



Recopilación de la Jurisprudencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL GENERAL (Sala Segunda)

de 28 de junio de 2016*

«Competencia — Prácticas colusorias — Mercados portugués y español de las telecomunicaciones — Cláusula de no competencia en el mercado ibérico incluida en el contrato de adquisición por Telefónica de la parte de que era titular Portugal Telecom en el operador brasileño de telefonía móvil Vivo — Salvaguarda legal “en la medida permitida por la ley” — Infracción por el objeto — Restricción accesoria — Autonomía del comportamiento de la demandante — Competencia potencial — Infracción por los efectos — Cálculo del importe de la multa — Petición de examen de testigos»

En el asunto T-216/13,

Telefónica, S.A., con domicilio social en Madrid, representada por el Sr. J. Folguera Crespo y las Sras. P. Vidal Martínez y E. Peinado Iribar, abogados,

parte demandante,

contra

Comisión Europea, representada por los Sres. C. Giolito y C. Urraca Caviedes, en calidad de agentes,

parte demandada,

que tiene por objeto, con carácter principal, una pretensión de anulación de la Decisión C(2013) 306 final de la Comisión, de 23 de enero de 2013, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 101 TFUE (asunto COMP/39.839 — Telefónica/Portugal Telecom), y, con carácter subsidiario, una pretensión de reducción de la multa,

EL TRIBUNAL GENERAL (Sala Segunda),

integrado por la Sra. M.E. Martins Ribeiro (Ponente), Presidenta, y los Sres. S. Gervasoni y L. Madise, Jueces;

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

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 19 de mayo de 2015;

dicta la siguiente

* * Lengua de procedimiento: español.

Sentencia

Antecedentes del litigio

- 1 El presente litigio, que atañe a la Decisión C(2013) 306 final de la Comisión, de 23 de enero de 2013, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 101 TFUE (asunto COMP/39.839 — Telefónica/Portugal Telecom) (en lo sucesivo, «Decisión impugnada»), trae causa de una cláusula incluida en el artículo 9 (en lo sucesivo, «cláusula») del acuerdo de compraventa de acciones (en lo sucesivo, «acuerdo») suscrito por la demandante, Telefónica, S.A., y por Portugal Telecom SGPS, S.A. (en lo sucesivo, «PT»), el 28 de julio de 2010, que tiene por objeto el control exclusivo, por parte de Telefónica, del operador de telecomunicaciones móviles brasileño Vivo Participações, S.A. (en lo sucesivo, «Vivo»). La cláusula tiene el siguiente tenor (considerando 1 de la Decisión impugnada):

«Noveno — No competencia — En la medida permitida por la ley, las partes se abstendrán de participar o invertir, directa o indirectamente a través de una filial, en cualquier proyecto del sector de las telecomunicaciones (incluidos los servicios fijos y móviles, el acceso a Internet y los servicios de televisión, con exclusión de cualquier inversión o actividad actualmente en curso o que se realice a partir de la fecha presente) que pueda considerarse en competencia con la otra parte en el mercado ibérico, por un período que se iniciará en la fecha de cierre [de la conclusión definitiva de la operación, es decir,] (el 27 de septiembre de 2010) hasta el 31 de diciembre de 2011.»

- 2 A la vista de la cláusula y de las circunstancias (el contexto económico y jurídico en que se inscribía este asunto y el comportamiento de las partes), la Comisión Europea consideró, conforme a su conclusión preliminar en el pliego de cargos de 21 de octubre de 2011, que la cláusula equivalía a un acuerdo de reparto del mercado que tenía por objeto restringir la competencia en el mercado interior, infringiendo el artículo 101 TFUE (considerandos 2 y 434 de la Decisión impugnada).

I. Presentación de Telefónica y de PT

- 3 Telefónica, el antiguo monopolio estatal español de las telecomunicaciones, fue íntegramente privatizado en 1997 y es el mayor operador de telecomunicaciones en España. Telefónica ha desarrollado una presencia internacional en varios países de Europa, de América Latina y de África y es uno de los mayores grupos europeos de telecomunicaciones (considerandos 12 y 16 de la Decisión impugnada).
- 4 Cuando se adoptó la Decisión que es objeto del presente litigio, Telefónica era titular del 2% del capital de PT. Cuando sucedieron los hechos de los que trae causa dicha Decisión, Telefónica era titular de una participación minoritaria en Zon Multimedia (en lo sucesivo, «ZON»), una sociedad competidora de PT que operaba en el sector de las comunicaciones electrónicas y que había nacido de la escisión, producida en noviembre de 2007, entre PT Multimedia y su matriz PT. Además de sus participaciones en sociedades portuguesas, Telefónica comenzó a tener una presencia directa en Portugal mediante dos de sus filiales y la sucursal portuguesa de una de ellas (considerandos 18 a 20 y 215 de la Decisión impugnada).
- 5 Además, en función de la fecha, Telefónica designaba uno o dos miembros del Consejo de Administración de PT. En la fecha en que se concluyó definitivamente la compra de Vivo, a saber, el 27 de septiembre de 2010 (véase el apartado 25 posterior), Telefónica había designado dos miembros del Consejo de Administración de PT (nota a pie de página 67 de la Decisión impugnada).
- 6 El grupo Portugal Telecom se constituyó en 1994 a raíz de la fusión de tres sociedades públicas y fue privatizado en cinco etapas entre 1995 y 2000. Al término de la quinta y última etapa de privatización, en el año 2000, el Estado portugués era titular de 500 acciones de categoría A (en lo sucesivo,

«acciones privilegiadas»), que le conferían ciertos derechos particulares, entre los que estaba un derecho de veto para las modificaciones estatutarias y otras decisiones importantes. El 12 de diciembre de 2000, Portugal Telecom, S.A., adoptó la estructura de sociedad de cartera y pasó a denominarse PT (considerandos 21, 22 y 23 de la Decisión impugnada).

- 7 PT es el primer operador de telecomunicaciones en Portugal y cuenta con una presencia estratégica en otros países, en particular en Brasil y en África subsahariana. Los principales activos de PT en Brasil consistían en la participación al 50 % en la empresa común que controlaba Vivo hasta la adquisición de esta última por Telefónica. Tras la cesión de su participación en Vivo, el 28 de julio de 2010, PT estableció una asociación estratégica con Oi, uno de los principales proveedores de comunicaciones electrónicas en Brasil (considerandos 24 y 25 de la Decisión impugnada).
- 8 PT cedió su participación del 0,20 % en Telefónica en 2010 y no controla ninguna sociedad española. Presta servicios de telecomunicaciones a sus clientes internacionales portugueses que operan en el mercado español utilizando las redes de otros operadores y, en particular, las de Telefónica (considerandos 27, 28 y 233 de la Decisión impugnada).

II. Negociaciones y firma del acuerdo

- 9 Vivo es uno de los principales operadores de telecomunicaciones móviles en Brasil. En el momento de la firma del acuerdo, el 28 de julio de 2010, Vivo estaba controlada conjuntamente por Telefónica y por PT, a través de Brasilcel NV, una sociedad de inversión registrada en los Países Bajos (considerando 33 de la Decisión impugnada).
- 10 El 6 de mayo de 2010, Telefónica lanzó una oferta pública de adquisición hostil por valor de 5 700 millones de euros sobre la participación del 50 % en Brasilcel de la que entonces era titular PT. Dicha oferta contenía, en particular, una disposición según la cual «Telefónica no exigiría a Portugal Telecom compromiso alguno de no competencia o de no captación». Esta primera oferta fue rechazada unánimemente por los miembros del Consejo de Administración de PT (considerandos 35 y 36 de la Decisión impugnada).
- 11 A raíz de una reunión celebrada por las partes el 31 de mayo de 2010, el 1 de junio de 2010, a las 02.53 horas, PT envió a Telefónica un correo electrónico con un proyecto relativo a una segunda oferta para la compra de su participación en Vivo. En dicho proyecto se introdujo por primera vez la cláusula (considerando 38 de la Decisión impugnada).
- 12 El primer proyecto de cláusula tenía el siguiente tenor (considerando 39 de la Decisión impugnada):

«No competencia

Ambas partes se abstendrán de participar o de invertir, directa o indirectamente a través de alguna filial, en todo proyecto en el sector de las telecomunicaciones (incluidos los servicios de telefonía fija y móvil y los servicios de acceso a Internet y de televisión) que pueda entrar en competencia con la otra parte en el mercado ibérico, durante un periodo que comienza el día en que se firme el presente acuerdo y que finalizará: i) el 31 de diciembre de 2011, o ii) en la fecha de la transmisión efectiva de la última parte de las acciones alternativas B.»

- 13 En un correo electrónico dirigido a PT el 1 de junio de 2010 a las 12.21 h, Telefónica sugirió introducir una modificación en la cláusula mediante la inclusión del inciso «salvo las inversiones o actividades que ya estén en curso en el día en el que se firme el presente acuerdo» para excluir del ámbito de aplicación de ésta las actividades que cada una de las partes estaba llevando a cabo en el mercado nacional de la otra. Dicha modificación fue incluida en la segunda oferta de 1 de junio de 2010 (considerando 40 de la Decisión impugnada).

- 14 La segunda oferta preveía, además del primer proyecto de cláusula, un incremento del precio hasta 6 500 millones de euros, una opción de recompra en favor de PT, en virtud de la cual esta última podía recomprar sus acciones en poder de Telefónica, y el compromiso por parte de Telefónica de comprar las acciones de las que PT era titular en la sociedad Dedic SA, un operador de centros de llamadas brasileño. Por otra parte, la segunda oferta preveía que Telefónica se abstendría de exigir «a Portugal Telecom compromiso alguno de no competencia o de no captación», previsión que ya figuraba en la primera oferta (considerandos 41 y 42 de la Decisión impugnada).
- 15 En la tarde del 1 de junio de 2010, el Consejo de Administración de PT hizo saber que consideraba que la segunda oferta formulada por Telefónica no reflejaba el valor real de Vivo. Sin embargo, decidió que fuese la Junta General de la sociedad quien tuviese la última palabra el 30 de junio de 2010 (considerando 45 de la Decisión impugnada).
- 16 Las partes hicieron pública la segunda oferta a través de sus respectivos sitios de Internet y comunicándola a las autoridades bursátiles española y portuguesa. Además, el contenido de la cláusula incluida en la segunda oferta se publicó también en un folleto distribuido por el Consejo de Administración de PT a sus accionistas el 9 de junio de 2010, con vistas a la preparación de la Junta General de éstos prevista para el 30 de junio de 2010 (considerandos 128 y 129 de la Decisión impugnada).
- 17 El 29 de junio de 2010, Telefónica presentó una tercera oferta por 7 150 millones de euros que incluía los mismos términos y condiciones que la segunda oferta (considerando 46 de la Decisión impugnada).
- 18 El 30 de junio de 2010, la Junta General Ordinaria de PT aprobó la tercera oferta formulada por Telefónica. Sin embargo, el Gobierno portugués ejerció el derecho inherente a las acciones privilegiadas de las que era titular en PT (véase el apartado 6 anterior) para bloquear la operación, y Telefónica prorrogó la tercera oferta hasta el 16 de julio de 2010 (considerandos 47 y 48 de la Decisión impugnada).
- 19 En su sentencia de 8 de julio de 2010, Comisión/Portugal (C-171/08, EU:C:2010:412), el Tribunal de Justicia declaró que la República Portuguesa había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 56 CE, al mantener en PT derechos especiales como los previstos en los estatutos de la referida sociedad a favor del Estado y de otras entidades públicas, atribuidos en relación con acciones privilegiadas del Estado en PT (considerando 50 de la Decisión impugnada).
- 20 El 16 de julio de 2010, PT pidió a Telefónica que prorrogara su oferta hasta el 28 de julio de 2010, pero Telefónica se negó a ello y la oferta expiró (considerando 51 de la Decisión impugnada).
- 21 El 27 de julio de 2010 tuvo lugar una nueva reunión entre PT y Telefónica y esta última propuso a PT que, por una parte, añadiese la expresión «en tanto en cuanto la ley lo permita» al inicio de la cláusula y que, por otra parte, fijase la duración de la cláusula desde «la fecha de la [conclusión definitiva de la operación, es decir, el 27 de septiembre de 2010,] hasta el 31 de diciembre de 2011» (considerandos 52 y 53 de la Decisión impugnada).
- 22 El 28 de julio de 2010, Telefónica y PT celebraron el acuerdo en virtud del cual Telefónica tomaba el control exclusivo de Vivo mediante la adquisición del 50 % del capital de Brasilcel, por un precio de 7 500 millones de euros (considerando 54 de la Decisión impugnada).
- 23 El acuerdo contenía, en su artículo noveno, la siguiente cláusula (considerando 55 de la Decisión impugnada):

«Nueve — No competencia

En la medida permitida por la ley, ambas partes se abstendrán de participar o de invertir, directa o indirectamente a través de una filial, en todo proyecto en el sector de las telecomunicaciones (incluidos los servicios de telefonía fija y móvil y los servicios de acceso a Internet y de televisión, salvo las inversiones o actividades que ya estén en curso en el día en el que se firme el presente acuerdo) que pueda entrar en competencia con la otra parte en el mercado ibérico, durante un periodo que comienza el día [de la conclusión definitiva de la operación, es decir, el 27 de septiembre de 2010], y que finalizará el 31 de diciembre de 2011.»

- 24 A diferencia de la segunda oferta (apartado 14 anterior), el acuerdo ya no preveía la opción de recompra en favor de PT en virtud de la cual esta última podía volver a comprar sus acciones en poder de Telefónica. En cambio, el acuerdo preveía, en particular, en primer lugar, la dimisión de los miembros del Consejo de Administración de PT designados por Telefónica (artículo 3, apartado 6, del acuerdo), en segundo lugar, un programa de asociación industrial entre ambas empresas (artículo 6 del acuerdo) con la condición de que éstas no entraran en competencia en Brasil (artículo 7 del acuerdo) y, en tercer lugar, la eventual compra por Telefónica de Dedic, sociedad brasileña especializada en prestación de servicios de centros de llamadas (artículo 10 del acuerdo) (considerandos 56 a 61 de la Decisión impugnada).
- 25 La conclusión definitiva de la operación se realizó el 27 de septiembre de 2010 en una «escritura notarial de cesión de acciones» y en una «escritura notarial confirmatoria» (considerando 63 de la Decisión impugnada).
- 26 El 28 de julio de 2010, en la fecha de la firma del acuerdo, PT anunció además que había concluido ese mismo día un protocolo de acuerdo por el que se fijaban las normas aplicables al establecimiento de una asociación estratégica con Oi (véase el apartado 7 anterior), y que esperaba adquirir una participación del 22,38 % en el grupo Oi con el fin de desempeñar un papel importante en la gestión de este último (considerando 62 de la Decisión impugnada).
- 27 La operación Vivo fue notificada a la Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel, autoridad brasileña de regulación de las telecomunicaciones) y al Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE, autoridad brasileña de la competencia) el 29 de julio y el 18 de agosto de 2010 y Telefónica confirmó que el acuerdo incluía una cláusula de no competencia en un artículo aparecido en la prensa el 23 de agosto de 2010 (considerandos 103, 130 y 491 de la Decisión impugnada).

III. Hechos ocurridos con posterioridad a la celebración del acuerdo

- 28 El 26 y el 29 de octubre de 2010 tuvieron lugar sendas conversaciones telefónicas entre Telefónica y PT (considerandos 113 y 124 de la Decisión impugnada).
- 29 A raíz de la incoación por la Comisión del procedimiento administrativo previo el 19 de enero de 2011 (véase el apartado 31 posterior), el 4 de febrero de 2011 Telefónica y PT firmaron un acuerdo para eliminar la cláusula (considerando 125 de la Decisión impugnada), que tenía el siguiente tenor:

«Preámbulo:

Considerando que el 28 de junio de 2010 [PT] y Telefónica celebraron un acuerdo (en lo sucesivo, “acuerdo”), relativo a la venta, por parte de [PT] a Telefónica, del 50 % (cincuenta) por ciento del capital de la sociedad neerlandesa [Brasilcel] (en lo sucesivo, “Brasilcel” o “sociedad”).

Considerando que el artículo nueve del acuerdo contenía una cláusula de no competencia en virtud de la cual, en la medida permitida por la ley, ambas partes se compromet[ían] a no entrar en competencia en el mercado ibérico desde la fecha de la conclusión de la operación (tal como está definida en el acuerdo) hasta el 31 de diciembre de 2011.

Considerando que el artículo nueve del acuerdo había sido previamente concebido por las partes, en el marco de una posible opción de recompra en favor de PT de las acciones de dicha sociedad que entonces estuvieran en poder de Telefónica, y que dicho artículo se mantuvo en el acuerdo definitivo, con la salvedad de su conformidad a Derecho, pese a que *in fine* se abandonó dicha opción.

Considerando que las partes desean plasmar por escrito el hecho de que el referido artículo nueve no es aplicable, nunca fue puesto en práctica y, en consecuencia, careció de efecto alguno en sus respectivas decisiones comerciales.

