsidiariedad, proporcionalidad y seguridad jurídica

- 296 En la segunda parte del presente motivo, las demandantes alegan que, aun suponiendo que la Comisión pudiese emplear el artículo 82 CE con fines reguladores, *quod non*, su intervención en el presente asunto sería contraria a los principios de subsidiariedad, proporcionalidad y seguridad jurídica, puesto que se injeriría sin razón en el ejercicio de competencias de la CMT.
- 297 Es preciso recordar que el principio de subsidiariedad se enuncia en el artículo 5 CE, párrafo segundo, y se concreta en el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad, anexo al Tratado CE, a tenor del cual la Comunidad intervendrá en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario. Ese Protocolo establece, también, en su apartado 5, directrices para determinar si esos requisitos se cumplen.
- 298 Además, dicho Protocolo precisa, en su apartado 3, que el principio de subsidiariedad no pone en tela de juicio las competencias conferidas a la Comunidad por el Tratado, tal como las ha interpretado el Tribunal de Justicia. Así, este principio no cuestiona las competencias que el Tratado CE confiere a la Comisión, entre las que se encuentra la aplicación de las reglas en materia de competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior [artículo 3 CE, apartado 1, letra g)], recogidas en los artículos 81 CE y 82 CE y aplicadas mediante el Reglamento nº 17 y, desde el 1 de mayo de 2004, mediante el Reglamento nº 1/2003 (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de 8 de marzo de 2007, France Télécom/Comisión, T-339/04, Rec. p. II-521, apartados 88 y 89).
- 299 Habida cuenta de las consideraciones expuestas en el apartado 293 *supra*, Telefónica no podía ignorar que el respeto de la normativa española en materia de telecomunicaciones no la protegía frente a una intervención de la Comisión con arreglo al artículo 82 CE, dado que diversos instrumentos jurídicos del marco regulador de 2002 contemplan la posibilidad de procedimientos paralelos ante las ANR y las autoridades de competencia (véanse, a este respecto, el artículo 15, apartado 1, de la Directiva marco y los apartados 28, 31 y 70 de las Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas).
- 300 Por consiguiente, las resoluciones adoptadas por las ANR sobre la base del marco reglamentario de 2002 no privan a la Comisión de su competencia para intervenir en una fase ulterior a fin de aplicar el artículo 82 CE en virtud del Reglamento nº 17 y, desde el 1 de mayo de 2004, del Reglamento nº 1/2003. Además, ninguna disposición de dicho marco obliga a la Comisión a demostrar la existencia de circunstancias excepcionales para justificar su intervención en tal supuesto, como sostienen las demandantes. Por tanto, procede desestimar la alegación de las demandantes de que, en esencia, ni la Comisión ni las autoridades nacionales de competencia debían analizar, en virtud del Derecho de la competencia, conductas sujetas a medidas reguladoras que tienen objetivos similares.
- 301 En cualquier caso, primero, la CMT no es una autoridad de competencia, sino una autoridad reguladora, y nunca intervino para velar por el cumplimiento del artículo 82 CE, ni adoptó resoluciones sobre las prácticas sancionadas por la Decisión impugnada (considerandos 678 y 683 de la Decisión impugnada). Aun suponiendo que la CMT estuviese obligada a examinar la compatibilidad de las prácticas de Telefónica con el artículo 82 CE, tal hecho no impediría que la Comisión pudiera declarar una infracción imputada a ésta. Efectivamente, la Comisión no puede estar vinculada por una resolución dictada por una autoridad nacional en aplicación del artículo 82 CE (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de abril de 2008, Deutsche Telekom/Comisión, citada en el apartado 69 *supra*, apartado 120).

- 302 Segundo, la CMT afirmó, en varias ocasiones, que no disponía de determinada información necesaria para realizar un análisis del estrechamiento de márgenes en relación con los precios de Telefónica para el acceso regional, mayorista y minorista, de banda ancha (véanse, en particular, los considerandos 494, 495, 509 y 511 de la Decisión impugnada).
- 303 Por último, según el considerando 494 de la Decisión impugnada, el modelo de costes empleado por la CMT en sus resoluciones *ex ante*, que tenía por objeto asegurar que no existía estrechamiento de márgenes, no era tampoco adecuado a los efectos de aplicar el artículo 82 CE porque, por una parte, no se basaba en estimaciones recientes en lo que concierne a los costes históricos de Telefónica, sino en estimaciones realizadas por consultoras externas basadas en información facilitada por la compañía en octubre de 2001, y, por otra parte, porque el modelo de costes de dichas consultoras subestimó los costes incrementales de la red descendente de Telefónica y no tuvo en cuenta los gastos de promoción de ésta. Deben desestimarse también las alegaciones de que la CMT se mostró especialmente activa en relación con la política de precios de Telefónica y actuó *ex post* en numerosas ocasiones, regulando y controlando la política de precios de Telefónica desde las primeras fases del desarrollo español del mercado de banda ancha.
- 304 En este contexto, también debe desestimarse el argumento de las demandantes de que la Comisión no es competente para revisar la actuación de las ANR con arreglo al artículo 82 CE, salvo que se demuestre que éstas no operaron en el marco de sus competencias o que actuaron de manera manifiestamente errónea. En la Decisión impugnada, la Comisión no revisó la actuación de la CMT a la luz del artículo 82 CE, sino la de Telefónica.
- 305 Por consiguiente, no se ha demostrado que se haya violado el principio de subsidiariedad.
- 306 En cuanto a las supuestas violaciones de los principios de proporcionalidad y de seguridad jurídica, las demandantes no demuestran de qué modo se han violado esos principios. Se limitan a plantear la violación del principio de seguridad jurídica resultante de la intervención de la Comisión en virtud del artículo 82 CE, aunque la Comisión no había puesto en entredicho la actuación de la CMT. Así, a juicio de las demandantes, Telefónica pudo tener la convicción de que, si respetaba el marco regulador vigente, obraba de conformidad con el Derecho de la Unión. Sin embargo, tal argumento debe ser desestimado, por las razones expuestas en los apartados 299 a 304 *supra*.
- 307 Por último, en cuanto a la alegación de las demandantes de que la Comisión habría debido interponer un recurso por incumplimiento contra el Reino de España con arreglo al artículo 226 CE si dicha institución hubiera llegado a la conclusión de que las resoluciones de la CMT, en cuanto órgano de un Estado miembro, no permitían evitar la existencia de un estrechamiento de márgenes y, por tanto, no respetaban el marco regulador de 2002, debe señalarse que, en la Decisión impugnada, la Comisión no realiza tal apreciación. Por otra parte, aun suponiendo que la CMT hubiera infringido una norma de la Unión y que la Comisión hubiera podido, por ese motivo, iniciar un procedimiento por incumplimiento contra el Reino de España, tales hipótesis no inciden en absoluto en la legalidad de la Decisión impugnada. En efecto, en dicha Decisión la Comisión se limitó a declarar que Telefónica había infringido el artículo 82 CE, disposición que no se refiere a los Estados miembros, sino únicamente a los agentes económicos (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de abril de 2008, Deutsche Telekom/Comisión, citada en el apartado 69 *supra*, apartado 271). Además, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en el sistema establecido por el artículo 226 CE, la Comisión dispone de una facultad discrecional para iniciar un recurso por incumplimiento y no corresponde a los órganos jurisdiccionales de la Unión determinar si el ejercicio de dicha facultad es o no oportuno (sentencia de 14 de octubre de 2010, Deutsche Telekom/Comisión, citada en el apartado 170 *supra*, apartado 47).
- 308 Por consiguiente, debe desestimarse la segunda parte del sexto motivo.

Sobre la tercera parte del sexto motivo, basada en la violación de los principios de cooperación leal y de buena administración

- 309 Con carácter preliminar, procede recordar que la obligación de cooperación leal, establecida en el artículo 10 CE, recae sobre todas las autoridades de los Estados miembros cuando actúan en el marco de sus competencias y sobre las instituciones de la Unión, que tienen deberes recíprocos de cooperación leal para con los Estados miembros (auto del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1990, Zwartveld y otros, C-2/88 IMM, Rec. p. I-3365, apartado 17; véase, igualmente, la sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de octubre de 2002, Roquette Frères, C-94/00, Rec. p. I-9011, apartado 31, y la jurisprudencia citada). Cuando, como sucede en el presente asunto, las autoridades de la Unión y las nacionales han de contribuir al logro de los objetivos del Tratado mediante un ejercicio coordinado de sus competencias respectivas, dicha cooperación tiene carácter particularmente esencial (sentencia Roquette Frères, antes citada, apartado 32).
- 310 En contra de lo que afirman los demandantes, la CMT tuvo una participación efectiva en el procedimiento administrativo que dio origen a la Decisión impugnada. En primer lugar, la Comisión le remitió tres solicitudes de información, de 18 de noviembre de 2004, de 17 de diciembre de 2004 y de 17 de enero de 2005, respectivamente. En segundo lugar, la Comisión comunicó a la CMT, el 24 de mayo de 2006, una versión no confidencial del pliego de cargos y la informó, asimismo, de que podía, en su caso, hacerle llegar sus comentarios por escrito acerca de dicho pliego o formular observaciones o plantear cuestiones verbalmente en la audiencia. Pues bien, la CMT no formuló ninguna observación por escrito. En tercer lugar, varios representantes de la CMT estuvieron presentes en la audiencia celebrada los días 12 y 13 de junio de 2006 y la CMT tuvo asimismo una intervención oral en dicha audiencia. En cuarto lugar, el 26 de junio de 2006, la CMT también respondió por escrito a una serie de preguntas planteadas por la denunciante durante la audiencia. En quinto lugar, los demandantes no rebaten la afirmación de la Comisión de que los miembros del equipo que tramitaba el expediente celebraron reuniones con la CMT en diferentes ocasiones a fin de discutir acerca de la investigación. En sexto lugar, los demandantes no rebaten las afirmaciones de la Comisión según las cuales el 14 de junio de 2007 varios representantes de la CMT fueron recibidos por dicha institución y formularon observaciones sobre la redacción de determinados considerandos de la Decisión impugnada que fueron tomadas en consideración de cara a la segunda reunión del comité consultivo previsto en el artículo 14 del Reglamento nº 1/2003. La CMT no presentó comentarios adicionales a este respecto. Por otra parte, un experto de la CMT participó en una reunión de dicho comité consultivo que se celebró el 15 de junio de 2007.
- 311 A este respecto, no cabe acoger el argumento de los demandantes de que las solicitudes de información dirigidas por la Comisión a la CMT tenían carácter técnico y no se referían a los cargos imputados a Telefónica, a la realidad de los mercados presuntamente afectados, a la metodología seguida para llevar a cabo los análisis del estrechamiento de márgenes o, incluso, a la posible existencia de tal estrechamiento. En efecto, la CMT no formuló observaciones escritas a la Comisión en relación con el pliego de cargos y, en particular, con las valoraciones preliminares de la Comisión sobre los elementos arriba indicados, tal como figuran en los apartados 142 a 250 y 358 a 469 del pliego de cargos, a pesar de que la Comisión la instó a que lo hiciera.
- 312 Por lo demás, debe recordarse, por lo que respecta a las relaciones que se establecen en el marco de los procedimientos tramitados por la Comisión en aplicación de los artículos 81 CE y 82 CE, que las modalidades de cumplimiento de la obligación de cooperación leal, que dimana del artículo 10 CE y a la cual debe atenerse la Comisión en sus relaciones con los Estados miembros, han sido precisadas en particular en los artículos 11 a 16 del Reglamento nº 1/2003, pertenecientes a su capítulo IV, titulado «Cooperación». Pues bien, tales disposiciones no contemplan expresamente la obligación de la Comisión de consultar a las ANR.

- 313 Las demandantes tampoco pueden afirmar en este contexto que el envío del pliego de cargos a la CMT y la petición de que participase en la audiencia tuvieran lugar tardíamente, cuando la Comisión ya tenía una opinión formada acerca de la presunta ilegalidad de la conducta de Telefónica. Además de que el pliego de cargos es un documento preparatorio, cuyas apreciaciones tienen carácter puramente provisional y van destinadas a circunscribir el objeto del procedimiento administrativo frente a las empresas contra quienes se dirige la investigación (sentencias del Tribunal de Justicia de 7 de junio de 1983, *Musique Diffusion française y otros/Comisión*, 100/80 a 103/80, Rec. p. 1825, apartado 14; *Aalborg Portland y otros/Comisión*, citada en el apartado 69 *supra*, apartado 67, y *Prym y Prym Consumer/Comisión*, citada en el apartado 83 *supra*, apartado 40), ya se ha señalado en el apartado 310 *supra* que la Comisión había enviado a la CMT una copia de dicho pliego de cargos el 24 de mayo de 2006, es decir, más de un año antes de que se adoptase la Decisión impugnada.
- 314 Por tanto, habida cuenta de las consideraciones anteriores, no puede considerarse que, en el presente asunto, la Comisión incumpliese su obligación de cooperación leal. Toda vez que la alegación de las demandantes basada en la violación del principio de buena administración se fundamenta exclusivamente en una inobservancia de dicha obligación, debe ser también desestimada.
- 315 Por consiguiente, procede desestimar la tercera parte del presente motivo.
- 316 En consecuencia, el sexto motivo debe ser desestimado en su integridad, y, con ello, todas las pretensiones que, con carácter principal, tienen por objeto la anulación de la Decisión impugnada.