Considerando que el 24 de enero y el 21 de enero de 2011 se notificó a Telefónica y a PT, respectivamente, la incoación por parte de la Comisión Europea de un procedimiento formal en su contra en relación con el referido artículo nueve.

A la vista de lo que precede, las partes acuerdan lo siguiente:

Artículo 1. Modificación del acuerdo y supresión de derechos

Se procede a la modificación del acuerdo, eliminando íntegramente su artículo nueve. Dicho artículo se considerará nulo y no escrito.

Las partes confirman, de manera irrevocable y definitiva, que el artículo nueve no puede conferir ningún derecho ni imponer ninguna obligación a las partes o a terceros.

Artículo 2. Legislación aplicable

El presente acuerdo así como toda controversia relativa a su ejecución o toda consecuencia derivada de cualquier infracción de sus disposiciones se regirá por el Derecho portugués y se interpretará de conformidad con este último.»

IV. Procedimiento ante la Comisión

- 30 La cláusula fue descubierta en septiembre de 2010 por la autoridad española de la competencia, que informó de ello a la autoridad portuguesa de la competencia y a la Comisión. Se decidió confiar a esta última la investigación (considerando 3 de la Decisión impugnada).
- 31 El 19 de enero de 2011, la Comisión incoó un procedimiento contra Telefónica y PT en virtud del artículo 11, apartado 6, del Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos [101 TFUE] y [102 TFUE] (DO 2003, L 1, p. 1), y del artículo 2, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 773/2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004, relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos [101 TFUE] y [102 TFUE] (DO 2004, L 123, p. 18) (considerando 5 de la Decisión impugnada).
- 32 En el marco de la investigación, la Comisión envió solicitudes de información a las partes en virtud del artículo 18, apartado 2, del Reglamento n.º 1/2003, el 5 de enero, el 1 de abril, el 25 de mayo, el 10 de junio y el 24 de junio de 2011, así como el 5 de septiembre de 2012, y a algunos de los clientes multinacionales de éstas el 20 de abril de 2011. Además se celebraron varias reuniones con PT el 17 de marzo y el 8 de septiembre de 2011 y el 27 de septiembre de 2012, y con Telefónica el 21 de marzo y el 7 de septiembre de 2011 y el 27 de septiembre de 2012 (considerando 6 de la Decisión impugnada).

- 33 El 21 de octubre de 2011 la Comisión adoptó un pliego de cargos, el 4 de noviembre de 2011 las partes tuvieron acceso al expediente y el 7 de noviembre de 2011 recibieron los documentos correspondientes. El 13 de enero de 2012, Telefónica y PT respondieron al pliego de cargos, pero no solicitaron audiencia (considerandos 7, 8 y 9 de la Decisión impugnada).
- 34 El 23 de enero de 2013, la Comisión adoptó la Decisión impugnada.

Decisión impugnada

- 35 La Comisión señaló que el asunto del que trae causa la Decisión impugnada versaba sobre la cláusula que figuraba en el acuerdo (apartados 1, 22 y 23 anteriores) (considerando 1 de la Decisión impugnada).
- 36 La Comisión explicó que había considerado, en el pliego de cargos, a la vista de la cláusula y de las circunstancias (el contexto económico y jurídico en el que se inscribía dicho asunto y el comportamiento de las partes), que la cláusula equivalía a un acuerdo de reparto del mercado que tenía por objeto restringir la competencia en el mercado interior, infringiendo el artículo 101 TFUE. Añade que confirmaba tal conclusión en la Decisión impugnada (considerando 2 de la Decisión impugnada).
- 37 En primer lugar, la Comisión analizó los antecedentes de hecho de las negociaciones entre las partes que condujeron a la inclusión de la cláusula en la versión final del acuerdo, los hechos posteriores a la firma de éste (véanse los apartados 10 a 29 anteriores) y los argumentos formulados por las partes en relación con dichos antecedentes y hechos (considerandos 29 a 130 de la Decisión impugnada).
- 38 En segundo lugar, a la vista del ámbito de aplicación de la cláusula y de los mercados de referencia, la Comisión consideró que, dado su tenor, (apartados 1 y 23 anteriores), la cláusula afectaba a cualquier proyecto en el ámbito de los servicios de comunicaciones electrónicas, siempre que alguna de las partes prestase o pudiese prestar tal servicio. En consecuencia, la cláusula, tal como se desprende de su tenor literal, afectaba a los servicios de telefonía fija y móvil, de acceso a Internet y de televisión, así como a los servicios de radiodifusión que se consideran servicios de comunicación, aunque no apareciesen mencionados en ella. En cambio, la Comisión precisó que, a tenor de la cláusula, cualquier actividad ejercida y cualquier inversión realizada antes de la firma del acuerdo, a saber, el 28 de julio de 2010, estaba excluida de su ámbito de aplicación (considerandos 132 a 136 y 185 de la Decisión impugnada).
- 39 La Comisión precisó, en relación con este último aspecto, que los servicios mundiales de telecomunicaciones y los servicios de portador mayorista internacional estaban excluidos del ámbito de aplicación de la cláusula, ya que en la fecha de la firma del acuerdo ambas partes estaban presentes en los mercados de dichos servicios en la península ibérica (considerandos 173, 174, 184 y 185 de la Decisión impugnada).
- 40 Por lo que respecta al alcance geográfico de la cláusula, la Comisión interpretó la referencia al «mercado ibérico» como a los mercados español y portugués. Habida cuenta de las actividades comerciales de las partes, que consistían en una presencia en la mayor parte de los mercados de comunicaciones electrónicas en el país de origen de cada una de ellas y en una presencia escasa, incluso inexistente, en el país de origen de la otra parte (véanse los apartados 3 a 8 anteriores), la Comisión consideró que el ámbito de aplicación geográfica de la cláusula correspondía a Portugal para Telefónica y a España para PT (considerandos 137 a 140 de la Decisión impugnada).

- 41 Por tanto, la Comisión concluyó que la cláusula se aplicaba a todos los mercados de servicios de telecomunicaciones electrónicas y de servicios de televisión en España y en Portugal, salvo a los mercados de prestación de servicios mundiales de telecomunicaciones y de servicios de portador mayorista internacional (considerando 185 de la Decisión impugnada).
- 42 En tercer lugar, según la Comisión no hay duda de que la cláusula constituye un acuerdo en el sentido del artículo 101 TFUE, apartado 1, al tratarse de un acuerdo escrito, celebrado entre las partes y cuya existencia es innegable y, además, al haber sido objeto de una escritura notarial cuyo preámbulo indica que se adjuntaba una copia del acuerdo (considerando 237 de la Decisión impugnada).
- 43 Primeramente, a la luz de la jurisprudencia sobre las restricciones de la competencia por el objeto, la Comisión consideró, tras haber analizado las alegaciones de las partes, que la cláusula constituía una restricción por el objeto teniendo en cuenta el tenor del acuerdo, los objetivos perseguidos por la cláusula, el contexto económico y jurídico en el que se inscribía la cláusula, la conducta y el comportamiento efectivo de las partes y, finalmente, la intención de éstas (considerandos 238 a 242 y 243 a 356 de la Decisión impugnada).
- 44 De este modo, por lo que respecta al objeto de la cláusula, la Comisión concluyó que, a la vista de su ámbito de aplicación, la cláusula prohibía a PT penetrar en cualquiera de los mercados de telecomunicaciones españoles y a Telefónica extender su presencia, limitada, en los mercados portugueses de telecomunicaciones, y ello durante todo el período de aplicación de la cláusula, de manera que, en lugar de competir entre ellas y de comportarse como rivales —comportamiento que normalmente cabría esperar en un mercado abierto y competitivo— Telefónica y PT habían convenido, deliberadamente, eliminar y limitar toda competencia en sus respectivos mercados, por lo que la cláusula constituía un acuerdo de reparto de mercados (considerando 353 de la Decisión impugnada).
- 45 La Comisión señaló, en relación con este último aspecto, que la cláusula podía además retrasar potencialmente la integración en el sector de las comunicaciones electrónicas, pues el proceso de integración de dicho mercado se vería seriamente comprometido si operadores históricos, como Telefónica y PT, pudieran reforzar su posición, ya muy fuerte, en el mercado participando en prácticas colusorias al objeto de proteger sus mercados de origen y de evitar la entrada en ellos de otros operadores (considerandos 354 y 355 de la Decisión impugnada).
- 46 A continuación, tras haber recordado que, conforme a la jurisprudencia, la toma en consideración de los efectos concretos de un acuerdo era superflua cuando se había demostrado que ésta constituía una restricción de la competencia por el objeto, que, según la Comisión, era lo que sucedía en este caso, ésta indicó sin embargo, en respuesta a las alegaciones de las partes, en primer lugar, que la cláusula había sido adoptada por dos competidores, de manera que podía producir efectos contrarios a la competencia; que, además, aun cuando se considerara que la cláusula no podía producir efectos, ello no impediría que pudiera ser considerada constitutiva de una restricción por el objeto ya que, si un acuerdo tenía por objeto restringir la competencia, era indiferente, a efectos de la existencia de la infracción, que los contratantes tuviesen o no interés comercial en celebrarlo, siendo, por tanto, totalmente irrelevante el hecho de que haya podido mostrarse que la cláusula que tenía por objeto restringir la competencia no podía producir efectos en el interés comercial de Telefónica o de PT; y, por último, que las partes no habían demostrado en modo alguno que hubieran emprendido nuevas actividades, en España o en Portugal, que pudieran desmentir la aplicación de la cláusula, lo que en sí mismo no probaba que la cláusula se hubiera aplicado, pero sí que era un indicio de que pudo aplicarse (considerandos 240 y 357 a 365 de la Decisión impugnada).

- 47 La Comisión consideró que debía estimarse que, en el caso de autos, no era necesario demostrar la existencia de efecto negativo alguno sobre la competencia, en la medida en que se había acreditado el objeto anticompetitivo de la cláusula, por lo que no procedía realizar una evaluación detallada de cada uno de los mercados de telecomunicaciones de que se trata así como de los efectos de la cláusula en ellos (considerando 366 de la Decisión impugnada).
- 48 Posteriormente, la Comisión indicó que la cláusula no podía analizarse como una restricción accesoria a la operación Vivo, pues la cláusula se refería al mercado ibérico mientras que la operación Vivo afectaba a un operador cuya actividad se limitaba a Brasil, y que la cláusula no podía considerarse necesaria para realizar la operación (considerandos 367 a 433 de la Decisión impugnada).
- 49 A la vista del tenor del acuerdo (y, en particular, del texto de la cláusula, que dejaba poca o ninguna duda sobre la naturaleza de la misma), así como del contexto económico y jurídico en el que se inscribía el acuerdo (por ejemplo, los mercados de las comunicaciones electrónicas que estaban liberalizados) y de la conducta y del comportamiento efectivo de las partes (y, en particular, de que la supresión de la cláusula por ellas mismas no se produjo hasta el 4 de febrero de 2011, a raíz de la incoación del procedimiento por parte de la Comisión el 19 de enero de 2011 y no a raíz de las conversaciones telefónicas de octubre de 2010, tal como ellas habían sostenido), la Comisión llegó a la conclusión de que la cláusula imponía a las partes una obligación de no competencia y constituía un acuerdo de reparto de los mercados con el fin de restringir la competencia en el mercado interior, infringiendo con ello el artículo 101 TFUE (considerando 434 de la Decisión impugnada).
- 50 Seguidamente, la Comisión precisó que la cláusula no reunía los requisitos establecidos en el artículo 101 TFUE, apartado 3 (considerandos 436 a 446 de la Decisión impugnada), y que podía afectar a los intercambios entre Estados miembros (considerandos 447 a 453 de la Decisión impugnada), y que podía afectar a los intercambios entre Estados miembros (considerandos 447 a 453 de la Decisión impugnada).
- 51 A continuación, por lo que respecta a la duración de la infracción, la Comisión concluyó que ésta transcurrió entre la fecha de la conclusión definitiva de la operación, a saber, el 27 de septiembre de 2010 (véase el apartado 25 anterior), y la fecha en que la cláusula fue suprimida, a saber, el 4 de febrero de 2011 (véase el apartado 29 anterior) (considerandos 454 a 465 de la Decisión impugnada).
- 52 Por último, por lo que respecta al cálculo del importe de las multas, la Comisión aplicó, en la Decisión impugnada, las disposiciones de las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) n.º 1/2003 (DO 2006, C 210, p. 2; en lo sucesivo, «Directrices»).
- 53 Para determinar el importe de base de la multa, la Comisión tuvo en cuenta el valor de las ventas de los servicios cubiertos por la cláusula tal como se definen en la sección 5 de la Decisión impugnada (véanse los apartados 38 a 40 anteriores) y, en particular, para cada una de las partes únicamente tuvo en cuenta el valor de sus propias ventas en su país de origen (considerandos 478 a 483 de la Decisión impugnada).
- 54 La Comisión también recordó que, en general, tenía en cuenta las ventas realizadas por las empresas durante el último año completo en el que habían participado en la infracción, pero que en este caso la infracción había durado menos de un año y había tenido lugar entre 2010 y 2011. Por tanto, la Comisión utilizó las ventas de las empresas durante el año 2011, que eran inferiores a las ventas registradas por las partes en el año 2010 (considerando 484 de la Decisión impugnada).
- 55 Por lo que respecta a la gravedad de la infracción, que determina el porcentaje del valor de las ventas que deben tenerse en cuenta para fijar el importe de base de la multa, la Comisión recordó que la infracción consistía en un acuerdo de no competencia y de reparto de los mercados español y

portugués de las comunicaciones electrónicas y de la televisión, y que Telefónica y PT eran los operadores históricos en sus respectivos países. Asimismo, la Comisión añadió que tenía en cuenta el hecho de que las partes no habían mantenido en secreto la cláusula (véanse los apartados 16 y 27 anteriores). A la vista de estos elementos, la Comisión consideró que el porcentaje del valor de las ventas a tener en cuenta debía ser del 2 % para las dos empresas de que se trata (considerandos 489 a 491 y 493 de la Decisión impugnada).

- 56 Por lo que respecta a la duración de la infracción, la Comisión tuvo en cuenta que ésta cubrió el período comprendido entre el 27 de septiembre de 2010 (fecha de la formalización notarial y, por tanto, de la conclusión definitiva de la operación) y el 4 de febrero de 2011 (fecha del acuerdo entre las partes que puso fin a la cláusula) (considerando 492 de la Decisión impugnada).
- 57 La Comisión consideró que no existía ninguna circunstancia agravante y que la fecha en que se puso fin a la cláusula, el 4 de febrero de 2011, constituía una circunstancia atenuante, habida cuenta de que sólo habían transcurrido dieciséis días desde la incoación del procedimiento y 30 desde el envío de la primera solicitud de información a las partes. Por otra parte, al no ser la cláusula secreta, la Comisión estimó que procedía reducir en un 20 % el importe de base de la multa que iba a imponerse a las partes (considerandos 496, 500 y 501 de la Decisión impugnada).
- 58 El importe definitivo de las multas asciende a 66 894 000 euros para Telefónica y a 12 290 000 euros para PT (considerando 512 de la Decisión impugnada). La Comisión precisó que dicho importe no excedía del 10 % del volumen de negocios total alcanzado por cada una de las empresas de que se trata (considerandos 510 y 511 de la Decisión impugnada).
- 59 La parte dispositiva de la Decisión impugnada tiene el siguiente tenor:

«Artículo 1

[Telefónica] y [PT] han infringido el artículo 101 [TFUE], al participar en un acuerdo de no competencia consistente en el artículo nueve del acuerdo celebrado por ambas sociedades el 28 de julio de 2010.

La duración de la infracción se extiende desde el 27 de septiembre de 2010 hasta el 4 de febrero de 2011.

Artículo 2

Por la infracción descrita en el artículo 1 se imponen las siguientes multas:

a) [Telefónica]: 66 894 000 euros

b) [PT]: 12 290 000 euros

[...]».

Procedimiento y pretensiones de las partes

- 60 Mediante demanda, presentada en la Secretaría del Tribunal el 9 de abril de 2013, la demandante interpuso el presente recurso.

- 61 A propuesta del Juez Ponente, el Tribunal (Sala Segunda) decidió iniciar la fase oral del procedimiento y, en el marco de las diligencias de ordenación del procedimiento previstas por el artículo 64 del Reglamento de Procedimiento de 2 de mayo de 1991, formuló una pregunta por escrito a la Comisión para que respondiera a ella en la vista.
- 62 El 31 de marzo de 2015, la demandante presentó una petición de examen de testigos formulada en el escrito de demanda como «OTROSÍ». El 24 de abril de 2015, la Comisión presentó sus observaciones sobre dicha petición.
- 63 Se oyeron los informes orales de las partes y sus respuestas a las preguntas orales y a la pregunta escrita formuladas por el Tribunal en la vista de 19 de mayo de 2015.
- 64 La demandante solicita al Tribunal que:
- Anule los artículos 1 y 2 de la Decisión impugnada en la medida en que le afectan.
 - Con carácter subsidiario, declare la nulidad parcial del artículo 2 de la Decisión impugnada y reduzca el importe de la sanción impuesta, «por los motivos que se exponen en el cuerpo de este escrito o por los que el Tribunal pueda apreciar».
 - Condene a la Comisión al pago de las costas en que hubiera incurrido la demandante en este procedimiento.
- 65 La Comisión solicita al Tribunal que:
- Desestime el recurso.
 - Condene en costas a la demandante.
- 66 En la vista, la demandante precisó que cuando en su segunda pretensión pedía que se «declare la nulidad parcial del artículo 2 de la Decisión impugnada» lo que solicitaba era la anulación parcial de la Decisión impugnada. Asimismo, indicó que se limitaba a solicitar la referida anulación parcial por los motivos invocados en el escrito de demanda y que la fórmula «o por los [motivos] que el Tribunal pueda apreciar» es una fórmula habitual en el Derecho español.

Fundamentos de Derecho

I. Sobre la admisibilidad

- 67 Con carácter preliminar, la Comisión niega la admisibilidad de algunos de los anexos adjuntados a la demanda, mientras que la demandante cuestiona la admisibilidad de las remisiones que la Comisión hace en sus escritos al recurso paralelo interpuesto por PT contra la Decisión impugnada en el asunto T-208/13, Portugal Telecom/Comisión.

A. Sobre la admisibilidad de ciertos anexos a la demanda

- 68 La Comisión alega que algunos de los anexos adjuntados por la demandante a su recurso no fueron aportados durante el procedimiento administrativo y, por ello, deben ser declarados inadmisibles. Se trata de los anexos A.25, A.37, A.55, A.56, A.57, A.58, A.59, A.60, A.61, A.62, A.63, A.65, A.67, A.69, A.70, A.71, A.72, A.74, A.75, A.76, A.77, A.78, A.79, A.80, A.81, A.82 y A.83, y de los artículos de prensa enumerados en el anexo A.70 que aún no figuraban en el expediente administrativo, a saber,

los anexos A.19, A.28, A.41, A.44, A.45, A.46, A.47, A.48, A.49, A.51 y A.53 y de algunas partes de los anexos A.9, A.11, A.12, A.13, A.14, A.16, A.18, A.20, A.21, A.22, A.23, A.27, A.29, A.30, A.38, A.39, A.40, A.43 y A.52.

- 69 Por lo que atañe a los anexos invocados en apoyo de los motivos que cuestionan la demostración de la infracción, la Comisión sostiene que son inadmisibles porque la legalidad de un acto de la Unión debe apreciarse en función de los elementos de hecho y de Derecho existentes en la fecha en que se adoptó el acto. Además, según la Comisión, el examen de la legalidad de una decisión debe hacerse, en principio, sobre la base de los elementos de hecho y de Derecho mencionados por las partes en el procedimiento administrativo.
- 70 Por lo que respecta a los anexos aportados en apoyo de los motivos que cuestionan el importe de la multa, la Comisión alega que, si bien es cierto que el Tribunal, en virtud de su facultad jurisdiccional plena, al apreciar el importe de la multa, puede tener en cuenta elementos complementarios de información no mencionados en la Decisión impugnada, en vista del principio de seguridad jurídica, esta posibilidad debe limitarse, en principio, a la consideración de elementos de información anteriores a la referida Decisión y que la Comisión habría podido conocer en el momento de su adopción. Ahora bien, en opinión de la Comisión, esto no es lo que sucede en relación con los anexos A.76 (un informe de 4 de abril de 2013), A.77, A.80, A.81 (un informe y una serie de documentos de 5 de abril de 2013) y, por último, el anexo A.82 (un documento de 8 de abril de 2013).
- 71 Finalmente, con respecto a los informes jurídicos, a saber, los anexos A.69 y A.76, la Comisión afirma que las razones de Derecho contenidas en estos últimos deberían figurar en el propio texto de los escritos procesales de la demandante o, al menos, quedar suficientemente identificadas en dichos escritos. En cuanto a los informes económicos, es decir, los anexos A.75 y A.77, a juicio de la Comisión, de la jurisprudencia se desprende que éstos no son pertinentes cuando se trata de acuerdos restrictivos por su objeto cuya realidad ha sido establecida incontestablemente.
- 72 Sin embargo, en la vista, la Comisión precisó que los informes jurídicos no eran inadmisibles si los aspectos de Derecho que esos informes querían ilustrar estaban identificados con suficiente precisión en los escritos procesales y admitió, en respuesta a una pregunta del Tribunal, que eso era lo que ocurría en el caso de autos, ya que la demandante hacía referencia a aspectos bastante precisos de los informes en cuestión para apoyar elementos claramente identificados de su argumentación en los apartados 78, 83, 85, 90, 94 y en la nota a pie de página 167 de la demanda. Asimismo, la Comisión indicó que no invocaba la jurisprudencia conforme a la cual los informes económicos no son pertinentes cuando se trata de acuerdos restrictivos por su objeto cuya realidad ha sido establecida para cuestionar la admisibilidad de dichos informes, sino para subrayar que no había que tenerlos en cuenta al analizar el fondo de la infracción.
- 73 Según la demandante, la Comisión realiza una lectura incorrecta de la jurisprudencia. A juicio de la demandante, sólo se consideran inadmisibles los elementos de hecho o de Derecho posteriores a la fecha en la que se adoptó la Decisión, cosa que no ocurre con los anexos que la Comisión trata de descartar, ya que corresponden a circunstancias anteriores a la Decisión. Además, en opinión de la demandante, los informes económicos y jurídicos específicamente preparados con el fin de impugnar la Decisión también son admisibles.
- 74 Entre los anexos cuya admisibilidad se cuestiona, procede hacer una distinción entre los aportados en el marco de la impugnación de la demostración de la infracción y los aportados en el marco de la impugnación del importe de la multa.

- 75 En primer lugar, procede hacer algunas consideraciones. En primer término, es preciso señalar que, entre los anexos cuya admisibilidad se cuestiona, los siguientes anexos se aportaron para impugnar la demostración de la infracción: los anexos A.25, A.37, A.55, A.56, A.57, A.58, A.59, A.60, A.61, A.62, A.63, A.65, A.67, A.69, A.70, A.71, A.72, A.74, A.75, A.76, A.77, A.78 y A.79, así como las notas de prensa citadas en el anexo A.70.
- 76 En segundo término, para empezar, procede subrayar que los anexos A.56 (un cuadro resumen con los datos de contacto de los asesores y representantes de Telefónica y PT durante la negociación de la operación), A.69 (un dictamen en Derecho portugués del Sr. M.P.), A.70 (un cuadro resumen de notas de prensa citadas en el recurso), A.71 (una certificación emitida por el Colegio de Abogados de Madrid relativa a las sanciones disciplinarias), A.75 (un informe de PWC), A.76 (un informe sobre Derecho brasileño redactado por D.W.C.A.) y A.77 (un informe de S. & R.) fueron específicamente elaborados con el fin de impugnar la Decisión impugnada. Pues bien, de la argumentación que la Comisión expone en su escrito de dúplica se desprende que la Comisión no cuestiona la admisibilidad de los elementos de prueba posteriores a la Decisión impugnada, preparados específicamente con el fin de impugnar dicha Decisión o defenderla.
- 77 A continuación, debe señalarse que, como la propia Comisión admitió en la vista, tampoco puede cuestionar la admisibilidad de los informes jurídicos elaborados específicamente con el fin de impugnar la Decisión impugnada, a saber, los anexos A.69 (un dictamen en Derecho portugués del Sr. M.P.) y A.76 (un informe sobre Derecho brasileño redactado por D.W.C.A.), fundándose en que, en la medida en que los anexos contienen elementos de Derecho en los que se basan algunos de los motivos invocados en la demanda, tales elementos deben figurar en el propio texto del escrito procesal al que se adjuntan o, al menos, quedar suficientemente identificados en dicho escrito. En efecto, en el caso de autos, los elementos de Derecho que figuran en los informes jurídicos están suficientemente identificados en los escritos procesales de la demandante (véase el apartado 72 anterior). En estas circunstancias, los anexos A.69 y A.76 deben declararse admisibles.
- 78 Finalmente, como también admitió la Comisión en la vista (véase el apartado 72 anterior), lo mismo sucede con los informes económicos elaborados específicamente con el fin de impugnar la Decisión impugnada, a saber, los anexos A.75 (un informe de PWC) y A.77 (un informe de S. & R.), dado que la cuestión de la pertinencia de esos informes en el caso de acuerdos restrictivos por su objeto cuya realidad ha sido establecida incontestablemente, formulada por la Comisión, está manifiestamente relacionada con el fondo del litigio, de modo que la eventual respuesta a dicha cuestión no puede ser decisiva por lo que atañe a la admisibilidad de los anexos.
- 79 En tercer término, a efectos de identificar precisamente los restantes anexos, aportados con el fin de impugnar la demostración de la infracción, y cuya admisibilidad es cuestionada por la Comisión por no haberse presentado durante el procedimiento administrativo, procede señalar que la Comisión alega que algunos de esos anexos (véase el apartado 75 anterior) son total o parcialmente complementarios con respecto a los elementos invocados en el procedimiento administrativo, sin verse contradicha a este respecto por la demandante.
- 80 Para identificar precisamente los anexos o partes de anexos que forman, en este caso, parte de los anexos invocados en el marco de la impugnación de la ilegalidad de la Decisión impugnada, cuya inadmisibilidad es formulada por la Comisión, exceptuando aquéllos elaborados específicamente con el fin de poner en entredicho la Decisión impugnada (véase el apartado 76 anterior), procede hacer una distinción entre, por un lado, las notas de prensa enumeradas en el anexo A.70 y, por otro, los otros anexos invocados en el marco de la impugnación de la demostración de la infracción con respecto a los cuales la Comisión invoca la inadmisibilidad.
- 81 Por lo que atañe, por una parte a las notas de prensa enumeradas en el anexo A.70, es decir, los anexos A.8, A.9, A.10, A.11, A.12, A.13, A.14, A.16, A.17, A.18, A.19, A.20, A.21, A.22, A.23, A.24, A.26, A.27, A.28, A.29, A.30, A.35, A.36, A.38, A.39, A.40, A.41, A.43, A.44, A.45, A.46, A.47, A.48, A.49, A.51,

A.52, A.53 y A.54, es preciso señalar que la Comisión admitió en la vista que en el anexo A.70 se indicaba correctamente cuáles de esos anexos figuraban ya total o parcialmente en el expediente y cuáles eran complementarios, aspecto del que se dejó constancia en el acta de la vista. De ello se desprende que debe considerarse que la totalidad de los anexos A.8, A.10, A.17, A.24, A.26, A.35, A.36, A.54 y las partes, de las que se decía que ya figuraban en el expediente, de los anexos A.9, A.11, A.12, A.13, A.14, A.16, A.18, A.20, A.21, A.22, A.23, A.27, A.29, A.30, A.38, A.39, A.40, A.43 y A.52 ya figuraban en el expediente administrativo del presente asunto, de modo que no puede admitirse su admisibilidad. En cambio, los anexos A.19, A.28, A.41, A.44, A.45, A.46, A.47, A.48, A.49, A.51 y A.53 y las partes consideradas complementarias de los anexos A.9, A.11, A.12, A.13, A.14, A.16, A.18, A.20, A.21, A.22, A.23, A.27, A.29, A.30, A.38, A.39, A.40, A.43 y A.52 no fueron invocados durante el procedimiento administrativo por lo que se discute su admisibilidad.

- 82 Por otra parte, por lo que atañe a los otros anexos invocados en apoyo de la impugnación de la legalidad de la Decisión impugnada cuya inadmisibilidad plantea la Comisión (véase el apartado 75 anterior), exceptuando los elaborados específicamente con el fin de poner en entredicho la Decisión impugnada (véase el apartado 76 anterior), a saber, los anexos A.25, A.37, A.55, A.57, A.58, A.59, A.60, A.61, A.62, A.63, A.65, A.67, A.72, A.74, A.78 y A.79, de los autos se desprende que sólo aquéllos de los anexos que contienen correspondencia cuya autenticidad está acreditada por un notario, con excepción del anexo A.58, a saber, los anexos A.55, A.57, A.60, A.61, A.62, A.63, A.65 y A.67 y el anexo A.37, contienen partes que figuraban ya en el expediente administrativo.
- 83 A este respecto, para empezar, debe señalarse que la Comisión afirma en la nota a pie de página 11 del escrito de contestación, que las actas notariales incluidas como anexos A.25, A.55, A.57, A.60, A.61, A.62, A.63, A.65 y A.67 se acompañan a veces de correspondencia que ya figura en el expediente administrativo, como sucede, por ejemplo, con el anexo A.65. Esta afirmación ha sido confirmada por la demandante, que responde en la nota a pie de página 6 del escrito de réplica que los anexos A.55 a A.63, A.65 y A.67 contienen intercambios de correspondencia entre las partes durante las negociaciones que figuraban en el expediente administrativo, pero cuya fecha ha sido acreditada por un notario, así como otros intercambios de correspondencia que refuerzan la prueba de un hecho ya conocido por la Comisión, a saber, la participación del Gobierno portugués en dichas negociaciones. De estas afirmaciones se desprende que cuando los anexos de este modo mencionados por las partes contienen correspondencia, ésta ya figuraba en el expediente administrativo, de forma que su admisibilidad no puede discutirse, mientras que las actas notariales que acompañan a la correspondencia son complementarias, de manera que se discute su admisibilidad.
- 84 A continuación, debe indicarse que los anexos A.25 y A.59 no contienen correspondencia, sino, por una parte un acta notarial de las cuentas anuales de PT y de la C. G. de D. y, por otra parte, extractos del *Diário da República* relativos al nombramiento y cese del Jefe del Gabinete del Primer Ministro Portugués; que la propia demandante ha admitido que no aportó el anexo A.58 durante el procedimiento administrativo; y, finalmente, que el anexo A.37 ya figuraba en el expediente de la Comisión, ya que PT lo había adjuntado a su respuesta al pliego de cargos.
- 85 Por último, de la lectura combinada de las notas a pie de página 11 del escrito de contestación y 6 del escrito de réplica (apartado 83 anterior) y de las constataciones realizadas en el apartado precedente debe deducirse que el anexo A.37 y la correspondencia recogida en los anexos A.55, A.57, A.60, A.61, A.62, A.63, A.65 y A.67 ya figuraban en el expediente, de modo que su admisibilidad no se pone en entredicho. En cambio, las actas notariales que figuran en los antedichos anexos y los anexos A.25, A.58, A.59, A.72, A.74, A.78 y A.79 no fueron aportados durante el procedimiento administrativo, por lo que se discute su admisibilidad.
- 86 Del conjunto de consideraciones anteriores se desprende que de los anexos aportados con el fin de impugnar la demostración de la infracción, sólo se cuestiona la admisibilidad de los siguientes anexos: se trata, en primer lugar, de los anexos A.25, A.58, A.59, A.72, A.74, A.78 y A.79, en segundo lugar, de las actas notariales que figuran en los anexos A.55, A.57, A.60, A.61, A.62, A.63, A.65 y A.67 y, en

tercer lugar, por lo que respecta a las noticias de prensa, de los anexos A.19, A.28, A.41, A.44, A.45, A.46, A.47, A.48, A.49, A.51 y A.53, así como de partes de los anexos A.9, A.11, A.12, A.13, A.14, A.16, A.18, A.20, A.21, A.22, A.23, A.27, A.29, A.30, A.38, A.39, A.40, A.43 y A.52 que son consideradas complementarias en el cuadro que figura en el anexo A.70.