2. Sobre las pretensiones subsidiarias, que tienen por objeto la anulación de la multa o la reducción de su importe

- 317 Las demandantes invocan dos motivos en apoyo de sus pretensiones de que se anule la multa o de que se reduzca su importe. El primer motivo se basa en errores de hecho, de apreciación de los hechos y de Derecho, en la infracción del artículo 15, apartado 2, del Reglamento n° 17 y del artículo 23, apartado 2, del Reglamento n° 1/2003, y en la violación de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima. Mediante el segundo motivo, formulado con carácter subsidiario, las demandantes alegan errores de hecho y de Derecho, la violación de los principios de proporcionalidad, igualdad de trato e individualización de las penas y el incumplimiento de la obligación de motivación al fijar el importe de la multa.
- a) Sobre el primer motivo, basado en errores de hecho, de apreciación de los hechos y de Derecho, en la infracción del artículo 15, apartado 2, del Reglamento n° 17 y del artículo 23, apartado 2, del Reglamento n° 1/2003, y en la violación de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima
- 318 Mediante el presente motivo, las demandantes cuestionan las afirmaciones de la Comisión de que, por una parte, la conducta de Telefónica durante el período de la infracción fue deliberada o, al menos, gravemente negligente y de que, por otra parte, la infracción cometida por Telefónica constituía un «abuso característico», del que ya existían precedentes (considerandos 720 a 736 de la Decisión impugnada).
- 319 Por lo que respecta, en primer lugar, a la cuestión de si las infracciones se cometieron deliberadamente o por negligencia y si, por tanto, pueden sancionarse con una multa de conformidad con el artículo 15, apartado 2, párrafo primero, del Reglamento n° 17 y, desde el 1 de mayo de 2004, del artículo 23, apartado 2, del Reglamento n° 1/2003, de la jurisprudencia resulta que este requisito se cumple cuando la empresa de que se trata no podía ignorar que su conducta era contraria a la competencia, tuviera o no conciencia de estar infringiendo las reglas de competencia del Tratado (véanse las sentencias del Tribunal General de 14 de diciembre de 2006, *Raiffeisen Zentralbank Österreich y otros/Comisión*, T-259/02 a T-264/02 y T-271/02, Rec. p. II-5169, apartado 205, y de 10 de abril de 2008, *Deutsche Telekom/comisión*, citada en el apartado 69 *supra*, apartado 295, así como la

jurisprudencia citada; véanse asimismo, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 8 de noviembre de 1983, IAZ International Belgium y otros/Comisión, 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 y 110/82, Rec. p. 3369, apartado 45; Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisión, citada en el apartado 111 *supra*, apartado 107, y de 14 de octubre de 2010, Deutsche Telekom/Comisión, citada en el apartado 170 *supra*, apartado 124).

- 320 Según la jurisprudencia, una empresa es consciente del carácter contrario a la competencia de su conducta cuando conoce los antecedentes de hecho que justifican tanto la declaración de la existencia de una posición dominante en el mercado de que se trate como la apreciación de la Comisión de una explotación abusiva de dicha posición (véanse, en este sentido, la sentencia Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisión, apartado 111 *supra*, apartado 107, y la sentencia Raiffeisen Zentralbank Österreich y otros/Comisión, citada en el apartado 319 *supra*, apartados 207 y 210; véanse también las conclusiones del Abogado General Mazák presentadas en el asunto Deutsche Telekom/Comisión (sentencia de 14 de octubre de 2010, citada en el apartado 170 *supra*), punto 39.
- 321 En primer término, para impugnar la apreciación de la Comisión de que la conducta de Telefónica fue deliberada o, al menos, gravemente negligente, las demandantes alegan que Telefónica no se encontraba en condiciones de prever de manera razonable que su comportamiento podía constituir un abuso de posición dominante contrario al artículo 82 CE, habida cuenta de la definición de los mercados de productos adoptada anteriormente por las autoridades españolas de competencia y por la CMT —que es diferente a la recogida en la Decisión impugnada—, del control ejercido por la CMT sobre los precios y sobre la conducta de Telefónica a lo largo del período de la infracción, y de la ausencia de un margen de maniobra suficiente de Telefónica para determinar su política de precios durante ese período.
- 322 Primero, procede desestimar la alegación de las demandantes de que Telefónica no pudo prever que la Comisión adoptaría una definición del mercado diferente a la de las autoridades españolas.
- 323 Efectivamente, como operador económico diligente, Telefónica debería haber estado familiarizada con los principios que rigen la definición de los mercados en los asuntos de competencia y, en su caso, haber recurrido a un asesoramiento jurídico apropiado para valorar en la medida de lo posible, en las circunstancias del caso, las eventuales consecuencias de un determinado acto. Ello resulta especialmente cierto en el caso de los profesionales, habituados a tener que mostrar una gran prudencia en el ejercicio de sus actividades. Cabe por tanto esperar de éstos que presten especial atención a la valoración de los riesgos que entraña dicho ejercicio (véase, en este sentido, la sentencia Danks Rørindustri y otros/Comisión, citada en el apartado 59 *supra*, apartado 219).
- 324 Además, un operador económico diligente no dudaría de que la posesión de cuotas de mercado significativas, aunque ésta no sea necesariamente ni en todos los casos el único indicio que determine la existencia de una posición dominante, tiene, no obstante, una importancia considerable que debe tener necesariamente en cuenta en relación con su posible conducta en el mercado (sentencia Hoffmann-La Roche/Comisión, citada en el apartado 76 *supra*, apartado 133).
- 325 A este respecto, como señaló acertadamente la Comisión en el considerando 721 de la Decisión impugnada, Telefónica, operador histórico y poseedor de la única infraestructura significativa para el suministro de los productos mayoristas regional y nacional, no podía ignorar que ocupaba una posición dominante en los mercados pertinentes. Por consiguiente, la entidad de las cuotas de mercado que poseía Telefónica (véanse los apartados 153 y 159 *supra*) en los mercados mayoristas nacional y regional implica que su convicción de que no ocupaba una posición dominante en dichos mercados sólo podía ser fruto o bien de un estudio insuficiente de la estructura de los mercados en los que operaba, o bien de una negativa a tomar en cuenta esas estructuras (véase, en este sentido, la sentencia Hoffmann-La Roche/Comisión, citada en el apartado 76 *supra*, apartado 139). Por tanto, la alegación de que Telefónica no pudo haber previsto que la Comisión adoptaría una definición de mercado diferente a la de las autoridades españolas no puede prosperar.

- 326 Habida cuenta de las consideraciones anteriores y del hecho de que en los apartados 110 a 144 *supra* se ha indicado que la Comisión estimó válidamente que el bucle local, el producto mayorista nacional y el producto mayorista regional no pertenecían al mismo mercado de productos, no cabe acoger las alegaciones de las demandantes según las cuales las resoluciones adoptadas por las autoridades nacionales de reglamentación en Francia y en el Reino Unido, que concluyeron que los productos mayoristas nacional y regional no eran sustituibles, no les permitieron anticipar las definiciones de mercado que se emplearían en el presente asunto. Tampoco puede acogerse la alegación de las demandantes basada en la apreciación formulada por la CMT en su resolución de 6 de abril de 2006, en la que estimó que los productos mayoristas nacional y regional pertenecían al mismo mercado de referencia, alegación que, por lo demás, ha sido expresamente desestimada en el apartado 142 *supra*.
- 327 Segundo, tampoco cabe estimar la alegación de las demandantes de que, en contra de lo sostenido en el considerando 724 de la Decisión impugnada, Telefónica no disponía de margen de maniobra suficiente para determinar su política de precios, debido a la regulación sectorial aplicable.
- 328 Procede recordar que el artículo 82 CE sólo se refiere a las prácticas contrarias a las normas en materia de competencia que hayan sido adoptadas por las empresas por iniciativa propia. Si una legislación nacional impone a las empresas una práctica contraria a la competencia o si crea un marco jurídico que elimina por sí mismo cualquier posibilidad de conducta competitiva por parte de las empresas, no se aplica el artículo 82 CE. En tal situación, la restricción de la competencia no se debe, como requiere esta disposición, a comportamientos autónomos de las empresas (véanse la sentencia TeliaSonera, citada en el apartado 146 *supra*, apartado 49, y la jurisprudencia citada).
- 329 En cambio, puede aplicarse el artículo 82 CE si se verifica que la legislación nacional mantiene la posibilidad de que la competencia sea obstaculizada, restringida o falseada por comportamientos autónomos de las empresas (véanse la sentencia TeliaSonera, citada en el apartado 146 *supra*, apartado 50, y la jurisprudencia citada).
- 330 Así, el Tribunal de Justicia ha precisado que, pese a la existencia de tal legislación, si una empresa en posición dominante verticalmente integrada dispone de margen de maniobra para modificar aunque sólo sea sus precios minoristas, le resulta imputable, únicamente por esa razón, el estrechamiento de márgenes (sentencias de 14 de octubre de 2010, Deutsche Telekom/Comisión, citada en el apartado 170 *supra*, apartado 85, y TeliaSonera, citada en el apartado 146 *supra*, apartado 51).
- 331 En el presente asunto, es preciso señalar, ante todo, que, por lo que respecta al producto mayorista nacional, las demandantes no rebaten la apreciación recogida en los considerandos 109, 110 y 671 de la Decisión impugnada, según la cual, por una parte, los precios del producto mayorista nacional nunca estuvieron sujetos a regulación durante el período de la infracción y, por otra, Telefónica, desde septiembre de 2001, fue libre para reducir esas tarifas.
- 332 A continuación, en cuanto al producto mayorista regional, las demandantes alegan que los precios impuestos por la CMT en aplicación del modelo «retail minus» fueron, *de facto*, precios fijos, al menos entre marzo de 2004 y diciembre de 2006.
- 333 Debe recordarse que, como se desprende del considerando 113 de la Decisión impugnada, una orden de 29 de diciembre de 2000 del Ministerio de la Presidencia español introdujo un régimen de precios nominales máximos para el producto mayorista regional. Por lo demás, como resulta del expediente, la CMT, mediante escrito de 2 de febrero de 2005, confirmó expresamente que los precios del producto mayorista regional eran precios máximos y que Telefónica era libre para solicitar una reducción de sus precios (véanse, asimismo, los considerandos 116 a 118 y 673 de la Decisión impugnada).
- 334 A este respecto, la alegación de las demandantes, basada, por una parte, en la resolución de la CMT de 31 de marzo de 2004, en la que ésta afirmó, según ellas, que parecía razonable que el precio del producto mayorista regional fuese tal que contribuyese a mantener las inversiones de los operadores

de cable y que el precio del producto mayorista regional debía fijarse mediante una cantidad absoluta obtenida con arreglo al método «retail minus», de manera que «la CMT no habría permitido nunca una bajada del precio del producto [mayorista] regional ya que esto habría puesto en peligro la viabilidad del cable» y, por otra parte, en las resoluciones de la CMT de 29 de abril de 2002 y de 22 de julio de 2004, en las que la CMT declaró que se oponía a fuertes reducciones de los precios mayoristas con el fin de evitar desincentivar las inversiones en infraestructuras y la innovación, parte de la premisa hipotética de que la CMT nunca habría autorizado una bajada del precio de los productos mayoristas. Por tanto, debe ser desestimada.

335 En cualquier caso, contradice tal alegación el hecho de que la CMT redujese, por propia iniciativa, los precios del producto mayorista regional —aunque Telefónica no había propuesto modificación alguna de sus precios— mediante las resoluciones de 22 de julio de 2004 [resolución de la CMT de 22 de julio de 2004 sobre la solicitud de modificación de la oferta de acceso al bucle de abonado (OBA) de TESAU para adecuarla a la modificación de las velocidades ADSL en el nivel minorista] y de 19 de mayo de 2005 [resolución de la CMT de 19 de mayo de 2005 sobre la solicitud de modificación de la oferta de acceso al bucle de abonado (OBA) de TESAU para adecuarla a la elevación de velocidades ADSL en el nivel minorista]. Debe desestimarse también la alegación, formulada por las demandantes en su réplica, de que dichas resoluciones demuestran que la reducción de las tarifas del producto mayorista regional precisaba de la intervención de la CMT y no podía ser decidida libremente por Telefónica, ya que correspondía a Telefónica, en el marco de la responsabilidad especial que le incumbía como empresa que ocupaba una posición dominante en el mercado del producto mayorista regional, presentar a la CMT solicitudes de modificación de sus tarifas cuando perjudicaran el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de abril de 2008, Deutsche Telekom/Comisión, citada en el apartado 69 *supra*, apartado 122).

336 Por último, en cuanto a los precios minoristas de Telefónica, es preciso señalar, en línea con lo indicado por la Comisión, que las demandantes no rebaten la afirmación de la Comisión, recogida en el considerando 724 de la Decisión impugnada, de que Telefónica tenía libertad para subir sus precios minoristas en cualquier momento. No refutan tampoco las apreciaciones recogidas en los considerandos 104 a 108 de la Decisión impugnada, según las cuales, primero, mientras que los precios minoristas de TESAU estuvieron sujetos a un régimen de autorización administrativa por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos (en lo sucesivo, «CDGAE») del 3 de agosto de 2001 al 1 de noviembre de 2003, los precios minoristas de otras filiales de Telefónica no estuvieron sujetos a regulación; segundo, los precios minoristas aprobados el 3 de agosto de 2001 por la CDGAE como precios fijos los había propuesto TESAU, y, tercero, los precios minoristas de los servicios de acceso ADSL de TESAU fueron liberalizados mediante una resolución de la CDGAE de 25 de septiembre de 2003, que puso fin al régimen de autorización administrativa de los precios minoristas de los servicios de acceso ADSL de TESAU, manteniendo al mismo tiempo la obligación de que ésta comunicara toda modificación de dichos precios diez días antes de su introducción en el mercado. Por tanto, debe considerarse que Telefónica tuvo la posibilidad de aumentar sus precios minoristas pero no lo hizo.