- 87 Por lo que atañe a la admisibilidad de los anexos, procede recordar que, como el Tribunal de Justicia ha tenido oportunidad de precisar en varias ocasiones, el alcance del control de legalidad previsto en el artículo 263 TFUE se extiende a todos los elementos de las decisiones de la Comisión relativos a los procedimientos de aplicación de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE, cuyo control en profundidad, tanto de hecho como de Derecho, garantiza el Tribunal General, a la luz de los motivos invocados por las demandantes (véanse, en este sentido, las sentencias de 8 de diciembre de 2011, *KME Germany y otros/Comisión*, C-272/09 P, EU:C:2011:810, apartados 102 y 109, y *Chalkor/Comisión*, C-386/10 P, EU:C:2011:815, apartados 62 y 82, y de 10 de julio de 2014, *Telefónica y Telefónica de España/Comisión*, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, apartados 56 y 59), teniendo en cuenta todas las pruebas aportadas por éstos, sean anteriores o posteriores a la decisión adoptada, hayan sido presentadas previamente durante el procedimiento administrativo o lo sean por primera vez en el marco del recurso del que conoce el Tribunal General, en la medida en que dichos elementos sean pertinentes para el control de la legalidad de la decisión de la Comisión (véase, en este sentido, la sentencia de 1 de julio de 2010, *Knauf Gips/Comisión*, C-407/08 P, EU:C:2010:389, apartados 87 a 92), debiendo recordarse, sin embargo, que los órganos jurisdiccionales de la Unión en ningún caso pueden sustituir, en el marco del control de legalidad contemplado en el artículo 263 TFUE, la motivación del acto de que se trate por la suya propia (véase, en este sentido, la sentencia de 24 de enero de 2013, *Frucona Košice/Comisión*, C-73/11 P, EU:C:2013:32, apartado 89 y la jurisprudencia citada).
- 88 De lo anterior se desprende que la causa de inadmisión planteada por la Comisión con respecto a los anexos aportados con el fin de impugnar la demostración de la infracción identificados en el apartado 86 anterior debe desestimarse y que debe declararse la admisibilidad de dichos anexos.
- 89 En segundo lugar, por lo que respecta a los anexos aportados a efectos de la pretensión de reducción del importe de la multa cuya admisibilidad se cuestiona, con excepción de los anexos A.75 y A.77, que fueron también invocados en el marco de la impugnación de la legalidad de la Decisión impugnada y que ya han sido declarados admisibles (véanse los apartados 76 y 78 anteriores), a saber, los anexos A.80, A.81, A.82 y A.83, es preciso señalar que se ha declarado que el Tribunal era competente para apreciar, en el marco de su facultad jurisdiccional plena, el carácter apropiado de la cuantía de las multas y que dicha apreciación podía justificar la presentación y la toma en consideración de elementos complementarios de información que no se mencionaban en la Decisión impugnada (sentencias de 16 de noviembre de 2000, *SCA Holding/Comisión*, C-297/98 P, EU:C:2000:633, apartados 53 a 55, y de 9 de julio de 2003, *Cheil Jedang/Comisión*, T-220/00, EU:T:2003:193, apartado 100). De ello se deduce que la admisibilidad de los anexos aportados con vistas a la reducción de la multa impuesta a la demandante no puede cuestionarse basándose en el hecho de que esos elementos aún no se habían aportado en el procedimiento administrativo.
- 90 De lo anterior se desprende que debe desestimarse la causa de inadmisión planteada por la Comisión y que los anexos aportados por la demandante son admisibles en su totalidad.

B. Sobre la admisibilidad de las remisiones al recurso paralelo de PT contra la Decisión impugnada

- 91 La demandante alega que, al hacer referencia, en los apartados 10, 39, 67 y 75 del escrito de contestación, al recurso paralelo interpuesto por PT contra la Decisión impugnada, la Comisión vulnera el principio básico de contradicción y conculca su derecho de defensa. Según la demandante, la Comisión no puede traer a colación argumentos que ha formulado un tercero en un procedimiento distinto, dado que la demandante no ha tenido acceso a esos textos ni podría defenderse de los

argumentos contenidos en ellos. Asimismo, a juicio de la demandante, no puede excluirse que la Comisión haga una interpretación sesgada e interesada de las afirmaciones de PT, como ya hizo durante el procedimiento administrativo. Finalmente, la demandante afirma que la Comisión es parcial en la medida en que sólo alude a los argumentos de PT que refuerzan su tesis acusatoria, sin mencionar los puntos en los que las partes coinciden, cuya existencia debería suponerse.

- 92 La Comisión sostiene que, en la medida en que hace referencia en sus escritos a afirmaciones de PT, la demandante puede rebatirlas, de modo que no puede existir indefensión. En la vista, la Comisión precisó que las citas de los escritos de PT no hacían más que recoger elementos ya invocados durante el procedimiento administrativo y que, de todas maneras, sólo hacía referencia a esos escritos a modo de ejemplo.
- 93 En cualquier caso, debe señalarse que de la jurisprudencia se desprende que, para cumplir las exigencias del derecho a un proceso equitativo, procede que las partes tengan conocimiento y puedan debatir de forma contradictoria los elementos tanto de hecho como de Derecho decisivos para la resolución del procedimiento (sentencia de 2 de diciembre de 2009, Comisión/Irlanda y otros, C-89/08 P, EU:C:2009:742, apartado 56).
- 94 Si bien es verdad que la demandante pudo tener conocimiento de los elementos invocados por la Comisión en su escrito de contestación y que pudo manifestar su opinión con respecto a esos elementos en la réplica y dar, en la vista, su parecer por lo que atañe a los elementos invocados por la Comisión en la réplica, no es menos cierto que, al no haber tenido acceso al texto de los escritos procesales de PT citado por la Comisión, la demandante no pudo comprobar la realidad de las citas en las que se apoyaba esta institución ni el contexto en el que se formulaban. Pues bien, la demandante alega que no puede excluirse que la Comisión cite de manera selectiva e interprete sesgadamente los extractos del escrito de PT.
- 95 De lo anterior se desprende que las remisiones a los escritos de PT en el asunto paralelo realizadas por la Comisión son inadmisibles.

II. Sobre el fondo

- 96 En apoyo de su recurso, la demandante invoca ocho motivos. Los cinco primeros persiguen la anulación de la Decisión impugnada, mientras que los tres últimos pretenden la reducción de la multa que se le impuso. El primer motivo se basa en la infracción del artículo 101 TFUE, por la aplicación incorrecta a la cláusula de la jurisprudencia relativa a las restricciones por el objeto, y en la violación de los principios de presunción de inocencia, carga de la prueba e *in dubio pro reo*. El segundo motivo se basa en la infracción del artículo 101 TFUE por razón de un error manifiesto en la valoración de los hechos, y en la violación del principio de valoración conjunta de las pruebas relativas al contexto, al comportamiento de las partes y a la finalidad de la cláusula. El tercer motivo se basa en la violación de los principios de carga de la prueba y de buena administración, del derecho de defensa y de la presunción de inocencia en relación con la prueba de la intervención del Gobierno portugués en las negociaciones de la operación y de la cláusula en particular. El cuarto motivo se basa en la infracción del artículo 101 TFUE, en una insuficiente motivación y en la incorrecta valoración de la aptitud de la práctica para restringir la competencia. El quinto motivo se basa en la infracción del artículo 101 TFUE en la medida en que la cláusula no es una restricción por el efecto y en la violación de las reglas sobre la carga la prueba y del principio *in dubio pro reo*. El sexto motivo se basa en un error manifiesto en el cálculo del valor inicial de las ventas de Telefónica para establecer el importe básico de la multa y en la violación de los principios de proporcionalidad y motivación. El séptimo motivo se basa en un error manifiesto en el cálculo del importe de base de la multa en función de la gravedad y en la violación del principio de proporcionalidad. Por último, el octavo motivo se basa en la infracción del artículo 101 TFUE, en la violación del principio de proporcionalidad y en el error manifiesto cometido al no admitir otras circunstancias atenuantes.

A. Sobre las pretensiones que tienen por objeto la anulación de la Decisión impugnada

1. Sobre los tres primeros motivos, basados, en esencia, en la infracción del artículo 101 TFUE en la medida en que la cláusula no constituye una restricción de la competencia por el objeto

- 97 Mediante sus tres primeros motivos, que deben examinarse conjuntamente, la demandante cuestiona la conclusión de la Comisión según la cual la cláusula constituye una restricción de la competencia por el objeto. La demandante reprocha a la Comisión que considerase que la cláusula era un acuerdo de no competencia independiente de la operación Vivo y que estimase que el inciso «en la medida permitida por la ley» no tenía ningún fin útil y se había incluido con un propósito simplemente cosmético para encubrir una restricción de la competencia. Pues bien, según la demandante, es imposible considerar la cláusula independientemente de la operación Vivo y del proceso de negociación del acuerdo relativo a dicha operación, caracterizado por la intervención permanente del Gobierno portugués, que, a través de la cláusula quería, en particular, garantizar la continuidad de PT como empresa líder independiente en el mercado portugués. En opinión de la demandante, teniendo en cuenta estas circunstancias, la cláusula fue un elemento imprescindible para hacer viable la operación y la salvaguarda legal «en la medida permitida por la ley» transformó la obligación de no competencia inicialmente prevista en una obligación de autoevaluación relativa a la legalidad y al ámbito de aplicación de una restricción accesoria con respecto a la operación en cuestión que adoptaba la forma de un compromiso de no competencia.

a) Observaciones preliminares

- 98 Procede recordar que el concepto de acuerdo en el sentido del artículo 101 TFUE, apartado 1, requiere que las empresas participantes expresen su voluntad común de comportarse de una determinada manera en el mercado (véase, por lo que respecta al artículo 81 CE, apartado 1, la sentencia de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, EU:C:1999:356, apartado 130 y, por lo que respecta al artículo 65 CA, apartado 1, la sentencia de 11 de marzo de 1999, Thyssen Stahl/Comisión, T-141/94, EU:T:1999:48, apartado 262). Por tanto, este concepto se basa en la existencia de una concordancia de voluntades entre por lo menos dos partes, cuya forma de manifestación carece de importancia siempre y cuando constituya la fiel expresión de tales voluntades (sentencias de 26 de octubre de 2000, Bayer/Comisión, T-41/96, EU:T:2000:242, apartado 69, y de 19 de mayo de 2010, IMI y otros/Comisión, T-18/05, EU:T:2010:202, apartado 88).
- 99 Asimismo, es oportuno recordar que para entrar en el ámbito de la prohibición establecida en el artículo 101 TFUE, apartado 1, un acuerdo, una decisión de una asociación de empresas o una práctica concertada deben tener «por objeto o efecto» impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado interior.
- 100 En ese sentido, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se sigue que algunos tipos de coordinación entre empresas revelan un grado de nocividad para la competencia suficiente para que pueda considerarse innecesario el examen de sus efectos (véase la sentencia de 11 de septiembre de 2014, CB/Comisión, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, apartado 49 y la jurisprudencia citada).
- 101 Esa jurisprudencia responde al hecho de que determinadas formas de coordinación entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia (véase la sentencia de 11 de septiembre de 2014, CB/Comisión, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, apartado 50 y la jurisprudencia citada).
- 102 De esa manera, se ha determinado que algunos comportamientos colusorios, como los que llevan a la fijación horizontal de los precios por los cárteles, pueden considerarse hasta tal punto aptos para generar efectos negativos, en especial en los precios, la cantidad o la calidad de los productos o los servicios, que resulta innecesaria la demostración de que tienen efectos concretos en el mercado a

efectos de aplicar el artículo 101 TFUE, apartado 1. En efecto, la experiencia muestra que esos comportamientos dan lugar a reducciones de la producción y alzas de precios que conducen a una deficiente asignación de los recursos en perjuicio de los consumidores (véase la sentencia de 11 de septiembre de 2014, CB/Comisión, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, apartado 51 y la jurisprudencia citada).

- 103 En el supuesto de que el análisis de un tipo de coordinación entre empresas no revele un grado suficiente de nocividad para la competencia, es necesario en cambio examinar sus efectos y, para aplicar la prohibición, exigir que concurren los factores acreditativos de que el juego de la competencia ha resultado, de hecho, bien impedido, bien restringido o falseado de manera sensible (véase la sentencia de 11 de septiembre de 2014, CB/Comisión, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, apartado 52, y la jurisprudencia citada).
- 104 Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para apreciar si un acuerdo entre empresas o una decisión de asociación de empresas tiene un grado de nocividad suficiente para ser considerado una restricción de la competencia por el objeto en el sentido del artículo 101 TFUE, apartado 1, debe atenderse al contenido de sus disposiciones, a los objetivos que pretende alcanzar y al contexto económico y jurídico en el que se inscribe. Al apreciar dicho contexto, se debe considerar también la naturaleza de los bienes o de los servicios afectados, así como las condiciones reales del funcionamiento y de la estructura del mercado o mercados pertinentes (véase la sentencia de 11 de septiembre de 2014, CB/Comisión, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, apartado 53, y la jurisprudencia citada).
- 105 Además, si bien la intención de las partes no constituye un factor necesario para determinar el carácter restrictivo de un acuerdo entre empresas, nada impide que las autoridades de la competencia o los tribunales nacionales y de la Unión la tengan en cuenta (véase la sentencia de 11 de septiembre de 2014, CB/Comisión, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, apartado 54, y la jurisprudencia citada).
- 106 A la luz de la antedicha jurisprudencia debe examinarse si, en el caso de autos, la Comisión acertó al concluir que, a la vista de la cláusula y de las circunstancias (el contexto económico y jurídico en que se inscribía este asunto y el comportamiento de las partes), la cláusula equivalía a un acuerdo de reparto del mercado que tenía por objeto restringir la competencia en el mercado interior, infringiendo el artículo 101 TFUE (considerandos 2 y 434 de la Decisión impugnada).

b) Sobre la apreciación de la cláusula como posible restricción accesoria a la operación Vivo

- 107 Es preciso señalar que la demandante reprocha a la Comisión que se limitara a argumentar que la cláusula no cumplía los criterios de una restricción accesoria a la operación de Vivo, siendo así que si pudiera discutirse si la cláusula era una restricción accesoria *stricto sensu* sería incontestable que, a la luz del contexto en que se negoció, estaba subordinada al objetivo último de cerrar una operación mucho más compleja, al ser una condición *sine qua non* para que PT y, sobre todo, el Gobierno portugués no bloqueasen la operación. Asimismo, a su entender, Telefónica hizo todo lo posible por limitar el contenido contrario a la competencia de la cláusula, en particular, por medio de la introducción del inciso «en la medida permitida por la ley».
- 108 La Comisión alega que no se trata de saber si la cláusula era independiente de la operación, sino de determinar si podía considerarse accesoria a ésta.
- 109 En la vista, la demandante precisó que no cuestionaba la conclusión a la que llega la Comisión en los considerandos 367 a 433 de la Decisión impugnada, según la cual no podía considerarse que la cláusula fuese una restricción accesoria a la operación Vivo. De esta declaración quedó constancia en el acta de la vista.

110 De lo anterior se desprende que no procede examinar la argumentación de la demandante desde la perspectiva de la determinación de si la cláusula habría podido considerarse una restricción accesoria a la operación Vivo.

c) Sobre la autonomía del comportamiento de la demandante

111 En la vista, el Tribunal también preguntó a la demandante si su argumentación basada en la supuesta influencia del Gobierno portugués debía entenderse en el sentido de que, como consecuencia de dicha influencia, Telefónica perdió totalmente su autonomía en la aplicación de las decisiones de las autoridades públicas, lo cual podría sustraer su comportamiento a la aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1 (véase, en este sentido, la sentencia de 18 de septiembre de 1996, *Asia Motor France y otros/Comisión*, T-387/94, EU:T:1996:120, apartados 65 y 69).

112 En respuesta a esta pregunta, la demandante afirmó que había seguido siendo un actor autónomo en el sentido de que podría no haber firmado el acuerdo. Por lo que respecta, más concretamente, a la cláusula, la demandante señaló que, conforme a sus afirmaciones escritas, su argumentación por lo que atañe a la autonomía de Telefónica durante el proceso de negociación debía entenderse de la siguiente manera: por una parte, Telefónica había seguido siendo autónoma en el sentido de que había podido actuar de modo que la mención «en la medida permitida por la ley» fuese introducida en la cláusula, pero, por otra parte, no habría podido excluir en su totalidad la cláusula modificada de ese modo sin correr el riesgo de poner en peligro el conjunto de la operación.

113 En estas circunstancias, resulta útil señalar que, en la medida en que esas precisiones de la demandante puedan entenderse en el sentido de que quería alegar que había perdido totalmente su autonomía en la aplicación de las decisiones de las autoridades públicas, lo cual daría lugar a que a su comportamiento escapase a la aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1, tal argumentación no puede, en ningún caso, acogerse.

114 A este respecto, debe recordarse que, según la jurisprudencia, los artículos 101 TFUE y 102 TFUE sólo se refieren a los comportamientos contrarios a las normas sobre competencia que las empresas hayan adoptado por iniciativa propia. Si una legislación nacional impone a las empresas un comportamiento contrario a la competencia o si crea un marco jurídico que limita por sí mismo cualquier posibilidad de comportamiento competitivo por parte de las empresas, no se aplican los artículos 101 TFUE y 102 TFUE. En tal situación, la restricción de la competencia no se debe, como requieren estas disposiciones, a comportamientos autónomos de las empresas (véase la sentencia de 10 de abril de 2008, *Deutsche Telekom/Comisión*, T-271/03, EU:T:2008:101, apartado 85 y la jurisprudencia citada).

115 El Tribunal de Justicia sólo ha admitido con carácter restrictivo la posibilidad de excluir del ámbito de aplicación de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE un determinado comportamiento contrario a la competencia, porque la normativa nacional vigente lo exigía a las empresas implicadas o porque dicha normativa eliminaba cualquier posibilidad de comportamiento competitivo por su parte (véase la sentencia de 10 de abril de 2008, *Deutsche Telekom/Comisión*, T-271/03, EU:T:2008:101, apartado 86 y la jurisprudencia citada).

116 En efecto, aunque el comportamiento de una empresa puede escapar a la aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1, por falta de autonomía, de ello no se desprende que todo comportamiento deseado o dirigido por las autoridades nacionales quede fuera del ámbito de aplicación de dicha disposición. Por ello, si una medida estatal reproduce los elementos de un acuerdo celebrado entre los operadores económicos de un sector o se adopta tras consultas y con el acuerdo de los operadores económicos afectados, dichos operadores no pueden ampararse en el carácter obligatorio de la normativa para eludir la aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1 (véase la sentencia de 18 de septiembre de 1996, *Asia Motor France y otros/Comisión*, T-387/94, EU:T:1996:120, apartado 60 y la jurisprudencia citada).

- 117 Así, cuando no existe una disposición normativa obligatoria que imponga un comportamiento contrario a la competencia, la Comisión sólo puede concluir que los operadores imputados carecían de autonomía si se pone de manifiesto, sobre la base de indicios objetivos, pertinentes y concordantes, que este comportamiento les fue impuesto por las autoridades nacionales mediante el ejercicio de presiones irresistibles, como la amenaza de adopción de medidas estatales que pudieran ocasionarles pérdidas notables (sentencias de 18 de septiembre de 1996, *Asia Motor France y otros/Comisión*, T-387/94, EU:T:1996:120, apartado 65; de 11 de diciembre de 2003, *Minoan Lines/Comisión*, T-66/99, EU:T:2003:337, apartado 179, y de 27 de septiembre de 2012, *Koninklijke Wegenbouw Stevin/Comisión*, T-357/06, EU:T:2012:488, apartado 44).
- 118 Asimismo, para eludir la aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1, tales presiones deben ejercerse de manera que despojen a los operadores de que se trate de toda autonomía en la aplicación de las decisiones de las autoridades públicas (véase, en este sentido, la sentencia de 18 de septiembre de 1996, *Asia Motor France y otros/Comisión*, T-387/94, EU:T:1996:120, apartados 65 y 69). Si no existe esa pérdida de autonomía, el hecho de que un comportamiento contrario a la competencia haya sido favorecido o promovido por las autoridades públicas no influye, por sí mismo, en la aplicabilidad del artículo 101 TFUE (véase, en este sentido, la sentencia de 18 de septiembre de 1996, *Asia Motor France y otros/Comisión*, T-387/94, EU:T:1996:120, apartado 71 y la jurisprudencia citada).
- 119 En el caso de autos, la demandante no puede alegar que las supuestas actuaciones del Gobierno portugués le hiciese perder toda su autonomía. En efecto, de los autos y, en particular, del correo electrónico interno de Telefónica de 6 de julio de 2010 (véanse los apartados 152 y 338 anteriores), se desprende que el acuerdo final es el fruto de un entendimiento común entre las partes. Además, ningún elemento permite demostrar que esas disposiciones hubiesen sido impuestas unilateralmente por el Gobierno portugués (véase, en este sentido, la sentencia de 18 de septiembre de 1996, *Asia Motor France y otros/Comisión*, T-387/94, EU:T:1996:120, apartados 65 y 69).
- 120 Si bien las alegaciones formuladas por la demandante en relación con la autonomía de Telefónica en el momento de la celebración del acuerdo no pueden, por tanto, llevar al Tribunal a concluir que ésta perdió toda autonomía en la aplicación de las decisiones de las autoridades públicas, lo cual podría dar lugar a que su comportamiento escapase a la aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1, es preciso, no obstante, examinar los demás elementos aducidos por la demandante en relación con el contexto de la introducción de la cláusula y de la negociación del acuerdo, de conformidad con el principio según el cual, para apreciar si un acuerdo entre empresas, o una decisión de asociación de empresas, tiene un grado de nocividad suficiente para ser considerado una restricción de la competencia por el objeto a efectos del artículo 101 TFUE, apartado 1, debe atenderse al contenido de sus disposiciones, a los objetivos que pretende alcanzar y al contexto económico y jurídico en el que se integra, teniendo en cuenta también, en su caso, la intención de las partes (véase la sentencia de 11 de septiembre de 2014, *CB/Comisión*, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, apartados 53 y 54 y la jurisprudencia citada).
- d) Sobre el contexto de la introducción de la cláusula en el acuerdo relativo a la operación Vivo y el comportamiento de las partes
- 121 La demandante alega que la circunstancia de que la cláusula estuviese vinculada a la operación Vivo y fuese exigida por el Gobierno portugués y el hecho de que Telefónica hiciese todo lo posible para limitar el contenido contrario a la competencia de la cláusula deben tenerse en cuenta al llevar a cabo el análisis de la cláusula y de los fines prácticos de la salvaguarda «en la medida permitida por la ley» y demuestran que dicha salvaguarda transformó la cláusula en una obligación de autoevaluación de la posibilidad de que existiese una restricción de la competencia.

Sobre la supuesta presión ejercida por el Gobierno portugués

- 122 La argumentación expuesta por la demandante para demostrar que la cláusula era una condición *sine qua non* para la realización de la operación Vivo se resume, en esencia, en la alegación según la cual la cláusula era una condición necesaria para que el Gobierno portugués no bloquease la referida operación.
- Sobre los principios relativos a la carga de la prueba
- 123 Es preciso señalar que, en el caso de autos, el litigio no atañe a la existencia de la cláusula, que ha quedado acreditada. Sin embargo, las partes discrepan por lo que respecta a si los elementos aportados por la demandante permiten demostrar que la cláusula era una condición necesaria para que el Gobierno portugués no bloquease la operación Vivo. Asimismo, según la demandante, el reconocimiento de esa supuesta influencia del Gobierno portugués permitiría demostrar que la cláusula no recogía una obligación de no competencia, sino una obligación de autoevaluación, y, por tanto, no infringía el artículo 101 TFUE.
- 124 En estas circunstancias, es útil recordar que del artículo 2 del Reglamento n.º 1/2003 y de reiterada jurisprudencia se desprende 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 suficiente en Derecho la existencia de hechos constitutivos de infracción (sentencia de 17 de diciembre de 1998, Baustahlgewebe/Comisión, C-185/95 P, EU:C:1998:608, apartado 58; de 6 de enero de 2004, BAI y Comisión/Bayer, C-2/01 P y C-3/01 P, EU:C:2004:2, apartado 62; de 22 de noviembre de 2012, E.ON Energie/Comisión, C-89/11 P, EU:C:2012:738, apartado 71; de 17 de septiembre de 2007, Microsoft/Comisión, T-201/04, EU:T:2007:289, apartado 688, y de 15 de diciembre de 2010, E.ON Energie/Comisión, T-141/08, EU:T:2010:516, apartado 48). A tal efecto, debe recabar pruebas suficientemente precisas y concordantes para asentar la firme convicción de que se ha producido la infracción alegada (véanse, en este sentido, las sentencias de 28 de marzo de 1984, CRAM y Rheinzink/Comisión, 29/83 y 30/83, EU:C:1984:130, apartado 20; de 31 de marzo de 1993, Ahlström Osakeyhtiö y otros/Comisión, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 y C-125/85 a C-129/85, EU:C:1993:120, apartado 127; de 21 de enero de 1999, Riviera Auto Service y otros/Comisión, T-185/96, T-189/96 y T-190/96, EU:T:1999:8, apartado 47, y de 15 de diciembre de 2010, E.ON Energie/Comisión, T-141/08, EU:T:2010:516, apartado 48).
- 125 Cuando la Comisión se basa en pruebas documentales en el marco del establecimiento de una infracción del Derecho de la competencia, incumbe a las empresas de que se trata no sólo presentar una alternativa verosímil a la tesis de la Comisión, sino también denunciar la insuficiencia de las pruebas utilizadas en la Decisión impugnada para demostrar la existencia de la infracción (sentencias 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, EU:T:1999:80, apartados 725 a 728; de 8 de julio de 2004, JFE Engineering y otros/Comisión, T-67/00, T-68/00, T-71/00 y T-78/00, EU:T:2004:221, apartado 187, y de 15 de diciembre de 2010, E.ON Energie/Comisión, T-141/08, EU:T:2010:516, apartado 55). Si la Comisión considera que existe una infracción de las normas sobre competencia basándose en el comportamiento de las empresas en cuestión, el juez de la Unión deberá anular la decisión de que se trate cuando éstas formulen alegaciones que arrojen una luz diferente a los hechos demostrados por la Comisión y que permitan, en consecuencia, dar otra explicación plausible de los hechos distinta de la invocada por la Comisión para llegar a la conclusión de que existe una infracción (véase la sentencia de 15 de diciembre de 2010, E.ON Energie/Comisión, T-141/08, EU:T:2010:516, apartado 54 y la jurisprudencia citada).
- 126 Al apreciar las pruebas reunidas por la Comisión, las dudas que pueda albergar el juez deben beneficiar a la empresa destinataria de la decisión que afirme la existencia de una infracción. El juez no puede por tanto concluir que la Comisión ha acreditado 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 (sentencias de 8 de julio de 2004, JFE Engineering y otros/Comisión, T-67/00, T-68/00, T-71/00 y T-78/00, EU:T:2004:221, apartado 177; de 27 de septiembre de 2006, Dresdner Bank y otros/Comisión, T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP, T-60/02 OP y T-61/02 OP, EU:T:2006:271, apartado 60, y de 15 de diciembre de 2010, E.ON Energie/Comisión, T-141/08, EU:T:2010:516, apartado 51).

127 En efecto, en esta última situación es preciso tener en cuenta el principio de presunción de inocencia, recogido actualmente en el artículo 48, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y que se aplica a los procedimientos relativos a violaciones de las normas sobre competencia aplicables a las empresas que puedan dar lugar a la imposición de multas o multas coercitivas (sentencias de 8 de julio de 1999, Hüls/Comisión, C-199/92 P, EU:C:1999:358, apartados 149 y 150; Montecatini/Comisión, C-235/92 P, EU:C:1999:362, apartados 175 y 176; de 15 de diciembre de 2010, E.ON Energie/Comisión, T-141/08, EU:C:2012:738, apartados 72 y 73, y de 8 de julio de 2004, JFE Engineering y otros/Comisión, T-67/00, T-68/00, T-71/00 y T-78/00, EU:T:2004:221, apartado 178).

128 Asimismo, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que incumbe a la parte o autoridad que alegue una infracción de las normas sobre competencia aportar las pruebas que acrediten su existencia y que incumbe a la empresa o a la asociación de empresas que invoquen una excepción frente a la constatación de una infracción probar que se reúnen las condiciones necesarias para acogerse a la norma de que deriva dicha defensa, de modo que la citada autoridad deba recurrir entonces a otros elementos de prueba (sentencias 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, EU:C:2004:6, apartado 78, y de 17 de junio de 2010, Lafarge/Comisión, C-413/08 P, EU:C:2010:346, apartado 29).

129 Aun cuando la carga de la prueba recaiga, según esos principios, bien en la Comisión, bien en la empresa o asociación interesada, los elementos de hecho que invoca una parte pueden obligar a la otra a dar una explicación o una justificación sin la cual es posible concluir que se han respetado las normas en materia de carga de la prueba (sentencias 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, EU:C:2004:6, apartado 79, y de 17 de junio de 2010, Lafarge/Comisión, C-413/08 P, EU:C:2010:346, apartado 30).

130 Asimismo, es preciso señalar que una empresa no puede trasladar la carga de la prueba a la Comisión invocando circunstancias que no es capaz de probar. Dicho de otro modo, cuando la Comisión se basa en pruebas que en principio son suficientes para demostrar la existencia de la infracción, no basta que la empresa afectada evoque la posibilidad de que se haya producido una circunstancia que podría afectar el valor probatorio de dichas pruebas para que la Comisión soporte la carga de probar que dicha circunstancia no pudo afectar el valor probatorio de las pruebas. Al contrario, salvo en los casos en los que la empresa no hubiera podido aportar dicha prueba debido al comportamiento de la propia Comisión, corresponde a la empresa afectada demostrar de manera suficiente en Derecho, por un lado, la existencia de la circunstancia que invoca y, por otro lado, que dicha circunstancia desvirtúa el valor probatorio de las pruebas en que se basa la Comisión (véase la sentencia de 15 de diciembre de 2010, E.ON Energie/Comisión, T-141/08, EU:T:2010:516, apartado 56 y la jurisprudencia citada).

131 A la luz de estos principios han de examinarse los elementos invocados por la demandante.

– Decisión impugnada

132 En el caso de autos, la Comisión indicó, en el considerando 71 de la Decisión impugnada, que no ponía en entredicho el hecho de que el Gobierno portugués hubiese seguido las negociaciones de la operación Vivo, ni que hubiese hecho declaraciones públicas, ni que hubiese bloqueado la tercera

oferta ejerciendo los derechos especiales inherentes a las acciones privilegiadas de las que era titular en PT. En dicho considerando, la Comisión reconoció que, como habían señalado las partes, demostrándolo mediante numerosas noticias de prensa aportadas a los autos, la operación Vivo era en Portugal una cuestión muy sensible desde el punto de vista político.

- 133 En el considerando 72 de la Decisión impugnada, la Comisión señaló que las partes parecían diferir con respecto a la interpretación de la posición adoptada por el Gobierno portugués durante las negociaciones. Según Telefónica, la protección concedida a PT (mediante la cláusula) permitió al Gobierno portugués dejar de oponerse a la operación Vivo. A juicio de PT, el Gobierno portugués tenía un especial interés en que PT mantuviese su presencia en Brasil. En relación con este aspecto y según las declaraciones de PT, la firma del protocolo de acuerdo que garantizaba su presencia en Brasil fue esencial para tranquilizar al Gobierno portugués y desbloquear así la situación.
- 134 En el considerando 73, la Comisión continuó señalando que Telefónica no había aportado al expediente ninguna declaración del Gobierno portugués en la que hiciese alusión a su deseo o a la necesidad de que se introdujese la cláusula en el marco de la operación Vivo, aun cuando se considerase que el Gobierno portugués había dado a entender que se opondría a una oferta pública de adquisición (OPA) lanzada por Telefónica contra PT, con el fin de preservar la dimensión portuguesa de esta última.
- 135 Finalmente, en el considerando 74 de la Decisión impugnada, la Comisión subrayó que, aunque Telefónica estaba convencida de que la cláusula era considerada esencial e incluso deseada por el Gobierno portugués, ninguna declaración de éste corroboraba ese extremo y que Telefónica nunca había demostrado que la cláusula respondiese a una exigencia del Gobierno portugués en el marco de las negociaciones relativas a la operación Vivo.

– Sobre los elementos invocados por la demandante

- 136 La demandante alega que el Gobierno portugués tenía dos objetivos entrelazados, a saber, proteger a PT en Brasil y proteger a PT en Portugal, y que los medios para alcanzar esos dos objetivos eran distintos. Según la demandante, por una parte, para asegurar la dimensión y el protagonismo de PT en el mercado brasileño, la solución era maximizar el precio de venta de Vivo y sustituir la inversión en este operador por la inversión en otro de relieve similar en Brasil, lo cual explica la presión para aumentar el precio de la operación y el hecho de que el acuerdo no se firmara hasta haber logrado un preacuerdo para tomar una participación significativa en Oi. Por otra parte, a su juicio, para garantizar la continuidad de PT como empresa líder en el mercado portugués e independiente de empresas no portuguesas, la solución fue la cláusula. En opinión de la demandante, seguramente el Gobierno pensaba que la cooperación con Telefónica, existente hasta entonces gracias a Vivo, debía ser sustituida por una protección contractual de no agresión en el mercado ibérico. De este modo, a su entender, la cláusula se convirtió en una pieza esencial para eludir el veto gubernamental y asegurar el éxito de la operación.
- 137 Según la demandante, las referencias limitadas y descontextualizadas a la actuación del Gobierno portugués en la Decisión impugnada impiden conocer adecuadamente el alcance que tuvo su intervención para proteger a PT tanto en Brasil como en Portugal, que consistió en una «interlocución directa e indirecta» con Telefónica a lo largo de la negociación de la operación.
- 138 Si bien la demandante admite que no es sencillo trazar el rastro documental de esos contactos, alega que existen una serie de indicios y elementos concordantes que, en su conjunto, demuestran la influencia del Gobierno portugués.
- 139 A este respecto, en primer lugar, la demandante invoca los múltiples mensajes públicos transmitidos por el Gobierno portugués a través de la prensa y la sintonía entre PT, el Gobierno y el núcleo duro de los accionistas de PT, de la cual se hizo eco la prensa; el comportamiento del Gobierno portugués

en el proceso de negociación de la prórroga de la tercera oferta en la madrugada del 17 de julio de 2010, acreditado por un correo electrónico del jefe del Gabinete del Primer Ministro portugués, y, finalmente, la presión de este Gobierno durante la cuarta oferta, que fue sometida a su aprobación, como reconoció PT en el apartado 136 de sus observaciones al pliego de cargos.