337 A este respecto, las demandantes alegan que el razonamiento de la Comisión adolece de una contradicción, dado que no puede, por una parte, acusar a Telefónica de haber llevado a cabo prácticas de estrechamiento de márgenes que dieron como resultado que los precios minoristas en España fuesen mucho más elevados que en los demás países europeos y, al mismo tiempo, acusar a Telefónica de no haber incrementado sus precios minoristas a fin de evitar un estrechamiento de márgenes. Tal argumento debe ser desestimado. Efectivamente, el juez de la Unión ya declaró en el pasado que podía ser necesario aumentar las tarifas de los productos minoristas con el fin de evitar un efecto de estrechamiento de márgenes (sentencia de 10 de abril de 2008, Deutsche Telekom/Comisión, citada en el apartado 69 *supra*, apartados 141 a 151; véase también la sentencia de 14 de octubre de 2010, Deutsche Telekom/Comisión, citada en el apartado 170 *supra*, apartados 88 y 89).

- 338 Tercero, procede desestimar la alegación de las demandantes de que Telefónica no podía razonablemente prever que su política de precios, previamente aprobada por la CMT, pudiera suponer una infracción del artículo 82 CE.
- 339 Ante todo, debe recordarse que carece de relevancia el hecho de que la Decisión impugnada se refiera a productos y servicios regulados. En efecto, en caso de que no se contemple expresamente una excepción en este sentido, el Derecho de la competencia se aplica a los sectores regulados (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 1975, Suiker Unie y otros/Comisión, 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, Rec. p. 1663, apartados 65 a 72, y de 11 de abril de 1989, Saeed Flugreisen y Silver Line Reisebüro, 66/86, Rec. p. 803). Así, no cabe excluir la aplicación de las normas de competencia puesto que las disposiciones sectoriales en cuestión contemplan la posibilidad de que conductas autónomas de las empresas puedan obstaculizar, restringir o falsear la competencia (véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 1997, Comisión y Francia/Ladbroke Racing, C-359/95 P y C-379/95 P, Rec. p. I-6265, apartados 33 y 34, y la jurisprudencia citada), como ocurría en el presente asunto (véanse los apartados 327 a 337 *supra*).
- 340 Como se ha indicado en el apartado 299 *supra*, Telefónica no podía ignorar que el cumplimiento de la normativa española en materia de telecomunicaciones no la protegía frente a una intervención de la Comisión con arreglo al artículo 82 CE.
- 341 Por otra parte, si bien es cierto que, en la resolución de 26 de julio de 2001, la CMT consideró que los precios del producto mayorista regional de Telefónica se fijaban sobre la base de un sistema de precios «retail minus», en virtud del cual el precio de cada modalidad del producto mayorista regional no superaba un determinado porcentaje de la tarifa mensual correspondiente al precio minorista de TESAU (considerandos 114 y 290, y nota a pie de página nº 258 de la Decisión impugnada), las demandantes no discuten que la CMT no analizó la existencia de un estrechamiento de márgenes entre el producto mayorista regional de Telefónica y sus productos minoristas a partir de los costes históricos reales de ésta, sino sobre la base de estimaciones *ex ante*. No discuten tampoco que la CMT nunca analizó la posible existencia de un estrechamiento de márgenes entre el producto mayorista nacional de Telefónica y sus productos minoristas. Pues bien, como señaló la Comisión en los considerandos 725 a 728 de la Decisión impugnada, Telefónica, que poseía información detallada sobre sus costes reales y sus ingresos, no podía ignorar que las estimaciones realizadas *ex ante* por la CMT no habían sido confirmadas en la práctica por la evolución del mercado que podía observar.
- 342 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede desestimar todos los argumentos de las demandantes que tienen por objeto demostrar que Telefónica no se encontraba en condiciones de prever razonablemente que su conducta era contraria a la competencia.
- 343 En segundo término, las demandantes alegan que Telefónica podía legítimamente confiar en la actuación y en las resoluciones de la CMT. Afirman asimismo que las divergencias entre los costes reales *ex post* y las estimaciones utilizadas por la CMT en su análisis *ex ante* de la existencia de un estrechamiento de márgenes, destacadas por la Comisión en los considerandos 728 y 729 de la Decisión impugnada (véase también el cuadro 59 de la citada Decisión), no fueron lo suficientemente evidentes para que Telefónica hubiese podido dudar de la intervención de la CMT.
- 344 Procede desestimar la alegación de las demandantes de que Telefónica no podía dudar de la procedencia del método utilizado por la CMT para determinar la existencia de un estrechamiento de márgenes, ni de la pertinencia de las solicitudes de información de la CMT, en vista de que la Comisión no intervino en relación con la actuación de la autoridad reguladora española.
- 345 En efecto, tal alegación se basa en la premisa errónea de que la Comisión consideró que el método utilizado por la CMT para determinar la existencia de un estrechamiento de márgenes era inadecuado, ya que la Decisión impugnada no tiene por objeto la actuación reguladora de la CMT. Al

contrario, como destacó la Comisión en el considerando 733 de la Decisión impugnada, la metodología usada en la Decisión impugnada para determinar la existencia de un estrechamiento de márgenes no está en contradicción con el método «retail minus» utilizado por la CMT.

- 346 Por tanto, la no intervención de la Comisión en relación con la autoridad reguladora española no podía generar en Telefónica ninguna confianza legítima de no estar infringiendo el artículo 82 CE.
- 347 En cuanto a la alegación de Telefónica de que, en vista de la intervención de la CMT, Telefónica podía confiar legítimamente en que la relación entre sus precios mayoristas y sus precios minoristas no implicaba un efecto de estrechamiento de márgenes, debe señalarse, ante todo, que las demandantes no refutan las apreciaciones recogidas en el considerando 726 de la Decisión impugnada, según las cuales, por una parte, la CMT nunca analizó la existencia de un estrechamiento de márgenes entre el producto mayorista nacional y el producto minorista de Telefónica durante el período en cuestión y, por otra, el producto mayorista nacional gozó de una mayor importancia que el producto mayorista regional durante dicho período.
- 348 A continuación, por lo que respecta al producto mayorista regional, si bien es cierto que la CMT analizó la existencia de un efecto de estrechamiento de márgenes resultante de las tarifas de Telefónica para el producto mayorista regional en numerosas resoluciones adoptadas a lo largo del período de la infracción, nunca analizó la existencia de tal efecto a partir de los costes históricos reales de Telefónica.
- 349 A este respecto, debe desestimarse la alegación de las demandantes de que las divergencias entre los costes reales *ex post* y las estimaciones *ex ante* utilizadas por la CMT no eran suficientemente evidentes para hacer que Telefónica dudase de la procedencia de la actuación de la CMT. Para respaldar su argumento, las demandantes afirman en su demanda que las supuestas incoherencias entre la información proporcionada por Telefónica a la CMT y la contenida en sus planes de negocio o sus cuadros de mando se deben a una incorrecta interpretación por parte de la Comisión de la información puesta a su disposición en relación con las previsiones de demanda, que se refiere a los costes de una red de [confidencial] líneas de ADSL. Pues bien, aun suponiendo que tal alegación resulte fundada, no puede por sí sola poner en entredicho todos los elementos probatorios, que figuran en particular en el cuadro 59 de la Decisión impugnada y que demuestran que Telefónica no pudo ignorar que los costes empleados en el modelo «retail minus» de la CMT no se correspondían con la realidad. Al contrario, las otras alegaciones de las demandantes según las cuales, por una parte, la consultora ARCOME no utilizó la información facilitada por Telefónica sino que empleó, como referencia para la elaboración del modelo «retail minus», una red de más de [confidencial] líneas de ADSL y, por otra parte, la CMT no utilizó la contabilidad de costes de Telefónica, por entender que no contenía un nivel adecuado de detalle, tienden a confirmar que Telefónica sabía, o debería haber sabido, que los costes empleados en el modelo «retail minus» de la CMT no se correspondían con los costes reales.
- 350 Además, deben desestimarse las alegaciones de las demandantes de que ni de los planes de negocio ni de los cuadros de mando se desprende que Telefónica estuviese sufriendo pérdidas en el mercado minorista. Primero, las demandantes alegan que, [confidencial]. No obstante, tal argumento carece absolutamente de apoyo probatorio. Segundo, las demandantes afirman que el plan de negocio de 18 de abril de 2002 no permite extraer dicha conclusión, ya que [confidencial]. Sin embargo, de las previsiones que se recogen en dicho documento resulta que [confidencial]. Por tanto, su alegación no puede prosperar. Tercero, en cuanto a los cuadros de mando de Telefónica, las propias demandantes afirman que esos documentos, que contienen información mensual de ingresos y costes, permiten garantizar el correcto desarrollo del plan de negocio y la evolución de la actividad. Dado que el plan de negocio preveía que, [confidencial], correspondía a las demandantes asegurarse de que [confidencial].

- 351 Por último, como señala la Comisión, Telefónica no discute que los costes incrementales reales de infraestructura, de red y de acceso fuesen mucho más cuantiosos que los que figuran en el modelo «retail minus» de la CMT. Al figurar dichos costes reales en diferentes documentos internos de Telefónica, ésta no podía ignorar que el modelo de la CMT infravaloraba sus costes reales.
- 352 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede concluir que la actuación y las resoluciones de la CMT no pudieron generar en las demandantes la confianza legítima en que sus prácticas tarifarias eran conformes con el artículo 82 CE. En consecuencia, la primera alegación basada en que la infracción no fue cometida de manera deliberada ni por negligencia, debe ser desestimada.
- 353 En segundo lugar, las demandantes reprochan a la Comisión que no señalase, en la Decisión impugnada, ningún fundamento material o jurídico que permitiese considerar que la infracción constituía un «abuso característico» del que ya existían precedentes (considerandos 731 a 736 de la Decisión impugnada).
- 354 Con carácter preliminar, debe destacarse que, como resulta de los apartados 319 a 352 *supra*, la Comisión estimó válidamente que la infracción cuya existencia se declaró en la Decisión impugnada había sido cometida deliberadamente o por negligencia. Pues bien, como se ha recordado en el apartado 319 *supra*, tal infracción puede sancionarse con una multa de conformidad con el artículo 15, apartado 2, párrafo primero, del Reglamento nº 17 y, desde el 1 de mayo de 2004, del artículo 23, apartado 2, del Reglamento nº 1/2003.
- 355 No obstante, mediante la presente alegación las demandantes señalan que el principio de seguridad jurídica se opone a que la Comisión imponga una multa por conductas contrarias a la competencia cuando el carácter ilegal de dichas conductas no se desprende de precedentes claros y previsibles. A este respecto, afirman que el razonamiento de la Comisión, que se recoge en los considerandos 731 a 736 de la Decisión impugnada, está viciado por errores de hecho y errores de apreciación de los hechos.
- 356 En primer término, las demandantes alegan que el estrechamiento de márgenes de que se acusa a Telefónica en el presente asunto no se basa en precedentes claros.
- 357 Ante todo, debe desestimarse la alegación de las demandantes, basada en la práctica de adopción de decisiones de la Comisión, en virtud de la cual la falta de precedentes claros que demuestren el carácter ilegal de una conducta podría justificar, según ellas, la no imposición de la multa. Procede recordar a este respecto que el hecho de que la Comisión opte por no imponer una multa en ciertas decisiones debido al carácter relativamente nuevo de las infracciones comprobadas no confiere «inmunidad» a las empresas que cometan posteriormente el mismo tipo de infracciones. En efecto, en el contexto específico de cada asunto, la Comisión, en el ejercicio de su facultad de apreciación, decide sobre la oportunidad de imponer una multa para sancionar la infracción comprobada y preservar la eficacia del Derecho de la competencia (sentencia del Tribunal de 22 de octubre de 1997, SCK y FNK/Comisión, T-213/05 y T-18/96, Rec. p. II-1739, apartado 239).
- 358 A continuación, procede desestimar la alegación basada en la supuesta contradicción en el razonamiento de la Comisión entre, por una parte, la afirmación, contenida en el considerando 733 de la Decisión impugnada, de que el análisis del estrechamiento de márgenes en el presente asunto se desprendía con claridad de la práctica decisoria y de la jurisprudencia anteriores a la adopción de la Decisión Deutsche Telekom y, por otra parte, la afirmación, recogida en el considerando 744 de la Decisión impugnada, de que el método de cálculo aplicado en la Decisión Deutsche Telekom no había sido utilizado previamente en ninguna decisión formal de la Comisión.
- 359 La Comisión alega acertadamente, en esencia, que del considerando 206 de la Decisión Deutsche Telekom se desprende que el método de cálculo aplicado en dicha Decisión, a la que se refiere el considerando 744 de la Decisión impugnada, resulta de su práctica decisoria anterior, si bien es cierto

que integra un elemento innovador, a saber, la utilización de un enfoque ponderado. Dicho considerando dispone asimismo que «la prueba de la compresión de márgenes forma parte de la práctica decisoria consolidada de la Comisión y que el aspecto novedoso reside en este caso en el criterio ponderado. Éste se ha tenido que aplicar en el presente asunto para reflejar el hecho de que en Alemania se ha fijado una sola tarifa mayorista para el acceso desagregado al bucle local, mientras que las tarifas para los correspondientes servicios minoristas varían según se trate de una línea analógica, ISDN o ADSL».