- 140 En segundo lugar, la demandante alega que solicitó expresamente a PT el 27 de julio de 2010 que excluyese cualquier acuerdo de no competencia, pero que ésta se negó, debido, sin duda, a la presión del Gobierno. Para demostrar este aspecto, la demandante solicita al Tribunal que proceda a la práctica de prueba testifical instando a que declaren ante él como testigos los representantes de Telefónica que intervinieron en esas negociaciones.
- 141 En tercer lugar, la demandante aduce que el propio origen de la cláusula de la contraoferta de PT (véase el apartado 11 anterior) es una prueba inequívoca de la presión ejercida por el Gobierno portugués, dado que esa cláusula surgió al hilo de los mensajes de dicho Gobierno sobre la protección del activo estratégico nacional que era PT, en el mismo momento en que empezaron a generalizarse los rumores sobre una hipotética OPA de Telefónica sobre PT como medio para acceder a Vivo. Según la demandante, el acuerdo de no competencia surge claramente como respuesta a la exigencia del Gobierno portugués de proteger a PT frente a una supuesta OPA de Telefónica.
- 142 En cuarto lugar, la demandante afirma que el Gobierno portugués amenazó a Telefónica constantemente con bloquear la operación ejerciendo su veto y recuerda que dicho Gobierno bloqueó la operación en la Junta de PT de 30 de junio de 2010; que el mismo Gobierno reprendió a los accionistas de PT y a su Consejo por no atender los intereses nacionales al aceptar la tercera oferta en la Junta de 30 de junio de 2010 y siguió de cerca las negociaciones siguientes, única explicación posible del hecho de que las ofertas de PT mencionasen sistemáticamente los intereses «de todas las partes»; que el Gobierno dirigió mensajes personalizados a Telefónica en sus declaraciones públicas, citadas en noticias de prensa, como por ejemplo, «Telefónica debería escucharnos» o «pienso en los intereses estratégicos de PT y de mi país»; que canalizaba los mensajes al Consejo de PT a través de la C. G. de D., entidad financiera pública que formaba parte del accionariado de PT; y, finalmente, que el correo electrónico interno de Telefónica de 6 de julio de 2010 es especialmente revelador de la presión que ejerció el Gobierno portugués.
- 143 Con carácter preliminar, es útil señalar que Telefónica precisó en la vista, en respuesta a una pregunta del Tribunal, que los elementos de prueba presentados con el fin de demostrar la supuesta presión ejercida por el Gobierno portugués para que se incluyese la cláusula en el acuerdo eran las noticias de prensa adjuntadas como anexo a la demanda, la correspondencia con el Gabinete del Primer Ministro aportada en el anexo A.58, el correo electrónico interno de Telefónica aportado en el anexo A.50, la respuesta de PT a la solicitud de información de la Comisión de 5 de enero de 2011 y la respuesta de PT al pliego de cargos.
- 144 A continuación, debe señalarse que los elementos de prueba y los indicios presentados por la demandante no permiten demostrar que el Gobierno portugués impusiese la cláusula. En efecto, es necesario diferenciar el interés del Gobierno portugués por la operación Vivo en su conjunto y sus actuaciones para proteger la posición de PT en esa operación de la alegación según la cual dicho Gobierno impuso la cláusula. Pues bien, aun cuando invoca las supuestas actuaciones del Gobierno portugués en relación con la operación Vivo, la demandante no hace referencia a ninguna medida ni a ninguna actuación relativa a la cláusula. Aunque los elementos invocados por la demandante demuestran que el Gobierno portugués siguió las negociaciones y se preocupó por proteger la posición de PT, circunstancia que, por lo demás, la propia Comisión reconocía en la Decisión impugnada, esos elementos no permiten demostrar que el Gobierno portugués impusiese la cláusula. Por una parte, ninguno de esos elementos acredita que tuviese lugar alguna acción del Gobierno portugués con respecto a la cláusula. Por otra parte, en cualquier caso, tal como subraya la Comisión, aun cuando el interés del Gobierno portugués hubiese sido proteger a PT de una OPA de Telefónica, la cláusula no podía impedir esa OPA.

- 145 En primer lugar, procede observar que los elementos invocados por la demandante no contienen indicios que permitan demostrar que el Gobierno portugués impuso la cláusula.
- 146 En primer término, por lo que atañe a los mensajes públicos difundidos en la prensa y a la sintonía entre PT, el Gobierno y el núcleo duro de los accionistas de PT, de la cual se hizo eco la prensa, es preciso señalar que la demandante no cita ninguna noticia de prensa que mencionase que el Gobierno hubiese deseado la cláusula y que, en la vista, admitió que ninguna de las noticias que había aportado contenía una declaración explícita del Gobierno portugués en la que se afirmase que éste exigía o deseaba la cláusula o que no firmaría el acuerdo en caso de que faltase ésta o, al menos, una referencia explícita a la cláusula. Esta inexistencia de afirmaciones relativas a la cláusula o, de manera más general, a un compromiso de no competencia en relación con el mercado ibérico es aún más elocuente si se tiene en cuenta que el Gobierno portugués afirmó, por lo demás, claramente que su exigencia principal con respecto al acuerdo era la protección de la posición de PT en Brasil.
- 147 En segundo término, por lo que atañe a la correspondencia aportada como anexo A.58 a la demanda, a saber, una serie de SMS enviados, en concreto, por el Sr. A.V., abogado externo de Telefónica e interlocutor en los contactos y negociaciones con el Gobierno portugués durante julio de 2010, en los que se aborda la cuestión del supuesto acuerdo del Primer Ministro portugués por lo que respecta al acuerdo relativo a la operación Vivo, y un correo electrónico del jefe de Gabinete del Primer Ministro portugués remitido al Sr. A.V. el 17 de julio de 2010, basta señalar, sin que proceda examinar con mayor profundidad si la persona mencionada en el intercambio de SMS era realmente el Primer Ministro portugués, extremo que niega la Comisión, que, si bien ese intercambio de SMS y ese correo electrónico pueden acreditar el interés del Gobierno portugués por la operación Vivo, en ningún momento mencionan la cláusula, circunstancia que la demandante confirmó en la vista en respuesta a una pregunta del Tribunal.
- 148 En tercer término, con respecto al sometimiento de la cuarta oferta a la aprobación del Gobierno portugués, debe observarse que PT, en el apartado 136 de su respuesta al pliego de cargos, se limita a afirmar que consultó a sus accionistas, entre los que se encontraba el Estado, lo cual parece ser un procedimiento normal. En cualquier caso, tal como afirma acertadamente la Comisión, aunque la oferta estuviese supeditada a la aprobación del Gobierno portugués, que formaba parte del accionariado de PT, ello no podría probar ni sugerir que dicho Gobierno exigiera o deseara la cláusula.
- 149 En cuarto término, en cuanto a la alegación según la cual, por una parte, Telefónica solicitó expresamente a PT el 27 de julio de 2010 que excluyese cualquier acuerdo de no competencia y, por otra parte, PT se negó a ello, aun suponiendo que Telefónica hubiese intentado suprimir la cláusula, de la supuesta negativa de PT a proceder a esa supresión —en el caso de que estuviese probada— no podría deducirse que el Gobierno portugués tuviese ningún interés por la cláusula, de modo que la petición de examen de testigos en relación con esta cuestión (véase el apartado 140 anterior) es inoperante en el presente contexto. En efecto, la demandante no alega que los testigos cuyo examen solicita puedan afirmar que PT hubiese dicho que su supuesta negativa a suprimir la cláusula se debiese a algún tipo de actuación por parte del Gobierno portugués.
- 150 En quinto término, por lo que atañe a la afirmación según la cual el propio origen de la cláusula de la contraoferta de PT (véase el apartado 11 anterior) es una prueba inequívoca de la presión ejercida por el Gobierno portugués, dado que esa cláusula surgió al hilo de los mensajes de este último sobre la protección del activo estratégico nacional que era PT y constituía, por tanto, la respuesta a la exigencia de proteger a ésta frente a una supuesta OPA de Telefónica, es preciso señalar que se trata de una suposición que en modo alguna se ve respaldada por los mensajes del Gobierno portugués, de modo que debe ser desestimada.

- 151 En sexto término, los supuestos indicios mencionados en el apartado 107 de la demanda tampoco permiten demostrar que el Gobierno portugués impusiese la cláusula. La amenaza de dicho Gobierno de bloquear la operación y el ejercicio efectivo de dicha amenaza mediante el ejercicio del veto inherente a sus derechos especiales (véanse los apartados 6 y 18 anteriores) demuestran ciertamente su voluntad de proteger a PT y, en particular, la presencia de esta última en Brasil, pero no demuestran que desease la cláusula. Lo mismo sucede con los reproches que supuestamente se hicieron a los accionistas de PT, las declaraciones recogidas por la prensa y los mensajes supuestamente enviados al Consejo de PT a través de la C. G. de D., mientras que el hecho de que las ofertas de PT sistemáticamente mencionasen los intereses «de todas las partes» es irrelevante por lo que respecta a la cláusula.
- 152 Finalmente, por lo que se refiere al correo electrónico interno de Telefónica de 6 de julio de 2010, procede señalar, como hace la Comisión (considerandos 49, 68, 165 y 171 de la Decisión impugnada), que la demandante transcribe de forma inexacta dicho correo electrónico en el apartado 44 de la demanda. En efecto, las opciones contempladas por Telefónica en ese correo electrónico interno para modificar la oferta —entre las que se encontraba el aumento de la duración de la aplicación de la cláusula— no responden únicamente al objetivo «de incluir aspectos que, sin perjudicarnos, pudieran facilitar al Gobierno portugués cambiar su postura de oposición radical», sino también al objetivo de «reformular la oferta, sin subir el precio, de forma que pudiese ser debatida y aprobada a nivel de consejo de PT». El correo electrónico no distingue, entre las diferentes opciones, aquellas que corresponden a uno u a otro objetivo. Además, en dicho correo electrónico, Telefónica indicaba que «habría que pensar en la liturgia/escenificación de las posibles nuevas condiciones, para que parezca que, tal como nos han dicho, nos hayamos sentado a negociar y nos hayan “impuesto” nuevas condiciones (realmente planteadas por nosotros)». Por tanto, no es posible deducir de ese correo electrónico que el Gobierno portugués hubiese impuesto a Telefónica la inclusión de la cláusula en el acuerdo relativo a la operación Vivo.
- 153 En séptimo término, la demandante reprocha a la Comisión que hubiese rechazado el carácter de condición *sine qua non* de la cláusula para la ejecución de la operación basándose en una supuesta divergencia entre PT y Telefónica por lo que atañe a la apreciación de la importancia de la cláusula en el acuerdo, cuando, a su entender, tal divergencia no existe. Según la demandante, la Comisión subrayó la existencia de supuestas incoherencias de planteamiento entre PT y Telefónica en aspectos menores de los hechos con el fin de restar credibilidad a sus alegaciones de defensa. Sin embargo, la demandante no hace referencia a ninguna declaración en la que PT reconociese el hecho de que el Gobierno portugués hubiese impuesto la cláusula, limitándose a invocar los apartados 48 a 51 de la respuesta de PT al pliego de cargos, donde PT afirmó, en particular, que «la adquisición [de su] principal activo en Brasil y la posibilidad de una OPA de Telefónica [...] eran escenarios que debían tratarse con sumo cuidado», que, «además el Estado era accionista y poseía una [acción privilegiada] en la empresa» y que «el Gobierno portugués [había] dejado claro que no estaba dispuesto a ceder un milímetro en [su] defensa [...] ejerciendo públicamente presión sobre [su] Consejo de Administración».
- 154 Por último, en octavo término, procede también señalar, como hace la Comisión, que la demandante no ha dado ninguna explicación satisfactoria del hecho de que la cláusula impusiese una obligación bilateral de no competencia, es decir, también en beneficio de Telefónica, ni del hecho de que el Gobierno portugués desease imponer una obligación de no competencia a PT en beneficio de Telefónica. La argumentación de Telefónica a este respecto no puede prosperar, sin que sea necesario dirimir la cuestión, que enfrenta a la partes, relativa a si la iniciativa de la bilateralidad de la cláusula la había tomado PT o Telefónica (considerandos 86 y 291 de la Decisión impugnada).
- 155 En relación con este aspecto, por una parte, la demandante sostiene que, en la medida en que su voluntad era desactivar la cláusula, mantuvo su carácter bilateral, ya que ello le permitía, llegado el caso, evitar controversias jurídicas y dirimir fácilmente y de manera expeditiva el test de legalidad

exigido. Pues bien, esta alegación no puede acogerse, dado que, en cualquier caso, no puede considerarse probado el hecho de que ese test se llevara a cabo (véanse los apartados 181 a 192 posteriores).

- 156 Por otra parte, la demandante alega que la obligación de no competencia impuesta a PT en su beneficio fue introducida por PT por razones meramente cosméticas, para facilitar las negociaciones con ella, pero en modo alguno le supuso un beneficio, ya que PT no era una competidora potencial en España. Ahora bien, la demandante no demuestra que existiesen barreras infranqueables que impidiesen a PT entrar en el mercado español (véanse los apartados 223 y 224 posteriores), que hiciesen que en modo alguno una cláusula destinada a impedirle su entrada en dicho mercado hubiese beneficiado a Telefónica. Asimismo, como subraya acertadamente la Comisión, la alegación de que «PT era la principal beneficiaria de la cláusula» equivale en todo caso a reconocer la existencia de una competencia potencial entre las partes en Portugal.
- 157 En segundo lugar, por lo que respecta a la alegación de la demandante según la cual el Gobierno portugués quería proteger a PT en Portugal evitando una OPA de Telefónica contra PT, esa demostración es irrelevante por lo que atañe a la cláusula, en la medida en que ésta no prohíbe a Telefónica la adquisición de PT. En efecto, debe observarse que la cláusula prohíbe a las partes hacerse la competencia (véase el apartado 1 anterior) y el hecho de adquirir PT no equivale a hacerle la competencia.
- 158 Según la demandante y sus afirmaciones realizadas, particularmente, en la vista, el tenor de la cláusula pudo permitir a PT y al Gobierno portugués interpretar la cláusula como una protección en caso de OPA, dado que la cláusula impedía a Telefónica entrar en el sector en el que operaba PT, y adquirir el control de PT implicaba entrar en los sectores en los que PT estaba presente. La demandante afirma que esta interpretación es coherente con la de la Comisión conforme a la cual la cláusula prohibía a las partes adquirir participaciones o aumentar tales participaciones en otras empresas y con la voluntad del Gobierno portugués de proteger el carácter portugués de PT. Con respecto a este último aspecto, la demandante insiste, en particular, en el hecho de que la introducción de una cláusula de no competencia derivaba directamente de las preocupaciones de PT y del Gobierno portugués en relación con una posible OPA de Telefónica contra PT.
- 159 Asimismo, la demandante alega que «la redacción de la cláusula no es un primor de técnica jurídica, sino el resultado de una tortuosa negociación en la que han pesado mucho objetivos políticos y mediáticos». Según la demandante, para satisfacer el interés del Gobierno, bastaba con que quedase clara desde el punto de vista mediático la existencia de una voluntad de proteger integralmente a PT y que esa voluntad estuviera reflejada en el acuerdo.
- 160 La argumentación de la demandante no es convincente. Por una parte, aun suponiendo que el Gobierno portugués haya querido proteger a PT mediante la cláusula de una OPA de Telefónica, no es creíble que dicho Gobierno validase la cláusula sin interesarse en la redacción precisa del texto, sino que más bien cabría esperar que verificase que la cláusula que había impuesto garantizaba realmente la consecución de sus objetivos.
- 161 Por otra parte, debe señalarse que ningún elemento de los autos permite invalidar la constatación de que de los términos de la cláusula se desprende que ésta no prohíbe a Telefónica lanzar una OPA sobre PT. En efecto, la cláusula prohíbe a cada una de las partes acometer proyectos en el sector de las telecomunicaciones que puedan entrar en competencia con la otra parte en el mercado ibérico durante el período en cuestión y el hecho de adquirir PT no equivale a poner en marcha un proyecto que pueda entrar en competencia con PT, contrariamente al hecho de adquirir participaciones en otras empresas.

162 En la medida en que la demandante no ha invocado elementos que puedan demostrar que el Gobierno portugués había impuesto la cláusula, ni demostrado que las actuaciones de dicho Gobierno pudieran interpretarse en el sentido de que quisiese impedir el lanzamiento de una OPA de Telefónica sobre PT por medio de la cláusula, debe desestimarse la argumentación de la demandante basada en la presión del Gobierno portugués con respecto a la cláusula.