³⁶⁰ Por otra parte, en cuanto a la afirmación de las demandantes de que los precedentes citados por la Comisión en el considerando 733 de la Decisión impugnada eran demasiado generales e imprecisos como para permitir a Telefónica anticipar que su conducta podía ser ilegal, procede señalar —con independencia de la pertinencia de la sentencia *Industrie des poudres sphériques/Comisión*, citada en el apartado 186 *supra*, en el marco del presente asunto— que, en su Decisión 88/518/CEE, de 18 de julio de 1988, relativa a un procedimiento en virtud del artículo [82 CE] (IV/30.178 — *Napier Brown — British Sugar*) (DO L 284, p. 41), la Comisión ya estimó, en el considerando 66, que «el hecho de que una compañía dominante, tanto en el mercado de una materia prima como en el de su correspondiente producto derivado, mantenga un margen entre el precio que cobra por la materia prima a las compañías que compiten con ella en la fabricación del producto derivado y el precio que cobra por el producto derivado, insuficiente para reflejar los propios costes de transformación de la compañía dominante [...], con el resultado de que se restringe la competencia en relación con el producto derivado, es un abuso de posición dominante».

³⁶¹ Por último, 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. A este respecto, no pueden acogerse las alegaciones de las demandantes dirigidas a demostrar que esta Decisión no había permitido a Telefónica determinar con precisión las condiciones en las que la Comisión y el juez de la Unión considerarían que la existencia de un estrechamiento de márgenes podía constituir una infracción del artículo 82 CE. Primero, procede desestimar la alegación de que la Decisión *Deutsche Telekom* estaba siendo objeto de un recurso pendiente ante el juez de la Unión, dado que la presunción de legalidad de los actos de las instituciones de la Unión implica que éstos producen efectos jurídicos mientras no hayan sido revocados, anulados en el marco de un recurso de anulación o declarados inválidos a raíz de una cuestión prejudicial o de una excepción de ilegalidad (véanse la sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de octubre de 2004, *Comisión/Grecia*, C-475/01, Rec. p. I-8923, apartado 18, y la jurisprudencia citada). Segundo, la falta de previsibilidad de la definición de los mercados de productos debe ser rechazada por los motivos expuestos en el apartado 323 *supra*. Tercero, en cuanto a la alegación de que el mercado se hallaba en fuerte crecimiento, basta recordar que tal circunstancia no puede excluir la aplicación de las normas de competencia, en especial las del artículo 82 CE (sentencia de 30 de enero de 2007, *France Telecom/Comisión*, citada en el apartado 60 *supra*, apartado 107). Cuarto, por lo que respecta al hecho de que el presente asunto se refiere a un insumo no esencial, basta recordar que la determinación de la existencia de un efecto de estrechamiento de márgenes no exige que el producto mayorista en cuestión sea indispensable (véanse los apartados 180 a 182 *supra*). Quinto, tampoco puede acogerse la alegación basada en el carácter estricto del control sectorial en España, por las razones expuestas en los apartados 339 a 342 *supra*.

³⁶² Por consiguiente, Telefónica no podía ignorar que su conducta podía restringir la competencia. Además, las demandantes no pueden afirmar que ni siquiera después del pliego de cargos estuvieron en condiciones de anticipar el modelo de costes y de ingresos que la Comisión iba a aplicar en la Decisión impugnada debido a que éste se basó en elementos probatorios adicionales que no se habían mencionado ni en aquél ni en la carta factual. A este respecto, como ya se señaló al examinar el primer motivo de las pretensiones principales de las demandantes, no se ha apreciado vulneración alguna de su derecho de defensa.

- 363 En segundo término, las demandantes aducen que Telefónica nunca pudo anticipar, ni antes ni después de octubre de 2003, fecha de publicación de la Decisión Deutsche Telekom, la nueva metodología empleada por la Comisión en su Decisión para determinar la existencia de un estrechamiento de márgenes.
- 364 A este respecto, primero, deben desestimarse las alegaciones de las demandantes de que Telefónica no pudo anticipar las fuentes, la metodología ni los cálculos utilizados por la Comisión en la Decisión impugnada. En efecto, las fuentes empleadas al calcular el estrechamiento de márgenes son los ingresos y los costes históricos de Telefónica, que proceden de las propias demandantes. Por otra parte, teniendo en cuenta las decisiones precedentes mencionadas en los apartados 360 y 361 *supra*, Telefónica se encontraba razonablemente en condiciones de prever que su conducta en el mercado podía restringir la competencia.
- 365 Segundo, ya se ha desestimado, en los apartados 323 a 326 *supra*, la alegación de que Telefónica no podía prever la definición de los mercados de referencia realizada por la Comisión en la Decisión impugnada.
- 366 Tercero, en cuanto a la alegación de que el análisis del estrechamiento de márgenes se aplicó por primera vez en la Decisión impugnada a un mercado en fuerte crecimiento, en el apartado 361 *supra* se ha recordado que el hecho de que un mercado experimente un fuerte crecimiento no puede excluir la aplicación de las reglas de la competencia.
- 367 Cuarto, las alegaciones basadas en la necesidad de demostrar, en el marco del análisis del estrechamiento de márgenes, que el producto ascendente era indispensable ya han sido desestimadas en el apartado 182 *supra*.
- 368 Quinto, la alegación de las demandantes de que la regulación española era más estricta en el período de la infracción que la regulación examinada en la Decisión Deutsche Telekom es irrelevante y carece, en todo caso, de fundamento, como se desprende del considerando 748 de la Decisión impugnada.
- 369 Por consiguiente, procede desestimar la segunda alegación del primer motivo, así como el motivo en su totalidad.

b) Sobre el segundo motivo, basado en errores de hecho y de Derecho, en la violación de los principios de proporcionalidad, igualdad de trato e individualización de las penas y en el incumplimiento de la obligación de motivación al fijar el importe de la multa

- 370 El segundo motivo consta de cinco partes. La primera parte se basa en errores de hecho y de Derecho y en el incumplimiento de la obligación de motivación por lo que respecta a la calificación de la infracción de «muy grave» y a la fijación del importe inicial de la multa en 90 millones de euros. La segunda parte, en la violación de los principios de proporcionalidad, de igualdad de trato y de individualización de las penas, así como en el incumplimiento de la obligación de motivación, al fijar el importe inicial de la multa en 90 millones de euros. La tercera parte se basa en errores de hecho y de Derecho y en un defecto de motivación cometidos al incrementar el importe inicial de la multa con el fin de asegurarle un efecto disuasorio. La cuarta, en errores de hecho y de Derecho cometidos al calificar la infracción de infracción de «larga duración». La quinta, en errores de hecho y de Derecho al aplicar las circunstancias atenuantes.

Sobre la primera parte del segundo motivo, basada en errores de hecho y de Derecho y en el incumplimiento de la obligación de motivación por lo que respecta a la calificación de la infracción de «muy grave» y a la fijación del importe inicial de la multa en 90 millones de euros

- 371 En la primera parte del segundo motivo de sus pretensiones subsidiarias, las demandantes refutan las gravedad de la infracción declarada en la Decisión impugnada y, por consiguiente, la fijación del importe inicial de la multa que se impuso a Telefónica (véanse los apartados 25 a 29 *supra*).
- 372 Con carácter preliminar, es preciso recordar que, según jurisprudencia reiterada, la Comisión goza de una amplia facultad de apreciación por lo que respecta al método de cálculo de las multas. Este método, delimitado por las Directrices de 1998, contiene varios rasgos de flexibilidad que permiten que la Comisión ejerza su facultad de apreciación respetando las disposiciones del artículo 23, apartado 2, del Reglamento n° 1/2003 (véase, en este sentido, la sentencia Papierfabrik August Koehler/Comisión, citada en el apartado 76 *supra*, apartado 112, y la jurisprudencia citada).
- 373 La gravedad de las infracciones del Derecho de la Unión en materia de competencia debe establecerse en función de muchos elementos, como, sobre todo, las circunstancias particulares del asunto, su contexto y el alcance disuasorio de las multas, y ello sin que se haya fijado una lista vinculante o exhaustiva de criterios que deban ser tomados obligatoriamente en consideración (sentencias del Tribunal de Justicia de 19 de marzo de 2009, Archer Daniels Midland/Comisión, C-510/06 P, Rec. p. I-1843, apartado 72, y Prym y Prym Consumer/Comisión, citada en el apartado 83 *supra*, apartado 54).
- 374 Como se expuso en el apartado 25 *supra*, en el presente asunto, la Comisión determinó el importe de las multas aplicando la metodología definida en su Directrices de 1998.
- 375 Si bien las Directrices de 1998 no pueden calificarse de norma jurídica a cuya observancia está obligada en cualquier caso la Administración, establecen, no obstante, una regla de conducta indicativa de la práctica que debe seguirse y de la cual la Administración no puede apartarse en un determinado asunto sin dar razones que sean compatibles con el principio de igualdad de trato (véanse la sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, citada en el apartado 59 *supra*, apartado 209, y la jurisprudencia citada, y la sentencia del Tribunal General de 8 de octubre de 2008, Carbone-Lorraine/Comisión, T-73/04, Rec. p. II-2661, apartado 70).
- 376 Al adoptar estas reglas de conducta y anunciar mediante su publicación que las aplicará en lo sucesivo a los supuestos contemplados en ellas, la Comisión se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de tales reglas, so pena de verse sancionada, en su caso, por violación de los principios generales del Derecho, tales como la igualdad de trato o la protección de la confianza legítima (véanse las sentencias Dansk Rørindustri y otros/Comisión, citada en el apartado 59 *supra*, apartado 211, y la jurisprudencia citada, y Carbone-Lorraine/Comisión, citada en el apartado 375 *supra*, apartado 71).
- 377 Además, las Directrices de 1998 determinan de un modo general y abstracto la metodología que la Comisión se ha obligado a seguir para fijar el importe de las multas y garantizan, por consiguiente, la seguridad jurídica de las empresas (sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, citada en el apartado 59 *supra*, apartados 211 y 213).
- 378 Debe recordarse que, en cuanto a la apreciación de la gravedad de la infracción, las Directrices de 1998 indican lo siguiente en el punto 1 A, párrafos primero y segundo:

«A la hora de evaluar la gravedad de la infracción ha de tomarse en consideración su naturaleza, sus repercusiones concretas sobre el mercado (siempre y cuando se puedan determinar) y la dimensión del mercado geográfico afectado. Así, las infracciones serán clasificadas en tres categorías que establecen la distinción entre infracciones leves, graves y muy graves.»

- 379 De las Directrices de 1998 se desprende que las infracciones leves podrán consistir, por ejemplo, en «restricciones, casi siempre verticales, destinadas a limitar los intercambios, pero cuyas repercusiones sobre el mercado sean limitadas y no afecten más que a una parte sustancial pero relativamente restringida del mercado comunitario» (punto 1 A, párrafo segundo, primer guión). En cuanto a las infracciones graves, la Comisión señala que «se tratará por lo general de restricciones horizontales o verticales de la misma naturaleza que en el caso de las infracciones leves, pero cuya aplicación sea más rigurosa, cuyas repercusiones en el mercado sean más amplias y que puedan surtir efecto en amplias zonas del mercado común». Asimismo, la Comisión indica que podrá «tratarse de abusos de posición dominante» (punto 1 A, párrafo segundo, segundo guión). Por lo que respecta a las infracciones muy graves, la Comisión señala que se tratará «básicamente de restricciones horizontales como carteles de precios y cuotas de reparto de los mercados u otras prácticas que menoscaben el correcto funcionamiento del mercado interior, como las destinadas a compartimentar los mercados nacionales o los abusos característicos de posición dominante de empresas que prácticamente actúan como monopolios» (punto 1 A, párrafo segundo, tercer guión).
- 380 La Comisión precisa también que, por una parte, dentro de cada una de estas categorías, sobre todo cuando se trate de infracciones graves y muy graves, la escala de las sanciones adoptadas permitirá diferenciar el trato que conviene aplicar a las empresas en función de la naturaleza de las infracciones cometidas y, por otra, que será necesario tomar en consideración la capacidad económica efectiva de los autores de la infracción para infligir un daño importante a los demás operadores, sobre todo a los consumidores, y fijar un importe que dote a la multa de un carácter lo suficientemente disuasorio (punto 1 A, párrafos tercero y cuarto).
- 381 Según las Directrices de 1998, el importe inicial previsto para las multas en el caso de las «infracciones muy graves» es superior a 20 millones de euros; para las «infracciones graves» puede ir de 1 millón a 20 millones de euros; por último, en el caso de las «infracciones leves», el importe inicial previsto para las multas está comprendido entre 1.000 y 1 millón de euros (punto 1 A, párrafo segundo, guiones primero a tercero).
- 382 En primer lugar, procede examinar las alegaciones de las demandantes dirigidas a demostrar que la Comisión no debería haber calificado la infracción de «muy grave» y que, por tanto, el importe inicial de la multa debería haberse fijado en un nivel significativamente inferior a 90 millones de euros.
- 383 A este respecto, en primer término, procede desestimar el argumento de que la infracción cuya existencia se ha declarado no constituye un abuso característico, por las razones expuestas en los apartados 353 a 368 *supra*.
- 384 En segundo término, por lo que respecta a las alegaciones de las demandantes de que Telefónica no se encontraba en una situación de monopolio virtual en los mercados mayoristas, ya se ha recordado, en el apartado 155 *supra*, que Telefónica no niega haber sido el único operador que suministraba el producto mayorista regional en España desde 1999, disponiendo, por tanto, de un monopolio de hecho en ese mercado. Por otra parte, como se ha indicado en el apartado 163 *supra*, en cuanto al producto mayorista nacional, Telefónica conservó una cuota de mercado superior al 84 % durante todo el período de la infracción. La alegación de las demandantes de que se excluye la existencia de un cuasi monopolio cuando los productos afectados no constituyan «infraestructuras esenciales» o sean objeto de regulación sectorial carece de fundamento en las Directrices de 1998 y en la jurisprudencia y no puede ser acogida.
- 385 En tercer término, la alegación basada en las supuestas contradicciones entre los considerandos 744 y 746 de la Decisión impugnada (este último remite al considerando 733 de dicha Decisión) debe ser desestimada por las razones expuestas en los apartados 358 y 359 *supra*. Así, el método de cálculo aplicado en la Decisión Deutsche Telekom, al que se refiere el considerando 744 de la Decisión impugnada, deriva de decisiones anteriores de la Comisión, si bien es cierto que integra un elemento nuevo, en concreto, la utilización de un enfoque ponderado.

- 386 En cuarto término, por las razones expuestas en el apartado 361 *supra* debe rechazarse la alegación de las demandantes en el sentido de que, ni siquiera después de la publicación el 14 de octubre de 2003 de la Decisión Deutsche Telekom en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, tuvo Telefónica motivos para pensar que su conducta podía suponer una infracción del artículo 82 CE, ya que su situación era esencialmente diferente a la situación examinada en dicho asunto. En cuanto a la alegación de las demandantes —basada en la práctica seguida por la Comisión en decisiones anteriores— de que la infracción hubiera debido calificarse de «grave», al menos antes de 2003, debe ser desestimada, dado que es jurisprudencia reiterada que la práctica decisoria de la Comisión no puede servir de marco jurídico a las multas en materia de competencia, marco integrado únicamente por el Reglamento n° 17 y, desde el 1 de mayo de 2004, por el Reglamento n° 1/2003. Las decisiones relativas a otros asuntos tienen únicamente carácter indicativo en lo referente a la posible existencia de discriminaciones, dado que es poco probable que las circunstancias concretas de esos asuntos, como los mercados, los productos, las empresas y los períodos considerados, sean idénticas (véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de junio de 2007, *Britannia Alloys & Chemicals/Comisión*, C-76/06 P, Rec. p. I-4405, apartado 60, y la jurisprudencia citada). Por lo demás, los restantes argumentos formulados por las demandantes para demostrar que Telefónica no podía prever que su conducta pudiese constituir una infracción del artículo 82 CE han sido desestimados en los apartados 322 a 352 *supra*.
- 387 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, no puede prosperar la primera alegación de las demandantes, tal como ha quedado expuesta en el apartado 382 *supra*.
- 388 En segundo lugar, las demandantes alegan que el importe inicial de la multa es excesivo teniendo en cuenta la falta de repercusión concreta, o la repercusión limitada, de las prácticas controvertidas.
- 389 Hay que recordar que, con arreglo al punto 1 A, párrafo primero, de las Directrices de 1998, la Comisión debe, en el marco de la apreciación de la gravedad de la infracción, proceder a un examen de la repercusiones concretas sobre el mercado únicamente cuando dichas repercusiones puedan determinarse (véase, en este sentido, la sentencia *Prym y Prym Consumer/Comisión*, citada en el apartado 83 *supra*, apartado 74, y la jurisprudencia citada).
- 390 Además, en el caso de que la Comisión considere oportuno, a efectos del cálculo de la multa, tener en cuenta ese elemento facultativo que son las repercusiones concretas de la infracción en el mercado, no puede limitarse a utilizar una simple presunción, sino que debe aportar indicios concretos, verosímiles y suficientes que permitan apreciar la influencia efectiva que la infracción haya podido tener en la competencia en dicho mercado (sentencia *Prym y Prym Consumer/Comisión*, citada en el apartado 83 *supra*, apartado 82).
- 391 En el presente asunto, de la Decisión impugnada se desprende que la Comisión prefirió tener en cuenta este elemento facultativo que son las repercusiones concretas de la infracción, lo que confirmó expresamente durante la vista al ser preguntada sobre este extremo. En efecto, como se deriva de los considerandos 751 y 752 de la Decisión impugnada, la Comisión estimó que «el impacto del abuso de Telefónica en el mercado minorista [había] sido significativo». Así, por una parte señala que, al evaluar la gravedad de la infracción, tuvo en cuenta que los mercados de referencia eran mercados de una importancia económica considerable y que desempeñaban un papel crucial en el desarrollo de la sociedad de la información y, por otra, que consideró que el estrechamiento de márgenes impuesto por Telefónica tuvo un efecto directo de exclusión en el mercado minorista de banda ancha y que el hecho de que el comportamiento de Telefónica hubiese restringido la capacidad de crecimiento sostenible de los operadores de ADSL en el mercado minorista parecía ser un factor importante que había conducido a que los precios minoristas españoles fuesen de los más altos de Europa.
- 392 Dado que la Comisión, en la Decisión impugnada, a efectos de determinar la repercusión concreta de la infracción en el mercado, no sólo se basa en la importancia económica considerable y en el papel crucial de los mercados en cuestión en el desarrollo de la sociedad de la información, sino también en

los efectos del abuso, es preciso examinar, en el marco del presente motivo, las alegaciones de las demandantes, formuladas en la segunda parte del quinto motivo de sus pretensiones principales, que tienen por objeto probar que la Comisión no demostró suficientemente, con arreglo a Derecho, los efectos concretos del abuso de Telefónica.

- 393 En cuanto a los supuestos efectos concretos de exclusión en el mercado minorista, en la Decisión impugnada la Comisión afirmó que existían pruebas empíricas, primero, de que el crecimiento de Telefónica había superado con creces el de sus competidores (considerandos 567 a 570 de la Decisión impugnada); segundo, de que Telefónica siguió siendo, con gran distancia frente al resto, el mayor proveedor de ADSL en el mercado de masa minorista durante todo el período investigado (considerandos 571 a 573 de la Decisión impugnada); tercero, de que, a diferencia de sus competidores de ADSL, Telefónica alcanzó una cuota en el mercado minorista de banda ancha mayor que la que había ocupado en los servicios de banda estrecha (considerandos 574 a 578 de la Decisión impugnada); y, cuarto, de que la conducta de Telefónica limitó la competencia en el mercado mayorista nacional (considerandos 579 a 584 de la Decisión impugnada). La Comisión afirma también que la limitada competencia restante en el mercado minorista es insuficiente para rebatir que el estrechamiento de márgenes tuvo efectos concretos de exclusión (considerandos 585 a 591 de la Decisión impugnada).
- 394 En primer término, según las demandantes, la cuota de mercado de Telefónica en el mercado minorista descendió notablemente durante el período investigado, algo incompatible con el desarrollo de una estrategia de exclusión. La tasa de captación de clientes de los servicios minoristas de Telefónica (considerandos 568 a 570 de la Decisión impugnada) fue siempre inferior a la cuota de Telefónica en dicho mercado. Además, los datos en los que se basa la Comisión se refieren únicamente al segmento minorista del ADSL y excluyen los productos basados en otros productos de banda ancha, que forman parte del mercado minorista tal como se define en la Decisión impugnada.
- 395 A este respecto, ante todo, debe señalarse que las demandantes no rebaten los datos presentados por la Comisión en los considerandos 568 a 570 de la Decisión impugnada, según los cuales Telefónica creció en el mercado minorista a un ritmo cuatro veces mayor que el de todos sus competidores de ADSL juntos y, respectivamente, seis y catorce veces más deprisa que sus dos principales competidores entre enero de 2002 y octubre de 2004. Por lo demás, durante el último trimestre de 2004 y el primer semestre de 2005, Telefónica absorbió casi el 70 % del crecimiento del mercado del ADSL. Por último, el despegue progresivo de las ofertas minoristas de los competidores basadas en el acceso desagregado al bucle local no impidió a Telefónica captar más del 70 % de los nuevos abonados en el segmento ADSL entre abril de 2005 y julio de 2006.
- 396 A continuación, en contra de lo afirmado por las demandantes, es preciso destacar que la cuota de mercado de Telefónica en el segmento ADSL del mercado minorista se mantuvo relativamente estable durante el período de la infracción (esquema 13 de la Decisión impugnada), habiendo pasado — después de una disminución del [confidencial] entre diciembre de 2001 y julio de 2002— del 58 % en julio de 2002 (es decir, sólo seis meses después del comienzo del período de la infracción) al 56 % al final del período de la infracción, en diciembre de 2006.
- 397 A este respecto, frente a lo que afirman las demandantes, no se puede reprochar a la Comisión que analizase particularmente los efectos del estrechamiento de márgenes en el segmento ADSL del mercado minorista. En efecto, este segmento representaba entre el 72 % y el 78,7 % de las líneas de banda ancha en España entre 2002 y 2006 (considerandos 39 y 555 y cuadro 1 de la Decisión impugnada). Por lo demás, estuvo directamente afectado por el estrechamiento de márgenes, al haberse practicado éste sobre los productos mayoristas nacional y regional que permitían a los operadores de ADSL alternativos ofrecer sus productos en el mercado minorista.

- 398 Por último, como se ha señalado en el apartado 281 *supra*, la Comisión tomó en consideración la existencia de los operadores de cable. Estimó que éstos no se vieron directamente afectados por el estrechamiento de márgenes y que, por otra parte, no ejercían una presión competitiva suficiente sobre Telefónica en el mercado minorista (considerandos 559 y 560 de la Decisión impugnada).
- 399 En segundo término, las demandantes alegan que la Comisión no probó su afirmación de que el estrechamiento de márgenes agotó financieramente a los competidores de Telefónica (considerandos 587 a 591 de la Decisión impugnada). No obstante, esta afirmación sólo tenía por objeto rebatir el argumento de Telefónica, formulado en su contestación al pliego de cargos, de que estuvo expuesta a una intensa competencia por parte de un gran número de competidores efectivos (considerando 585 de la Decisión impugnada), lo que desmiente, a su juicio, que el estrechamiento de márgenes tuviese efectos concretos de exclusión. Pues bien, dado que las demandantes no rebaten la afirmación, recogida en el considerando 588 de la Decisión impugnada, según la cual ningún operador de ADSL alcanzó un 1 % de cuota de mercado hasta el año 2005, su alegación no puede prosperar. Además, contrariamente a lo afirmado por las demandantes y como señaló la Comisión en el considerando 590 de la Decisión impugnada, Jazztel no logró alcanzar una cuota de mercado superior al 1 % sobre la base de los productos mayoristas nacional y regional de Telefónica. Por último, en cuanto al argumento de las demandantes de que las numerosas adquisiciones de operadores alternativos por parte de otros operadores —a cambio de considerables cantidades de dinero— confirman las grandes expectativas de crecimiento de los operadores alternativos, no demuestra que la conducta de Telefónica no tuviese efectos de exclusión durante el período de la infracción. Además, la adquisición de Ya.com por France Telecom, a la que se refieren concretamente las demandantes, data de junio de 2007. Por tanto, es posterior a dicho período.
- 400 En tercer término, las demandantes afirman que la Comisión distorsionó los datos, de la misma forma que las tasas de crecimiento en el mercado minorista, con el fin de demostrar que la conducta de Telefónica tuvo por efecto restringir la competencia en el mercado mayorista (considerandos 579 a 584 de la Decisión impugnada). Preguntadas durante la vista oral sobre el sentido y el alcance de su alegación, las demandantes afirmaron que ésta no se refería a las tasas de crecimiento en el mercado minorista. Por el contrario, la Comisión hacía referencia, según ellas, a las cuotas de adiciones de líneas mayoristas, sin tener en cuenta el autoconsumo que realizaban numerosos operadores que se integraban verticalmente. No obstante, no cabe estimar este argumento, que carece de apoyo probatorio, puesto que de la nota a pie de página nº 654 de la Decisión impugnada, relativa al esquema 18, en el considerando 579 de la Decisión impugnada, se desprende que «las adiciones netas están calculadas con base en la evolución de líneas (incluyendo el autoconsumo) en el mercado mayorista nacional». Por tanto, la Comisión tuvo efectivamente en cuenta dicho autoconsumo.
- 401 En cualquier caso, es preciso señalar que, a pesar del hecho de que Telefónica hubiese perdido algunas cuotas de mercado en el caso del producto mayorista nacional (esquema 18 de la Decisión impugnada), las demandantes no rebaten las afirmaciones de la Comisión de que el crecimiento de Telefónica en relación con el producto mayorista nacional entre enero de 2002 y octubre de 2004 se produjo a un ritmo seis veces mayor que el de todos sus competidores de ADSL juntos, diez veces mayor que el de su principal competidor en ADSL, ONO, y treinta veces mayor que el de su segundo mayor competidor en ADSL, France Telecom (considerando 580 de la Decisión impugnada). Además, de la Decisión impugnada se desprende que, desde octubre de 2004, Telefónica siguió creciendo en el mercado mayorista nacional a un ritmo tres veces mayor que el de todos sus competidores de ADSL juntos, siete veces mayor que el de su principal competidor de ADSL, France Telecom, y diez veces mayor que el de su segundo mayor competidor de ADSL, Jazztel. Por otra parte, Auna, que era el principal competidor de Telefónica en el mercado mayorista nacional, descendió en volumen durante ese último período (considerando 581 de la Decisión impugnada). Pues bien, el crecimiento de Telefónica en el mercado de las líneas de ADSL en relación con el producto mayorista nacional y la disminución de volumen de Auna en el mercado mayorista nacional deben considerarse indicios de los efectos concretos de exclusión de sus competidores.