– Sobre la supuesto incumplimiento de las obligaciones de investigación y la vulneración del principio de buena administración

163 Habida cuenta del hecho de que la demandante no ha aducido ningún indicio dirigido a demostrar que el Gobierno portugués impuso la cláusula, sus alegaciones reprochando a la Comisión el incumplimiento de sus obligaciones de investigación y, en consecuencia, la vulneración de los principios relativos a la carga de la prueba deben desestimarse. En aplicación de la jurisprudencia citada en el apartado 130 anterior, procede, en efecto, considerar que los elementos invocados por la Comisión obligan a la demandante a dar una explicación o una justificación, sin la cual es posible concluir que dicha institución cumplió las obligaciones que le incumben en materia de carga de la prueba. Pues bien, en la medida en que la demandante se limitó a invocar los elementos que acaban de examinarse y de los cuales en modo alguno se desprende que el Gobierno portugués manifestase interés por la cláusula, debe concluirse que la demandante no ha aportado pruebas en apoyo de su alegación según la cual la cláusula había sido impuesta por dicho Gobierno o que, en todo caso, había sido una condición *sine qua non* para que no bloquease el acuerdo relativo a la operación Vivo (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de junio de 2010, Lafarge/Comisión, C-413/08 P, EU:C:2010:346, apartado 32).

164 De ello se desprende que, a falta de indicios en ese sentido, la demandante tampoco puede invocar una vulneración del principio de buena administración basándose en una supuesta falta de utilización, por la Comisión, de los instrumentos legales de que dispone para investigar la presión supuestamente ejercida por el Gobierno portugués sobre Telefónica. En efecto, aunque el principio de buena administración obliga a la Comisión a intervenir activamente con sus propios medios para determinar los hechos y circunstancias pertinentes y la Comisión debe examinar minuciosa e imparcialmente todos los elementos relevantes del asunto de que se trata (véase la sentencia de 15 de diciembre de 2010, E.ON Energie/Comisión, T-141/08, EU:T:2010:516, apartados 75 y 76 y la jurisprudencia citada), en el caso de autos, la demandante no ha demostrado que la Comisión hubiese examinado suficientemente las pruebas presentadas por las partes y no puede obligarse a la Comisión a hacer uso de sus facultades de investigación para demostrar un elemento que ha sido meramente alegado, pero que no está respaldado por ningún indicio en las pruebas presentadas por las partes (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de diciembre de 2010, E.ON Energie/Comisión, T-141/08, EU:T:2010:516, apartado 56 y la jurisprudencia citada).

165 Asimismo, la alegación de la demandante según la cual pensar que pudiese existir una prueba de la intervención de un Gobierno con el fin de imponer una cláusula ilegal supone caer en la «ingenuidad» y es «contrario al sentido común», y exigir tal prueba constituye una vulneración de los principios aplicables a la carga de la prueba, no puede acogerse. En efecto, como indica acertadamente la Comisión, si, como sostiene la demandante, la cláusula era un elemento esencial para el éxito de la operación, sería improbable que no existiese ningún documento contemporáneo que la mencionase, sobre todo, cuando existen pruebas de las actuaciones del Gobierno portugués con respecto a aspectos de la operación ajenos a la cláusula y, en particular, a la importancia de la presencia de PT en Brasil.

166 Finalmente, en este contexto, procede también señalar, como quedó confirmado en la vista, que la Comisión no tuvo conocimiento de la existencia de la cláusula hasta octubre de 2010, es decir, después de la firma y la entrada en vigor del acuerdo. De ello se deduce que los reproches de la demandante dirigidos a criticar la inacción de la Comisión durante el proceso de negociación del acuerdo carecen de fundamento.

Sobre las supuesta actuación de Telefónica para minimizar el contenido contrario a la competencia de la cláusula

- 167 La demandante alega que la Comisión apreció de manera incorrecta su actuación continuada para minimizar el contenido de la cláusula y evitar cualquier riesgo de ilegalidad. Según la demandante, aunque, en el considerando 338 de la Decisión impugnada, reconoce que la utilización de la expresión «en la medida permitida por la ley» no constituía en sí misma un indicio de intención fraudulenta, que Telefónica había adoptado medidas con el fin de limitar el ámbito de aplicación y la duración de la cláusula y que la salvaguarda «en la medida permitida por la ley» se debía a su iniciativa, la Comisión no extrae ninguna consecuencia de esos elementos.
- 168 En primer lugar, la demandante alega que no es exacto que quisiese «desde un principio» una cláusula de no competencia. Sin embargo, tal como señala la Comisión, ésta no afirmó que Telefónica quisiera desde un principio una cláusula de no competencia, sino que se limitó, en los considerandos 36 y 42 a 44 de la Decisión impugnada, a rebatir el argumento según el cual Telefónica excluyó en la primera oferta cualquier obligación de no competencia.
- 169 A este respecto, es preciso observar que los dos primeros proyectos de acuerdo incluían un compromiso de Telefónica de abstenerse de exigir «a PT compromiso alguno de no competencia o de no captación». En los considerandos anteriormente mencionados de la Decisión impugnada, por una parte, la Comisión señaló que, en sus respuestas a la solicitud de información de 5 de enero de 2011, las partes habían afirmado que el antedicho compromiso atañía a cualquier cláusula de no competencia relativa al mercado brasileño, pero no al mercado ibérico. Por otra parte, la Comisión indicó acertadamente que la segunda oferta incluía también el compromiso antes referido de Telefónica de exigir a PT únicamente la cláusula de no competencia relativa al mercado ibérico, lo cual respalda la interpretación según la cual el primer compromiso afectaba al mercado brasileño y no al mercado ibérico.
- 170 En segundo lugar, aunque la demandante rechaza la afirmación de PT en el apartado 164 de la respuesta de esta última en el pliego de cargos, recogida en la Decisión impugnada (considerandos 86 y 293 de la Decisión impugnada), según la cual Telefónica tomó la iniciativa para la inclusión de los servicios relativos a la televisión en el ámbito de aplicación de la cláusula, no aporta ninguna prueba en apoyo de sus alegaciones. En cualquier caso, aun suponiendo que esos servicios se hubiesen incluido en el ámbito de aplicación de la cláusula por iniciativa de PT, de ello no puede deducirse una «actuación continuada de Telefónica para minimizar el contenido de la cláusula».
- 171 En tercer lugar, la demandante niega cualquier protagonismo en lo que respecta a la determinación del carácter bilateral de la cláusula. Sin embargo, aun suponiendo que la demandante no haya desempeñado ese papel protagonista y aunque la Comisión no afirma que lo haya desempeñado, la demandante no niega que la primera versión de la cláusula y la finalmente adoptada tenían un carácter bilateral. La demandante tampoco logra demostrar que PT o el Gobierno portugués hubiesen impuesto el carácter bilateral de la cláusula (véase el apartado 154 anterior).
- 172 Finalmente, en cuarto lugar, la demandante alega que la Decisión minimiza indebidamente el alcance de la excepción al ámbito de aplicación de la cláusula que Telefónica consiguió introducir, consistente en excluir las actividades que ya estuviesen en curso (véase el apartado 13 anterior). En efecto, según la demandante, la Comisión no reconoció que los servicios prestados en Portugal por Zon, que Telefónica considera actividades en curso, también estaban cubiertas por la referida excepción. Sin embargo, la demandante no refuta las afirmaciones realizadas en los considerandos 156 a 164 de la Decisión impugnada, según las cuales las actividades llevadas a cabo por sociedades no controladas por las partes no estaban cubiertas por la excepción introducida en el ámbito de aplicación de la cláusula.

- 173 A este respecto, es preciso señalar que la Comisión explicó que, si la actividad ejercida por una sociedad en la que una de las partes poseía acciones pero que no era controlada por esa parte fuese relevante para la determinación del ámbito de aplicación de la cláusula, dicha cláusula habría debido indicar que estaba destinada a aplicarse a las actividades de las sociedades que escapaban al control de las partes. Además, si esas actividades fuesen relevantes para la determinación del ámbito de aplicación de la cláusula, también deberían serlo para el respeto de las disposiciones de esta última, de manera que el inicio de una actividad prohibida por la cláusula por una sociedad no controlada, en la que una de las partes tuviese una participación minoritaria, constituiría una violación de la cláusula. La Comisión prosiguió su argumentación en relación con esta cuestión afirmando que las partes no podían pretender haber contraído tal obligación en nombre y por cuenta de las sociedades en las que tenían una participación minoritaria pero que no controlaban, ya que no podrían garantizar el cumplimiento de esa obligación. Por consiguiente, para que una actividad pudiese quedar excluida del ámbito de aplicación de la cláusula, debía ser directamente realizada por una de las partes o indirectamente por una de las sociedades controladas por éstas.
- 174 Al no haber elementos o, al menos, argumentos que puedan cuestionar esta conclusión, de la que necesariamente se deriva que las actividades de Zon, en la que la demandante sólo tenía una participación minoritaria (véase el apartado 4 anterior), no podían considerarse incluida en la excepción introducida en el ámbito de aplicación de la cláusula, las pretensiones de la demandante en relación con este último aspecto deben desestimarse.
- 175 Del conjunto de consideraciones anteriores, y en la medida en que la petición de examen de testigos formulada por la demandante debe desestimarse (véanse los apartados 357 y siguientes posteriores), se desprende que ésta no ha aportado elementos que puedan probar que la cláusula era una condición para que el Gobierno portugués no bloquease la operación Vivo y que, debido a ello, a Telefónica sólo le quedó la opción de tratar de limitar el impacto de dicha cláusula, en particular, transformándola en una cláusula de autoevaluación mediante la introducción del inciso «en la medida permitida por la ley».
- e) Sobre el supuesto contenido sustantivo y los supuestos fines prácticos de la salvaguarda «en la medida permitida por la ley»
- 176 Según la demandante, si se tuviera en cuenta el hecho de que la cláusula estaba íntimamente vinculada a la operación Vivo, inmediatamente resultaría evidente que la cláusula, lejos de estar desprovista de utilidad práctica, cumplía buena parte de las funciones típicas y legítimas que están llamadas a cumplir las cláusulas de salvaguarda legal en la praxis contractual, a saber: reducción de los costes de transacción, palanca estratégica para lograr el consenso y garantía del mantenimiento de la operación. Asimismo, en opinión de la demandante, la interpretación que la Comisión dio a la cláusula es manifiestamente contraria a su tenor.
- 177 Con carácter preliminar, debe señalarse que esta argumentación se basa en la premisa de que el Gobierno portugués impuso la cláusula como condición de la operación Vivo, obligando, de ese modo, a Telefónica a hacer todo lo posible para limitar su impacto. Ahora bien, de las consideraciones realizadas en los apartados 136 a 162 y 167 a 175 anteriores se desprende que la demandante no ha invocado elementos que permitan demostrar la fundamentación de dicha premisa, de manera que su argumentación basada en ella no puede prosperar. En cualquier caso, la demandante tampoco invoca ningún elemento que permita demostrar el supuesto contenido sustantivo y los supuestos fines prácticos de la salvaguarda «en la medida permitida por la ley».

Sobre la supuesta función de reducción de costes de transacción

- 178 Por lo que atañe a la función de reducción de costes de transacción, la demandante afirma que las salvaguardas legales suelen utilizarse cuando existen dudas o discrepancias en el análisis jurídico de las partes y éstas desean evitar perder dinero, energía y tiempo en discusiones jurídicas que pueden alargarse y enturbiar el proceso de negociación. Según la demandante, esto es justamente lo que sucedió en el caso de autos: cuando PT introdujo la cláusula en su contraoferta, alegó que podía justificarse como restricción accesoria. Telefónica tenía poca convicción, pero admitió que había un resquicio para la duda.
- 179 La demandante afirma que aunque albergaba reservas con respecto a las justificaciones de la cláusula, debido a la importancia de la cláusula para el Gobierno portugués, se vio obligada a dejar madurar el proceso de negociación admitiendo la cláusula, aunque introduciendo en ella las limitaciones objetivas y temporales que pudo, sabiendo que en el momento final sólo podría firmarla bajo la condición de verificar posteriormente su legalidad y su alcance. Según la demandante, el acuerdo de no competencia fue así saneado, impidiendo que pudiera tener efectos en el supuesto de que tras la verificación individual de su legalidad —en vez de una verificación conjunta, como erróneamente interpretaba la Comisión— se concluyese que no resultaba admisible en Derecho. A su entender, al supeditar la restricción a la verificación de su licitud, Telefónica excluía también cualquier tipo de responsabilidad reputacional social o política frente a PT si ésta adoptaba iniciativas incompatibles con la restricción.
- 180 Debe señalarse que de la posición de la demandante se desprende que esas alegaciones se basan, en esencia, en la idea de que existían dudas acerca de si la cláusula podía considerarse una restricción accesoria a la operación Vivo. Según la demandante, como la verificación jurídica de las condiciones necesarias relativas a esta cuestión habría sido larga y costosa, las partes introdujeron la salvaguarda legal «en la medida permitida por la ley», dejando para más adelante el análisis de la legalidad de la cláusula.
- 181 Pues bien, sin que sea necesario pronunciarse sobre la fundamentación de las supuestas dudas de PT o de la demandante acerca de la posible legalidad de la cláusula, es preciso observar que la argumentación basada en la idea de que las partes podrían de algún modo haber «provisionalmente acordado» una obligación de no competencia, supeditada a la verificación posterior de su legalidad, debe rechazarse, ya que, por una parte, la demandante no ha explicado por qué no fue posible clarificar esa cuestión antes de la firma del acuerdo el 28 de julio de 2010 o, al menos, antes de su entrada en vigor en el momento de la conclusión definitiva de la operación el 27 de septiembre del mismo año y, por otra parte, no ha probado que tal verificación se realizase después de la entrada en vigor del acuerdo.
- 182 En este contexto, procede recordar que, en los considerandos 96 a 100 de la Decisión impugnada, la Comisión señaló que las partes sostenían que en la cláusula estaba prevista una autoevaluación y que dicha autoevaluación se realizó durante las conversaciones de los días 26 y 29 de octubre de 2010 (véase el apartado 28 anterior). Asimismo, la Comisión indicó que las partes habían dado diferentes razones para justificar que la autoevaluación no hubiese tenido lugar antes de la entrada en vigor del acuerdo en el momento de la conclusión definitiva de la operación el 27 de septiembre de 2010 (véase el apartado 25 anterior), a saber:
- habida cuenta de que el acuerdo se firmó en nombre y por cuenta de PT, sin haber sido previamente aprobado por la Junta General de accionistas de esta última, existía, según Telefónica, el riesgo de que el Gobierno portugués se opusiese a esta manera de actuar; sin embargo, la Comisión rebate este argumento en la medida en que no está respaldado por ningún elemento del expediente y en que el artículo 4 del acuerdo, puesto en relación con el anexo 4.1, establece que PT garantiza a Telefónica que «la firma y la celebración del presente acuerdo y la realización de las transacciones objeto del mismo fueron debida y válidamente autorizadas por [su] Consejo [...] de

Administración y [el de] PT Movéis y [que] ninguna otra formalidad era necesaria, ni por parte de PT ni de PT Móveis, para autorizar la firma, celebración y ejecución del presente contrato o la realización de la operación en él contemplada»;

- a juicio de la demandante, la autoevaluación y la puesta en común de resultados entre las partes habría requerido una discusión acerca del alcance y los efectos de la cláusula, lo cual habría podido menoscabar el equilibrio alcanzado en el marco del acuerdo; sin embargo, la Comisión alega a este respecto que si fuese verdad que las partes estaban de acuerdo, con el fin de dejar esa discusión para más adelante, acerca de la obligación de llevar a cabo posteriormente una autoevaluación de la legalidad de la cláusula, esa obligación debería haber quedado plasmada en el tenor del contrato;
- según la demandante, existían incertidumbres con respecto a la operación Oi y la aplicación del «programa de partenariado industrial» y sólo «algunas semanas» después de la conclusión de la operación la prensa anunció que el regreso de PT a Brasil era inminente; sin embargo, la Comisión consideró que Telefónica no había demostrado el paso de un escenario de incertidumbre a una situación de certidumbre con respecto a la operación Oi en octubre de 2010;
- la demandante afirma que los requerimientos de información de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 9 y 30 de septiembre de 2010, que, entre otras cuestiones, solicitaban información con el fin de investigar la existencia de eventuales acuerdos contrarios a la competencia entre las partes en el marco de la operación Vivo, podrían haber hecho aumentar las dudas con respecto a la legalidad de un compromiso de no competencia; sin embargo, la Comisión señaló que el primer requerimiento de información de la CNC se produjo el 9 de septiembre de 2010, es decir, aproximadamente siete semanas antes de las fechas en que se celebró el supuesto ejercicio de autoevaluación, a saber, los días 26 y 29 de octubre de 2010 (véase el apartado 28 anterior).

¹⁸³ Por tanto, en el considerando 98 de la Decisión impugnada, la Comisión concluyó que las explicaciones dadas por Telefónica con respecto al retraso en la realización de la supuesta autoevaluación no estaban respaldadas por ningún elemento del expediente.