402 Habida cuenta de las consideraciones que preceden, y sin que proceda pronunciarse sobre las alegaciones de las demandantes que tienen por objeto impugnar la comparación entre los servicios de banda estrecha y los servicios de banda ancha efectuada por la Comisión en los considerandos 574 a 578 de la Decisión impugnada, debe considerarse que la Comisión aportó indicios concretos, verosímiles y suficientes para demostrar que la conducta de Telefónica tuvo efectos concretos de exclusión en el mercado.

403 En cuarto término, las demandantes niegan el supuesto perjuicio sufrido por los consumidores. Rebaten la apreciación de la Comisión de que la conducta de Telefónica elevó los precios minoristas a uno de los niveles más altos (si no el más alto) de la Unión —cuando ésta estaba compuesta por quince Estados miembros— o, incluso, los hizo subir por encima de los precios más altos de dichos Estados miembros.

404 A este respecto, hay que señalar que, en los considerandos 592 a 602 de la Decisión impugnada, la Comisión hizo constar lo siguiente:

- la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), en un informe de 18 de junio de 2004, había llegado a la conclusión de que la tarifa mensual media de una conexión a Internet de banda ancha en España era una de las más caras de Europa en términos de relación calidad-precio, extremo que fue confirmado por un estudio realizado por una asociación española de consumidores, la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) (considerando 594 de la Decisión impugnada);
- los análisis realizados por la CMT entre 2004 y 2006 mostraban que los precios minoristas del acceso a Internet de banda ancha en España eran altos y estaban claramente por encima de la media europea (considerando 595 de la Decisión impugnada);
- un estudio de diciembre de 2006 (en lo sucesivo, «estudio de 2006»), encargado por la ANR irlandesa, la Commission for Communications Regulation (ComReg), y realizado por la consultora Teligen, llegó a la conclusión de que los precios minoristas de Telefónica eran un 85 % más altos que la media europea (considerandos 596 a 601 de la Decisión impugnada);
- Telefónica calculó, con arreglo a sus propios datos, que el precio minorista medio en España era un 20 % más alto que el precio medio de la Unión cuando estaba compuesta por quince Estados miembros (considerando 602 de la Decisión impugnada).

405 Por una parte, en su demanda, las demandantes afirmaron que la Comisión no había demostrado en la Decisión impugnada que los precios minoristas en España estuviesen entre los más altos de Europa. No obstante, a estos efectos, únicamente negaron los resultados del estudio de 2006 alegando que las ofertas objeto de comparación eran heterogéneas, que ese estudio no tenía en cuenta las promociones ni el precio de los productos más populares, y que la muestra considerada sólo se refería a la situación de quince países en un momento determinado. Sin embargo, no rebatieron los otros estudios citados por la Comisión que acreditan el elevado nivel de los precios del producto minorista en España, de modo que su alegación no puede ser acogida. En cualquier caso, como destacó la Comisión en el apartado 602 de la Decisión impugnada, la propia Telefónica, en su contestación al pliego de cargos, reconoció que una simple comparación de los precios minoristas entre los Estados miembros permitía concluir que los precios minoristas españoles estaban entre los más altos de la Unión —cuando ésta estaba compuesta por quince Estados miembros— «durante el período entre 1999 y 2005».

406 Por otra parte, en su escrito de réplica y durante la vista oral, las demandantes alegaron que ninguno de los estudios citados por la Comisión respondía a la pregunta de si los consumidores españoles soportaron precios minoristas de acceso a Internet de banda ancha más elevados como resultado de un estrechamiento de márgenes anticompetitivo.

- 407 No obstante, en el apartado 390 *supra* se ha recordado que la Comisión debía aportar indicios concretos, verosímiles y suficientes que permitiesen apreciar la influencia concreta que la infracción pudiera haber tenido en la competencia en el mercado en cuestión. Pues bien, hay que considerar que la Comisión podía estimar, válidamente, que el elevado nivel de los precios minoristas en España constituía tal indicio de la repercusión concreta de la conducta de Telefónica en el mercado español.
- 408 En quinto término, las demandantes sostienen que es errónea la afirmación de la Comisión, contenida en el considerando 603 de la Decisión impugnada, de que la tasa de penetración de la banda ancha en España estaba por debajo de la media europea. A estos efectos, alegan que España se situaba sólo «ligeramente» por debajo de la media europea, que esta evolución había sido ya prevista en 2001 debido al desarrollo tardío del acceso a Internet de banda ancha en España y que, además, este hecho responde a factores sociodemográficos.
- 409 Si bien es cierto que las demandantes formulan algunos argumentos que podrían explicar que dicha tasa esté por debajo de la media europea, no niegan que era efectivamente inferior a dicha media. Pues bien, hay que considerar que la Comisión no incurrió en un error manifiesto de apreciación al estimar que la tasa de penetración de la banda ancha menos elevada en España que en los otros Estados miembros constituía también un indicio de la repercusión concreta de la conducta de Telefónica en el mercado español.
- 410 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, la segunda alegación de las demandantes, tal como ha quedado expuesta en el apartado 388 *supra*, tampoco puede prosperar.
- 411 En tercer lugar, las demandantes afirman que el importe inicial de la multa es excesivo teniendo en cuenta la dimensión del mercado geográfico supuestamente afectado.
- 412 En primer término, deben desestimarse las alegaciones basadas en la práctica seguida por la Comisión en sus anteriores decisiones según las cuales, en las decisiones dictadas en materia de abuso de posición dominante en el sector de las telecomunicaciones, la Comisión había considerado siempre «graves» las infracciones cuando los mercados de referencia presentaban características comparables a las del mercado español de acceso a Internet de banda ancha. Como se ha señalado en el apartado 386 *supra*, la práctica decisoria de la Comisión no puede servir de marco jurídico a las multas en materia de competencia.
- 413 En segundo término, debe desestimarse la alegación de las demandantes basada en el hecho de que la infracción debería calificarse de «grave» dado que «el mercado afectado se limita (a lo sumo) al territorio de un Estado miembro». En efecto, como destacó acertadamente la Comisión en el considerando 755 de la Decisión impugnada, dejando al margen el hecho de que, si bien los casos de estrechamiento de márgenes se limitan necesariamente a un solo Estado miembro, impiden a los operadores procedentes de otros Estados miembros entrar en un mercado en expansión, el mercado español de banda ancha es el quinto mercado nacional de banda ancha más grande de la Unión. Por otra parte, como destacó la Comisión en el considerando 742 de la Decisión impugnada, el abuso de Telefónica constituye un abuso característico de una empresa que ostenta un monopolio virtual. Como resulta por lo demás de los apartados 388 a 410 *supra*, la Comisión estimó válidamente que la conducta de Telefónica tuvo una repercusión significativa en el mercado minorista. Por último, según la jurisprudencia, la dimensión del mercado geográfico afectado no es más que un criterio de los tres que son pertinentes, según las Directrices de 1998, para la valoración global de la gravedad de la infracción. Entre esos criterios interdependientes desempeña un papel primordial la naturaleza de la infracción. En cambio, la dimensión del mercado geográfico no es un criterio autónomo en el sentido de que sólo puedan recibir la calificación de «muy graves» las infracciones que afecten a la mayoría de los Estados miembros. Ni el Tratado CE, ni el Reglamento n° 17, ni el Reglamento n° 1/2003, ni las Directrices de 1998, ni la jurisprudencia permiten considerar que sólo las restricciones geográficamente muy extensas puedan ser calificadas de «muy graves» (véase, en este sentido, la sentencia Raiffeisen Zentralbank Österreich y otros/Comisión, citada en el apartado 319 *supra*,

apartado 311, y la jurisprudencia citada). En vista de estos datos, la Comisión calificó acertadamente la infracción de «muy grave» a pesar de que el mercado geográfico afectado quedara circunscrito al territorio español.

- 414 Por consiguiente, la tercera alegación de las demandantes, tal como ha quedado expuesta en el apartado 411 *supra*, debe ser desestimada.
- 415 En cuarto lugar, las demandantes alegan que la Comisión incumplió su obligación de motivación y cometió un error de Derecho al no tener en cuenta la intensidad variable de la gravedad de la infracción mientras duró.
- 416 En primer término, en cuanto al incumplimiento de la obligación de motivación, según jurisprudencia reiterada, a la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas de la competencia, las exigencias de forma sustanciales que integran 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 (sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de noviembre de 2000, Sarrió/Comisión, C-291/98 P, Rec. p. I-9991, apartado 73, y sentencia Atlantic Container Line y otros/Comisión, citada en el apartado 150 *supra*, apartado 1521). Estas exigencias no imponen a la Comisión la obligación de indicar en su decisión los datos numéricos relativos al método de cálculo de las multas (véase la sentencia Microsoft/Comisión, citada en el apartado 58 *supra*, apartado 1361, y la jurisprudencia citada).
- 417 En el presente asunto, la Comisión estimó, en el considerando 750 de la Decisión impugnada, que «[la infracción] [debía] ser considerada [...] muy grave». Además, en el considerando 756 de la Decisión impugnada, la Comisión señaló, por una parte, que «la infracción [debía] considerarse [...] muy grave, aunque puede que no tuviese el mismo nivel de gravedad durante todo el período considerado» y, por otra, que «el montante base de la multa [debía] tomar en consideración que la gravedad del abuso de Telefónica se hizo en cualquier caso manifiestamente claro tras la Decisión Deutsche Telekom».
- 418 A este respecto, debe desestimarse la alegación de las demandantes basada en una supuesta contradicción de motivos, derivada del hecho de que la Comisión estimó que la infracción era «muy grave» cuando en realidad puede que hubiese sido menos grave antes del mes de octubre de 2003, fecha de publicación de la Decisión Deutsche Telekom. En efecto, como se desprende de los considerandos 738 a 758 de la Decisión impugnada, la Comisión consideró que la infracción había sido «muy grave» a lo largo de todo el período investigado, aunque dicha gravedad no había sido uniforme a lo largo de dicho período. Por lo demás, a la luz de la jurisprudencia citada en el apartado 416 *supra*, también debe desestimarse el argumento basado en la falta total de motivación sobre la «manera concreta en que la Comisión [procedió] al cálculo del “importe inicial”».
- 419 En segundo término, debe desestimarse la alegación de las demandantes de que la Comisión no extrajo ninguna consecuencia de las apreciaciones mencionadas en el apartado 417 *supra*, en términos de calificación de la infracción o en términos de fijación del importe inicial de la multa, en la medida en que debería haber calificado, a lo sumo, la infracción de «grave» y fijar el importe inicial de la multa en un nivel significativamente inferior. Esta alegación se basa en una premisa errónea, dado que, por una parte, de las consideraciones anteriores (véanse los apartados 371 a 414 *supra*) resulta que la Comisión estimó acertadamente que la infracción debía calificarse de «muy grave» durante todo el período investigado y que, por otra, de los considerandos 750 y 760 de la Decisión impugnada se desprende expresamente que, pese a que la infracción se calificase de «muy grave» durante todo ese período, la Comisión tuvo efectivamente en cuenta la intensidad variable de la infracción al fijar el importe inicial de la multa (véanse los apartados 27 y 417 *supra*).
- 420 Por consiguiente, la cuarta alegación de las demandantes, tal como ha quedado expuesta en el apartado 388 *supra*, no puede ser acogida.

421 De las consideraciones anteriores resulta que procede desestimar la primera parte del segundo motivo en su totalidad.

Sobre la segunda parte del segundo motivo, basada en la violación de los principios de proporcionalidad, igualdad de trato e individualización de las penas y en el incumplimiento de la obligación de motivación al fijar el importe inicial de la multa

422 Mediante el presente motivo, las demandantes alegan la violación por parte de la Comisión de los principios de proporcionalidad, igualdad de trato e individualización de las penas y el incumplimiento de la obligación de motivación al fijar el importe inicial de la multa.

423 En primer lugar, procede examinar la alegación de las demandantes basada en la infracción de los principios de proporcionalidad, igualdad de trato e individualización de las penas.

424 En primer término, debe recordarse que el principio de igualdad de trato se opone, en particular, a que se traten de manera diferente situaciones que son comparables, salvo que este trato esté justificado objetivamente (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 10 de enero de 2006, IATA y ELFAA, C-344/04, Rec. p. I-403, apartado 95, y de 17 de junio de 2010, Lafarge/Comisión, C-413/08 P, Rec. p. I-5361, apartado 40, y la sentencia del Tribunal General de 1 de julio de 2008, Compagnie maritime belge/Comisión, T-276/04, Rec. p. II-1277, apartado 92, así como la jurisprudencia citada).

425 En el presente asunto, a los efectos de demostrar que se violó el principio de igualdad de trato, las demandantes destacan las diferencias, al fijar el importe inicial de la multa, entre, por una parte, la Decisión impugnada y, por otra, varias decisiones anteriores de la Comisión. Ahora bien, como se ha recordado en el apartado 386 *supra*, la práctica decisoria de la Comisión no puede servir de marco jurídico a las multas en materia de competencia.

426 Además, según reiterada jurisprudencia, el hecho de que la Comisión haya impuesto en el pasado multas de un determinado nivel por ciertos tipos de infracciones no puede privarla de la posibilidad de aumentar dicho nivel, dentro de los límites indicados en el Reglamento n° 17 y en el Reglamento n° 1/2003, si ello resulta necesario para garantizar la aplicación de la política de competencia de la Unión (véase la sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, citada en el apartado 59 *supra*, apartado 169, y la jurisprudencia citada).

427 Por el contrario, la aplicación eficaz de las normas de la Unión en materia de competencia exige que la Comisión pueda en todo momento adaptar el nivel de las multas a las necesidades de esta política. Tal comportamiento no basta para afirmar que la Comisión ha violado el principio de igualdad de trato respecto a su práctica anterior (véase la sentencia Groupe Danone/Comisión, citada en el apartado 67 *supra*, apartado 154, y la jurisprudencia citada). Por tanto, no puede apreciarse violación alguna del principio de igualdad de trato en el presente asunto.

428 En segundo término, debe recordarse que, según jurisprudencia reiterada, el principio de proporcionalidad, que forma parte de los principios generales del Derecho de la Unión, exige que los actos de las instituciones de la Unión no rebasen los límites de lo que resulta adecuado y necesario para el logro de los objetivos legítimos perseguidos por la normativa controvertida, entendiéndose que, cuando se ofrece una elección 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 (véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2001, Jippes y otros, C-189/01, Rec. p. I-5689, apartado 81, y la jurisprudencia citada).

- 429 En el contexto del cálculo de multas, el principio de proporcionalidad implica que la Comisión debe fijar la multa en proporción a los elementos tenidos en cuenta para apreciar la gravedad de la infracción y, a este respecto, debe aplicar dichos elementos de forma coherente y justificada objetivamente (véase la sentencia del Tribunal de 27 de septiembre de 2006, Jungbunzlauer/Comisión, T-43/02, Rec. p. II-3435, apartado 228, y la jurisprudencia citada).
- 430 A este respecto, debe destacarse ante todo que la Comisión, en el marco del Reglamento n° 1/2003, 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 en materia de competencia (véase la sentencia Groupe Danone/Comisión, citada en el apartado 67 *supra*, apartado 134, y la jurisprudencia citada).
- 431 Es necesario recordar también que la metodología expuesta en el punto 1 A de las Directrices de 1998 responde a una lógica global según la cual el importe inicial general de la multa, determinado por la gravedad de la infracción, se calcula en función de la naturaleza de la infracción, de sus repercusiones concretas sobre el mercado, siempre y cuando se puedan determinar, y de la dimensión del mercado geográfico afectado (sentencia del Tribunal de 6 de mayo de 2009, Wieland-Werke/Comisión, T-116/04, Rec. p. II-1087, apartado 62).
- 432 En el presente asunto, como resulta de los apartados 371 a 421 *supra*, la Comisión calificó válidamente la infracción de «muy grave». 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 impugnada), no cabe considerar desproporcionado un importe inicial de la multa de 90 millones de euros.
- 433 En tercer término, las demandantes no pueden pretender que haya habido violación del principio de individualización de las penas. En efecto, 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 (véase la sentencia Groupe Danone/Comisión, citada en el apartado 67 *supra*, apartado 169, y la jurisprudencia citada). La disuasión debe ser a la vez específica y general. 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 de competencia (véase, en este sentido, la sentencia Musique Diffusion française y otros/Comisión, citada en el apartado 313 *supra*, apartado 106). Pues bien, aunque es cierto que la multa puede tener también un efecto disuasorio general respecto a otras empresas que estén tentadas de infringir las normas de competencia, de la Decisión impugnada se desprende que, en el presente asunto, la multa se calculó teniendo en cuenta la situación particular de Telefónica, esto es, la gravedad de la infracción imputada en relación con su naturaleza, sus efectos en el mercado y la dimensión del mercado geográfico afectado, la duración de la infracción y la presencia de una circunstancia atenuante. Por consiguiente, las demandantes no pueden afirmar que el efecto disuasorio general de la multa haya sido el «objetivo último y primero de la multa».
- 434 En segundo lugar, por lo que respecta a la alegación basada en el incumplimiento de la obligación de motivación, es preciso recordar, como se ha señalado en el apartado 416 *supra*, que las exigencias de forma sustanciales que integran 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, sin que esté obligada a incluir una exposición más detallada o a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa. Pues bien, tales datos constan en los considerandos 713 a 767 de la Decisión impugnada. Además, en el apartado 431 *supra* se ha recordado la lógica global inherente al cálculo del importe inicial de la multa. Por consiguiente, debe desestimarse la alegación de las demandantes de que la Comisión hubiera debido explicar con mayor detalle, en la Decisión impugnada, cómo fijó el importe inicial de la multa en 90 millones de euros.

435 Además, como se ha recordado en el apartado 386 *supra*, al no servir la práctica decisoria de la Comisión de marco jurídico a las multas en materia de competencia, las demandantes no pueden reprochar a la Comisión que no indicase, en la Decisión impugnada, las razones por las que el importe inicial de la multa impuesta a Telefónica era significativamente superior al importe inicial de la multa impuesta en la Decisión Wanadoo y que no precisase tampoco las razones por las que estaba justificado, en el presente asunto, imponer a Telefónica una multa cuyo importe era superior al fijado en la Decisión Deutsche Telekom (véase, en este sentido, la sentencia Michelin/Comisión, citada en el apartado 268 *supra*, apartado 255).

436 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, debe desestimarse la alegación basada en un incumplimiento de la obligación de motivación y toda la segunda parte del segundo motivo.

Sobre la tercera parte del segundo motivo, basada en errores de hecho y de Derecho y en un defecto de motivación al incrementar el importe inicial de la multa con fines disuasorios

437 En esta parte del motivo, las demandantes alegan que la Comisión incurrió en errores de hecho y de Derecho al incrementar el importe inicial de la multa con fines disuasorios.

438 Con carácter preliminar, debe recordarse que, con arreglo al punto 1 A, párrafo cuarto, de las Directrices de 1998, al determinar el importe inicial de la multa es «necesario tomar en consideración la capacidad económica efectiva de los autores de la infracción para infligir un daño importante a los demás operadores, sobre todo a los consumidores, y fijar un importe que dote a la multa de un carácter lo suficientemente disuasorio». Por otra parte, según el punto 1 A, párrafo quinto, la Comisión podrá tener en cuenta el hecho de que «las empresas grandes disponen casi siempre de los conocimientos y mecanismos jurídico-económicos que les permiten apreciar mejor la ilegalidad de su comportamiento y las consecuencias que se derivan de dicha ilegalidad desde el punto de vista del Derecho de la competencia».

439 En primer lugar, en cuanto a la alegación de las demandantes basada en un defecto de motivación del incremento con fines disuasorios, es preciso señalar que, en el considerando 758 de la Decisión impugnada, la Comisión explicó que, «dada la capacidad económica significativa de Telefónica, a fin de asegurar un efecto disuasorio suficiente para la empresa, el montante base [debía] ajustarse al alza por un factor de 1,25». En la nota a pie de página n° 791 de la Decisión impugnada, la Comisión precisó que Telefónica era el operador histórico de telecomunicaciones más grande de Europa en términos de capitalización bursátil y que los recursos y beneficios de Telefónica eran significativos. Indicó asimismo que, según su declaración ante la United States Securities and Exchange Commission (comisión del mercado de valores de Estados Unidos) correspondiente al ejercicio fiscal de 2006, Telefónica poseía una tesorería e inversiones financieras temporales de 5.472 millones de euros a 31 de diciembre de 2006 y que sus beneficios ascendieron a 6.579 millones de euros en el ejercicio fiscal 2006, con unos ingresos de 52.901 millones de euros. Por consiguiente, el incremento del importe de la multa con fines disuasorios está suficientemente motivado con arreglo a Derecho.

440 En segundo lugar, deben desestimarse las alegaciones de que, por una parte, la Comisión debería haber verificado si el importe inicial de la multa de 90 millones de euros era ya de por sí suficientemente disuasorio, incluso a falta de incremento, y de que, por otra parte, la necesidad de aumentar una multa con fines disuasorios debería determinarse una vez calculado su importe final. A este respecto, es preciso señalar que las demandantes no impugnan la legalidad de las Directrices de 1998, en virtud de las cuales la toma en consideración del efecto disuasorio de una multa constituye uno de los factores que se tienen en cuenta a la hora de fijar el importe inicial de la multa. Pues bien, debe considerarse que la Comisión podía válidamente estimar que la capacidad económica significativa de Telefónica —que, al adoptarse la Decisión impugnada, era el mayor operador histórico de telecomunicaciones en términos de capitalización bursátil (considerando 758 y nota a pie de página

nº 791 de la Decisión impugnada)— justificaba la imposición de un coeficiente disuasorio, tanto más cuanto que las demandantes no niegan que el importe inicial de la multa sólo representaba, en el presente asunto, el 0,17 % del volumen de negocios de Telefónica.

441 En tercer lugar, las demandantes se basan en la práctica seguida por la Comisión en decisiones anteriores para demostrar que ésta violó los principios de proporcionalidad y de igualdad de trato al incrementar el importe inicial de la multa con fines disuasorios. Así, la capacidad económica de Telefónica no justifica un trato distinto del dado a las empresas Wanadoo Interactive y Deutsche Telekom, a las que la Comisión no aplicó incremento alguno con fines disuasorios. No obstante, tal alegación debe ser desestimada, ya que, como se ha señalado en el apartado 386 *supra*, la práctica decisoria de la Comisión no puede servir de marco jurídico a las multas en materia de competencia. Por tanto, la mera apreciación de que la Comisión incrementó con fines disuasorios el importe de la multa impuesta a Telefónica en el presente asunto, sin que hubiese aplicado incremento alguno con ese fin en las Decisiones Wanadoo Interactive y Deutsche Telekom, no puede servir de fundamento para apreciar la existencia de una violación de los principios de igualdad de trato y de proporcionalidad. Por consiguiente, la alegación de las demandantes debe ser desestimada.

442 En cuarto lugar, por lo que respecta a la alegación basada en la violación del principio de individualización de las penas, basta remitirse a las consideraciones recogidas en el apartado 433 *supra*.

443 De todas las consideraciones anteriores resulta que las alegaciones de las demandantes según las cuales la Comisión incurrió en numerosos errores al incrementar el importe inicial de la multa impuesta a Telefónica con fines disuasorios carecen de fundamento, por lo que procede desestimar la tercera parte del segundo motivo.

Sobre la cuarta parte del segundo motivo, basada en errores de Derecho y en errores manifiestos de apreciación cometidos al calificar la infracción de infracción de «larga duración»

444 En esta parte del motivo, las demandantes alegan que la Comisión incurrió en errores de Derecho y en errores de apreciación de los hechos al determinar el punto de partida y la fecha final de la infracción.

445 Debe recordarse que, con arreglo al artículo 23, apartado 3, del Reglamento nº 1/2003, la duración de la infracción constituye uno de los elementos que deben tomarse en consideración para determinar el importe de la multa que procede imponer a las empresas culpables de infracciones de las normas en materia de competencia.

446 En lo relativo a la duración de la infracción, las Directrices de 1998 distinguen entre las infracciones de corta duración (en general, inferior a un año), respecto de las cuales no debe incrementarse el importe inicial establecido en función de la gravedad; las infracciones de mediana duración (en general, de uno a cinco años), respecto de las cuales dicho importe puede incrementarse en un 50 %, y las infracciones de larga duración (en general, más de cinco años), respecto de las cuales dicho importe puede incrementarse en un 10 % por año (punto 1 B, párrafo primero, guiones primero a tercero, de las Directrices de 1998).

447 En primer lugar, las demandantes impugnan la fijación, en el considerando 759 de la Decisión impugnada, de la fecha de inicio de la infracción.

448 En primer término, por los motivos expuestos en los apartados 356 a 369 *supra*, procede desestimar la alegación de las demandantes de que Telefónica no estaba en condiciones de saber, antes de octubre de 2003, que su conducta podía constituir una infracción del artículo 82 CE.

- 449 En segundo término, es preciso recordar que las alegaciones expuestas por las demandantes en relación con el hecho de que, al fijar el importe inicial de la multa, no se tomase en consideración la intensidad variable de la infracción, han sido desestimadas en el apartado 419 *supra*.
- 450 En tercer término, las alegaciones de las demandantes de que la variación de la gravedad de la infracción justifica una reducción adicional en atención a la duración de la misma, hacen que se confundan los criterios de gravedad y de duración de la infracción establecidos en el artículo 23, apartado 3, del Reglamento n° 1/2003 y en las Directrices de 1998. Efectivamente, mediante su argumentación, cuestionan el incremento del importe inicial de la multa en un 10 % por año refiriéndose a elementos relacionados con la apreciación de la gravedad de la infracción, que, además, no han demostrado (véase el apartado 419 *supra*). Dado que el incremento en atención a la duración de la infracción se realiza mediante la aplicación de un determinado porcentaje al importe inicial, que se fija en función de la gravedad de la infracción, lo que, por tanto, ya refleja la distinta intensidad de la infracción, no procede tener en cuenta una variación en la intensidad de la infracción durante el período de que se trata a la hora de aumentar este importe en función de la duración de la infracción (sentencia del Tribunal de 28 de abril de 2010, Gütermann y Zwicky/Comisión, T-456/05 y T-457/05, Rec. p. II-1443, apartado 159). Por los mismos motivos, procede desestimar también la alegación basada en el hecho de que, entre el 26 de julio de 2001 y el 21 de diciembre de 2006, la CMT ejerció un control sobre los márgenes de Telefónica, y el argumento basado en el carácter emergente del mercado español y las inversiones significativas de Telefónica en dicho mercado.
- 451 En segundo lugar, en cuanto a la determinación de la fecha en la que finalizó la infracción, debe señalarse que la única alegación de las demandantes se basa en el hecho de que, para demostrar el estrechamiento de márgenes, la Comisión sólo empleó datos relativos al período comprendido entre 2001 y junio de 2006. Sin embargo, las demandantes no rebaten la afirmación de la Comisión, recogida en el considerando 124 de la Decisión impugnada, según la cual el nivel de los precios de los productos mayoristas nacional y regional no se vio afectado entre la resolución de la CMT de 1 de junio de 2006 —fecha en la que la CMT modificó la regulación de precios aplicable a los productos mayoristas regional y nacional, imponiendo a Telefónica la obligación de fijarlos en función de los costes (considerando 123 de la Decisión impugnada)— y el 21 de diciembre de 2006, fecha en la que la CMT adoptó medidas provisionales que preveían bajadas sustanciales de los precios de dichos productos, habiéndose reducido los precios del producto mayorista regional entre un 22 y un 54 % y los precios del producto mayorista nacional (ADSL-IP) entre un 24 y un 61 %. Por otra parte, no rebaten la afirmación que se recoge en el considerando 62 de la Decisión impugnada según la cual, cuando se adoptó dicha Decisión, los precios minoristas de TESAU llevaban sin variar desde septiembre de 2001. Tampoco alegan modificación alguna de los costes que la Comisión tomó en consideración en el presente asunto. Por tanto, puede estimarse que la infracción finalizó el 21 de diciembre de 2006 (véase también el considerando 747 de la Decisión impugnada).
- 452 En estas circunstancias, dado que procede considerar que las demandantes no pueden invocar la duración de la infracción litigiosa para solicitar una reducción del importe de la multa impuesta a Telefónica de, al menos, el 20 %, debe desestimarse la cuarta parte del segundo motivo.

Sobre la quinta parte del segundo motivo, basada en errores de hecho y de Derecho cometidos al aplicar las circunstancias atenuantes

- 453 Con carácter preliminar, procede recordar que de las Directrices de 1998 resulta que el importe de base de la multa podrá reducirse cuando la infracción se cometa por negligencia y no deliberadamente (punto 3, párrafo primero, quinto guión).

- 454 Asimismo, es preciso señalar que, según la jurisprudencia, la procedencia de una eventual reducción de la multa en atención a las circunstancias atenuantes debe valorarse con un enfoque global, teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes (sentencia del Tribunal de 8 de julio de 2004, Mannesmannröhren-Werke/Comisión, T-44/00, Rec. p. II-2223, apartado 274).
- 455 Pues bien, la adopción de las Directrices de 1998 no ha privado de pertinencia a la jurisprudencia anterior según la cual la Comisión dispone de una facultad de apreciación que le permite tomar o no en consideración determinados factores al decidir el importe de las multas que piensa imponer, en función sobre todo de las circunstancias del asunto concreto. Así, a falta de indicaciones imperativas en las Directrices en lo que atañe a las circunstancias atenuantes que pueden tenerse en cuenta, la Comisión ha conservado un cierto margen para valorar globalmente la importancia de una posible reducción del importe de las multas en atención a las circunstancias atenuantes (sentencia Raiffeisen Zentralbank Österreich y otros/Comisión, citada en el apartado 319 *supra*, apartado 473).
- 456 En el presente asunto, en el considerando 765 de la Decisión impugnada, la Comisión estimó, por lo que respecta a la intervención reguladora de la CMT en relación con los precios del producto mayorista regional, que Telefónica actuó de manera negligente dado que, incluso en la hipótesis favorable de que hubiese podido creer, al principio, que el modelo de la CMT se basaba en estimaciones realistas, debió o hubiera debido darse cuenta rápidamente de que los costes efectivos no se correspondían con las estimaciones utilizadas por la CMT en su análisis *ex ante* (véanse asimismo los considerandos 727 a 730 de la Decisión impugnada). Por este motivo, la Comisión concedió una reducción del 10 % a Telefónica en atención a la concurrencia de circunstancias atenuantes (considerando 766 de la Decisión impugnada).
- 457 En primer lugar, las demandantes sostienen que la Comisión no tuvo suficientemente en cuenta el hecho de que la infracción pudo haberse cometido en parte por negligencia.
- 458 En primer término, a este respecto, procede desestimar la alegación de las demandantes de que la Comisión incurrió en un error de apreciación al considerar que la negligencia de Telefónica sólo afectaba al producto mayorista regional. Como se desprende de los apartados 110 a 143 *supra*, la Comisión concluyó acertadamente que los productos mayoristas nacional y regional no pertenecían al mismo mercado. Además, dado que los precios del producto mayorista nacional nunca estuvieron regulados durante el período de la infracción, la Comisión estimó válidamente que la circunstancia atenuante relacionada con la negligencia de Telefónica sólo afectaba al producto mayorista regional. El hecho de que existiese una regulación sectorial que permitía a la CMT intervenir respecto al producto mayorista nacional de Telefónica carece de pertinencia, dado que, como se desprende de la jurisprudencia, aunque no se excluye que, en determinadas circunstancias, el marco jurídico nacional o el comportamiento de las autoridades nacionales puedan constituir circunstancias atenuantes, la aprobación o la tolerancia de una infracción por parte de las autoridades nacionales no puede tenerse en cuenta a estos efectos cuando las empresas de que se trata disponen de los medios necesarios para obtener información jurídica precisa y correcta (sentencia del Tribunal de Justicia 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, apartados 228 y 230).
- 459 En segundo término, por los motivos expuestos en los apartados 343 a 352 *supra*, debe desestimarse la alegación de las demandantes de que la Comisión incurrió en un error al estimar que la negligencia de Telefónica fue de una gravedad extrema, habida cuenta de su confianza legítima en la actuación de la CMT y de la complejidad del asunto.
- 460 En tercer término, no cabe acoger la alegación de las demandantes de que la reducción del 10 % en atención a la concurrencia de circunstancias atenuantes que se concedió a la empresa afectada en la Decisión Deutsche Telekom es insuficiente en el presente asunto debido, por una parte, al importe de base superior fijado para Telefónica y, por otra, a la diferente regulación del sector en España. Ante todo, como se ha señalado en el apartado 386 *supra*, la práctica decisoria de la Comisión no puede

servir de marco jurídico a las multas en materia de competencia. Por otra parte, el juez de la Unión ya ha destacado que el mero hecho de que la Comisión haya concedido cierto porcentaje de reducción por un determinado comportamiento en la práctica seguida en sus anteriores decisiones no implica que esté obligada a conceder la misma reducción proporcional al valorar un comportamiento similar en un procedimiento administrativo posterior (sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, citada en el apartado 59 *supra*, apartado 192). Así, debe considerarse, en el presente asunto, que el mero hecho de que la Comisión concediese, en su Decisión Deutsche Telekom, un determinado coeficiente de reducción por una circunstancia concreta no supone que esté obligada a conceder la misma reducción, ni siquiera una reducción proporcionalmente más elevada, al apreciar circunstancias atenuantes en el presente asunto. Por consiguiente, las alegaciones de las demandantes, basadas en el coeficiente de reducción concedido en la Decisión Deutsche Telekom, carecen de pertinencia a los efectos de demostrar que Telefónica debería haberse beneficiado de un coeficiente de reducción superior en atención a las circunstancias atenuantes. Por último, en cualquier caso, debe recordarse que el importe de base de la multa se fija, con arreglo a las Directrices de 1998, en función de la gravedad y de la duración de la infracción. Por tanto, la Comisión no puede estar obligada a tomarlo en consideración al determinar el coeficiente de reducción del importe de la multa concedido a una empresa en atención a la concurrencia de una circunstancia atenuante.

461 En segundo lugar, en cuanto al supuesto carácter novedoso del presente asunto, basta remitirse a los apartados 356 a 368 *supra*.

462 De las consideraciones anteriores se desprende que debe desestimarse la quinta parte del segundo motivo, así como el motivo en su totalidad.

463 Por consiguiente, deben desestimarse las pretensiones subsidiarias y el recurso en su totalidad.

Costas

464 A tenor del artículo 87, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte.

465 Por haber sido desestimadas las pretensiones de las demandantes, procede condenarlas a cargar con sus propias costas y con las de la Comisión, France Telecom, Ausbanc y la ECTA, conforme a lo solicitado por éstas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL GENERAL (Sala Octava)

decide:

- 1) **Desestimar el recurso.**
- 2) **Condenar a Telefónica, S.A., y Telefónica de España, S.A., a cargar con sus propias costas y con las de la Comisión Europea, France Telecom España, S.A., la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc Consumo) y la European Competitive Telecommunications Association, conforme a lo solicitado por éstas.**

Truchot

Martins Ribeiro

Kanninen

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 29 de marzo de 2012.

Firmas

Índice

| | |
|---|----|
| Presentación de las demandantes | 2 |
| Procedimiento administrativo | 2 |
| Decisión impugnada | 3 |
| Procedimiento y pretensiones de las partes | 6 |
| Fundamentos de Derecho | 9 |
| A. Sobre la admisibilidad de las alegaciones de las demandantes supuestamente contenidas en los anexos | 9 |
| B. Sobre el fondo | 10 |
| 1. Sobre las pretensiones principales, cuyo objeto es la anulación de la Decisión impugnada | 11 |
| a) Sobre el alcance del control por parte del juez de la Unión y la carga de la prueba | 11 |
| b) Sobre el primer motivo, basado en la vulneración del derecho de defensa | 12 |
| c) Sobre el segundo motivo, basado en errores de hecho y de Derecho en la definición de los mercados mayoristas de referencia | 18 |
| d) Sobre el tercer motivo, basado en errores de hecho y de Derecho al apreciar la supuesta posición dominante de Telefónica en los mercados de referencia | 25 |
| e) Sobre el cuarto motivo, basado en errores de Derecho en la aplicación del artículo 82 CE en relación con la conducta presuntamente abusiva de Telefónica | 29 |
| f) Sobre el quinto motivo, basado en errores de hecho o de apreciación de los hechos y errores de Derecho en lo referente a la conducta presuntamente abusiva de Telefónica y a su supuesta repercusión negativa sobre la competencia | 33 |
| Sobre la primera parte, basada en un conjunto de errores de hecho o de apreciación de los hechos en la aplicación del análisis del estrechamiento de márgenes | 33 |
| – Sobre la primera alegación de la primera parte del quinto motivo, basada en un error en la selección de los insumos mayoristas | 33 |
| – Sobre la segunda alegación de la primera parte del quinto motivo, basada en errores y omisiones cometidos al llevar a cabo el análisis de los FCD | 35 |
| – Sobre la tercera alegación de la primera parte del quinto motivo, basada en errores cometidos en el análisis «período a período» | 39 |
| Sobre la segunda parte del quinto motivo, basada en que la Comisión no demostró suficientemente, con arreglo a Derecho, los efectos probables o concretos de la conducta examinada | 44 |
| g) Sobre el sexto motivo, basado en la aplicación ultra vires del artículo 82 CE y en la violación de los principios de subsidiariedad, proporcionalidad, seguridad jurídica, cooperación leal y buena administración | 48 |

| | |
|---|----|
| Sobre la primera parte del sexto motivo, basada en la aplicación ultra vires del artículo 82 CE | 48 |
| Sobre la segunda parte del sexto motivo, basada en la violación de los principios de subsidiariedad, proporcionalidad y seguridad jurídica | 50 |
| Sobre la tercera parte del sexto motivo, basada en la violación de los principios de cooperación leal y de buena administración | 52 |
| 2. Sobre las pretensiones subsidiarias, que tienen por objeto la anulación de la multa o la reducción de su importe | 53 |
| a) Sobre el primer motivo, basado en errores de hecho, de apreciación de los hechos y de Derecho, en la infracción del artículo 15, apartado 2, del Reglamento n° 17 y del artículo 23, apartado 2, del Reglamento n° 1/2003, y en la violación de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima | 53 |
| b) Sobre el segundo motivo, basado en errores de hecho y de Derecho, en la violación de los principios de proporcionalidad, igualdad de trato e individualización de las penas y en el incumplimiento de la obligación de motivación al fijar el importe de la multa | 61 |
| Sobre la primera parte del segundo motivo, basada en errores de hecho y de Derecho y en el incumplimiento de la obligación de motivación por lo que respecta a la calificación de la infracción de «muy grave» y a la fijación del importe inicial de la multa en 90 millones de euros | 62 |
| Sobre la segunda parte del segundo motivo, basada en la violación de los principios de proporcionalidad, igualdad de trato e individualización de las penas y en el incumplimiento de la obligación de motivación al fijar el importe inicial de la multa | 70 |
| Sobre la tercera parte del segundo motivo, basada en errores de hecho y de Derecho y en un defecto de motivación al incrementar el importe inicial de la multa con fines disuasorios | 72 |
| Sobre la cuarta parte del segundo motivo, basada en errores de Derecho y en errores manifiestos de apreciación cometidos al calificar la infracción de infracción de «larga duración» | 73 |
| Sobre la quinta parte del segundo motivo, basada en errores de hecho y de Derecho cometidos al aplicar las circunstancias atenuantes | 74 |
| Costas | 76 |