¹⁸⁴ Asimismo, en los considerandos 99 y 100 de la Decisión impugnada, la Comisión rechazó las alegaciones de PT basadas en que la cláusula ya no era una prioridad una vez firmado el acuerdo. En primer lugar, PT alegaba que concentró sus esfuerzos en la conclusión de las transacciones Vivo y Oi. En segundo lugar, según PT, la cláusula de no competencia estaba supeditada a la confirmación de su legalidad y de su alcance. En tercer lugar, afirmaba que dicha cláusula no entró en vigor antes de la fecha de la conclusión definitiva de la operación, es decir, el 27 de septiembre de 2010. En cuarto lugar, PT sostenía que no había sido contactada por ninguna autoridad de la competencia. En quinto lugar, PT consideraba que el resultado de la autoevaluación concluiría que la aplicación de un compromiso de no competencia tenía pocas posibilidades de llevarse a cabo, independientemente de su alcance. Según PT, fue la información publicada a finales de agosto en el *Jornal de Negócios* y en *Cinco Días* en relación con la cláusula que vinculaba a las partes, y el 19 de octubre en *Diario Economico* con respecto a la investigación realizada por la CNC en lo referente a la cláusula, la que hizo que las partes se pusiesen en contacto.

¹⁸⁵ Según la Comisión, esas alegaciones no bastan para explicar las razones por las que una obligación contractual vinculante, como es la supuesta obligación de realizar un ejercicio de autoevaluación, no fue respetada. Es más, a su entender, aunque la cláusula hubiese incluido alguna obligación de llevar a cabo una autoevaluación, el cumplimiento de esa obligación debería haber sido parte integrante de la conclusión de la operación Vivo, sobre la cual, aparentemente, PT concentraba toda su atención. Asimismo, a su entender, el hecho de que el compromiso de no competencia entrase en vigor en el momento de la conclusión definitiva de la operación, es decir, el 27 de septiembre de 2010, no puede justificar el retraso constatado a la hora de realizar el ejercicio de evaluación, que, supuestamente, tuvo

lugar en octubre. Por el contrario, según la Comisión, habría cabido esperar que la evaluación de la legalidad de la cláusula se hiciese antes de su entrada en vigor. Finalmente, la Comisión considera que el hecho de que fuese poco factible justificar el compromiso de no competencia debería haber favorecido más bien la rápida supresión de la cláusula y no su mantenimiento.

- 186 Finalmente, en el considerando 298 de la Decisión impugnada, la Comisión afirmó que los elementos de prueba que figuraban en el expediente relativos al comportamiento efectivo de las partes con respecto a la cláusula y, en particular, al acuerdo de 4 de febrero de 2011 que ponía fin a esta última (véase el apartado 29 anterior) hacían patente que la cláusula no preveía ninguna obligación de autoevaluación. En relación con este aspecto, la Comisión examinó después los elementos de prueba correspondientes, a saber, en primer lugar, las declaraciones de las partes relativas a la naturaleza de la cláusula anteriores a sus respuestas al pliego de cargos, en segundo lugar, el acuerdo de 4 de febrero de 2011 que ponía término a la cláusula, en tercer lugar, las conversaciones telefónicas de octubre de 2010, en cuarto lugar, la fecha de realización del supuesto ejercicio de autoevaluación y, en quinto lugar, otros elementos invocados por las partes, como, por ejemplo, la publicidad de la cláusula (considerandos 299 a 328 de la Decisión impugnada).
- 187 Es preciso señalar que la demandante no invoca ningún elemento que ponga en entredicho las conclusiones de la Comisión relativas a la supuesta autoevaluación destinada a verificar la legalidad de la cláusula.
- 188 Por una parte, la demandante se limita a afirmar que la Comisión tiene una concepción errónea de la autoevaluación, que no era necesaria una evaluación conjunta, sino una evaluación individual seguida de una puesta en común de los resultados, de modo que el hecho de que esa puesta en común tuviese lugar cuatro semanas después de la entrada en vigor del acuerdo no puede considerarse un retraso desproporcionado. Pues bien, aun suponiendo que las partes hubiesen evaluado individualmente la cláusula, ello no justificaría el transcurso de cuatro semanas entre la entrada en vigor de ésta y la supuesta puesta en común de los resultados de la supuesta autoevaluación de su legalidad.
- 189 Por otra parte, aunque la demandante alega que presentó pruebas del contenido de las conversaciones del 26 y 29 de octubre de 2010, se limita a remitirse a las afirmaciones de las partes en sus respuestas al pliego de cargos y a las declaraciones de los dos asesores jurídicos externos, de un representante de Telefónica y de un representante de PT. Pues bien, si bien es verdad que no debe negarse toda credibilidad a las declaraciones hechas por representantes de las partes si tales declaraciones han sido realizadas ante notario, no obstante, es preciso señalar, tal como subraya la Comisión en los considerandos 313 a 323 de la Decisión impugnada, que los resultados y el contenido de las conversaciones telefónicas invocadas por Telefónica no encuentran respaldo alguno en la formulación del acuerdo de 4 de febrero de 2011 que deroga la cláusula, el cual explica detalladamente el contexto en el que las partes decidieron suprimir la cláusula (véase el apartado 29 anterior).
- 190 Asimismo, tal como subraya la Comisión (considerandos 120 y 122 de la Decisión impugnada), las declaraciones en cuestión no constituyen una prueba contemporánea del contenido de las conversaciones de octubre de 2010, lo cual les conferiría un mayor valor probatorio (véanse, en este sentido, las sentencias de 11 de marzo de 1999, *Ensidesa/Comisión*, T-157/94, EU:T:1999:54, apartado 312, y de 16 de diciembre de 2003, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied y Technische Unie/Comisión*, T-5/00 y T-6/00, EU:T:2003:342, apartado 181). Además, aunque el testimonio de un testigo directo de las circunstancias relatadas debe calificarse en principio como medio de prueba de alto valor probatorio (sentencia de 3 de marzo de 2011, *Siemens/Comisión*, T-110/07, EU:T:2011:68, apartado 75), también debe tomarse en consideración que las declaraciones de que se trata en el caso de autos fueron realizadas por personas que podrían tener un interés directo en el asunto y que no pueden considerarse independientes de la demandante (véase, en este sentido, la sentencia de 3 de marzo de 2011, *Siemens/Comisión*, T-110/07, EU:T:2011:68, apartados 69 y 70).

- 191 De ello se deriva que, a la vista de todos los elementos tenidos en cuenta, esas declaraciones en tanto que únicos elementos de prueba no bastan para demostrar que la cláusula contuviera una obligación de autoevaluación, debiendo recordarse que, por lo que atañe al valor probatorio que ha de otorgarse a los diferentes elementos de prueba, el único criterio pertinente para apreciar las pruebas libremente presentadas es su credibilidad (véanse las sentencias de 8 de julio de 2004, Mannesmannröhren-Werke/Comisión, T-44/00, EU:T:2004:218, apartado 84 y la jurisprudencia citada; Dalmine/Comisión, T-50/00, EU:T:2004:220, apartado 72 y la jurisprudencia citada, y de 8 de julio de 2004, JFE Engineering y otros/Comisión, T-67/00, T-68/00, T-71/00 y T-78/00, EU:T:2004:221, apartado 273) y que, según las reglas generalmente aplicables en materia de prueba, la credibilidad y, por consiguiente, el valor probatorio de un documento dependen de su origen, de las circunstancias de su elaboración, de su destinatario y del buen sentido y fiabilidad de su contenido (sentencia de 15 de marzo de 2000, Cimenteries CBR y otros/Comisión, T-25/95, T-26/95, T-30/95 a T-32/95, T-34/95 a T-39/95, T-42/95 a T-46/95, T-48/95, T-50/95 a T-65/95, T-68/95 a T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 y T-104/95, EU:T:2000:77, apartado 1053).
- 192 De las consideraciones anteriores se desprende que las alegaciones de la demandante basadas en el supuesto ejercicio de autoevaluación realizado en octubre de 2010 deben rechazarse, al igual que toda la argumentación mediante la que alega que la cláusula cumplía una función de reducción de los costes de transacción.

Sobre la supuesta función de palanca estratégica para lograr el consenso

- 193 Por lo que respecta a la supuesta función de palanca estratégica para lograr el consenso del inciso «en la medida», Telefónica sostiene que quiso en todo momento prescindir de la cláusula, pero que durante el proceso advirtió que, debido a la agenda política del Gobierno portugués, no podría eliminar la cláusula sin poner en riesgo la operación, de modo que optó por neutralizarla con la cautela «en la medida». Según Telefónica, como su voluntad era desactivar la cláusula, mantuvo siempre su carácter bilateral, pues ello le habría de permitir, llegado el caso, evitar controversias jurídicas y zanjar de una manera fácil y expeditiva el test de legalidad exigido.
- 194 Por una parte, en la medida en que esta argumentación se basa en el postulado de que el Gobierno portugués exigió la cláusula, postulado que ha sido rechazado en los apartados 136 a 162 anteriores, no puede prosperar. Por otra parte, ya se ha declarado en los apartados 154 y 171 anteriores que las alegaciones de la demandante relativas al carácter bilateral de la cláusula debían desestimarse.

Sobre la supuesta función de seguridad en el mantenimiento de la operación

- 195 Según la demandante, el inciso «en la medida permitida por la ley» cumplió también la función de seguridad en el mantenimiento de la operación, garantizando la supervivencia de ésta aún en caso de impugnación o resolución *ex post*. A su entender, la importancia dada a la cláusula por PT inducía a pensar que ésta la consideraba esencial, de manera que existía el riesgo de que, en caso de nulidad de la cláusula, PT intentase obtener la nulidad total del acuerdo. A juicio de la demandante, la «cláusula estándar de divisibilidad», que en el Derecho portugués sólo invierte la prueba por lo que atañe al carácter esencial de la cláusula con respecto al conjunto del acuerdo, mitigaba, aunque no eliminaba ese riesgo.
- 196 Esta argumentación no puede prosperar, ya que se basa en la alegación de que, con el inciso «en la medida permitida por la ley», la demandante quería evitar que, en caso de nulidad de la obligación de no competencia, el acuerdo quedase privado de validez en su totalidad. Ahora bien, ello presupondría que la cláusula fuera considerada esencial con respecto al conjunto del acuerdo y, en la medida en que la demandante no alega que la cláusula fuese una restricción accesoria a la operación Vivo (véanse los apartados 107 a 110 anteriores) y no demuestra, en particular, mediante un dictamen jurídico aportado como anexo, que la percepción subjetiva de Telefónica o las supuestas

preocupaciones de PT pudieran ser pertinentes por lo que atañe a la importancia de la cláusula para el acuerdo en su conjunto, debe observarse que la demandante no ha aportado ningún elemento que permita explicar por qué razón una cláusula de no competencia en el mercado ibérico podría considerarse objetivamente esencial para una operación relativa a la cesión de participaciones en un operador brasileño.

Sobre la interpretación del tenor de la cláusula

- 197 La demandante sostiene que la Comisión toma en consideración de manera parcial el tenor de la cláusula, centrándose en el título «No competencia» e ignorando el inciso «en la medida», vulnerando de ese modo el derecho de defensa y la carga de la prueba que le incumbe. Según la demandante, la literalidad verdaderamente relevante de la cláusula está en su parte dispositiva, y esta revela que la voluntad de las partes no era restringir la competencia sino sujetarse a la ley. A su entender, la publicidad y la corta duración de la cláusula son inconcebibles en el marco de un acuerdo de reparto de mercados como el que presupone la Comisión. La demandante afirma que el acuerdo tampoco establecía mecanismos de control del cumplimiento de la restricción y que su ámbito de aplicación estaba lejos de ser claro. En opinión de la demandante, los acuerdos «desnudos» de reparto de mercados, ni son públicos, ni se someten a una valoración de la legalidad, ni se negocian con el Gobierno, ni se acuerdan para un período limitado. Pero sobre todo, según la demandante, esos acuerdos se cumplen y llevan a efecto.
- 198 La argumentación de la demandante basada en el tenor de la cláusula no puede acogerse, ya que, contrariamente a lo que sostiene, la cláusula no indica claramente que la voluntad de las partes no fuera restringir la competencia, sino conformarse a la ley.
- 199 A este respecto, resulta revelador que la demandante alegue que sería posible imaginar que la cláusula hubiese precisado que «las partes [eran] libres para competir en todo el mercado ibérico (PT en España y Telefónica en Portugal) salvo en aquellos casos en que legalmente [pudiera] restringirse la competencia por existir un motivo legítimo». La demandante considera que si la cláusula se hubiese redactado de ese modo, la Comisión habría adoptado una Decisión distinta, y no debería ser así, pues funcionalmente ambas redacciones, la real y la alternativa, son equivalentes. Pues bien, si bien no procede pronunciarse acerca de si la redacción alternativa propuesta por la demandante es realmente equivalente a la de la cláusula, el mero hecho de proponer una redacción supuestamente equivalente desde el punto de vista funcional muestra claramente que una interpretación de la cláusula no puede basarse únicamente en su tenor, sino que debe tener en cuenta su contexto, que, tal como se deriva de los razonamientos anteriores, no admite la interpretación propuesta por la demandante.
- 200 Del conjunto de consideraciones precedentes, se desprende que la demandante no ha demostrado que, a la vista de todas las circunstancias, la cláusula no constituyera una restricción de la competencia por el objeto porque el inciso «en la medida permitida por la ley» la había transformado en una cláusula de autoevaluación de la legalidad de un compromiso de no competencia. Por consiguiente, deben desestimarse los tres primeros motivos.

2. Sobre el cuarto motivo, basado en la infracción del artículo 101 TFUE, en una insuficiente motivación y en la incorrecta valoración de la aptitud de la práctica para restringir la competencia

- 201 La demandante sostiene que la Comisión incurre en un manifiesto error de apreciación en relación con la aptitud de la cláusula para restringir la competencia entre PT y ella y que la Comisión no motivó suficientemente la Decisión impugnada en lo que se refiere a este aspecto. Según la demandante, la Comisión no examinó dicho aspecto, que fue suscitado en la respuesta al pliego de cargos, ni llevó a cabo ningún estudio de la estructura de los mercados afectados, del contexto económico ni de las posibilidades reales y concretas de las partes de entrar en los mercados vecinos respectivos durante el breve período previsto en la cláusula. A juicio de la demandante, si la Comisión hubiese llevado a cabo

ese examen, habría constatado que las partes no eran competidoras potenciales. Pues bien, a su entender, al no haber competencia potencial que pueda restringirse, la cláusula no puede constituir una restricción de la competencia por el objeto. Finalmente, según la demandante, no pueden acogerse los elementos aducidos por la Comisión en la Decisión impugnada para justificar la inexistencia de un análisis detallado de los mercados y responder a las alegaciones de las partes en sus respuestas al pliego de cargos.

- 202 Asimismo, la demandante reprocha a la Comisión que en el considerando 364 de la Decisión impugnada (véase el apartado 46 anterior) afirmase que, aunque la cláusula no pudiese restringir la competencia, ello no impediría que pudiese considerarse constitutiva de una restricción de la competencia por el objeto.
- 203 Con carácter preliminar, debe señalarse, en respuesta a esta última alegación, que, en efecto, no puede afirmarse que, aunque la cláusula no pudiera restringir la competencia, ello no impediría que fuera posible considerarla constitutiva de una restricción de la competencia por el objeto. Tal como ha indicado el Tribunal de Justicia, para tener un objeto contrario a la competencia, el acuerdo debe poder producir efectos negativos en la competencia, es decir, ser concretamente apto para impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado interior (sentencia de 14 de marzo de 2013, Allianz Hungría Biztosító y otros, C-32/11, EU:C:2013:160, apartado 38).
- 204 Sin embargo, debe señalarse que la demandante no indica que, en el considerando 364 de la Decisión impugnada, la Comisión citó la sentencia de 25 de enero de 2007, Sumitomo Metal Industries y Nippon Steel/Comisión (C-403/04 P y C-405/04 P, EU:C:2007:52, apartados 44 y 45), y afirmó que, si un acuerdo tenía por objeto restringir la competencia, era indiferente, a efectos de la existencia de la infracción, que los contratantes tuviesen o no interés comercial en celebrarlo. Por consiguiente, la Comisión concluyó que el hecho de que hubiera podido mostrarse que la cláusula no podía producir efectos en el interés comercial de Telefónica o de PT era totalmente irrelevante (véase el apartado 46 anterior).
- 205 De ello se sigue que del antedicho considerando se desprende que la Comisión no afirmó que, de manera general, fuese indiferente que un acuerdo pudiera producir efectos para calificarlo como restricción de la competencia por el objeto, sino que, en el caso de autos, la argumentación de Telefónica, reproducida, en particular, en el considerando 359, letra d), de la Decisión impugnada, relativa a la falta de incentivos de las partes para entrar en el mercado de la otra parte, era irrelevante, ya que, en el marco de un acuerdo cuyo objetivo era restringir la competencia, resultaba indiferente que la celebración del acuerdo tuviese o no interés comercial para las partes.
- 206 Asimismo, por lo que atañe, en primer lugar, a la alegación basada en la insuficiencia de la motivación, de la argumentación de la demandante se desprende que no cuestiona la motivación de la Decisión impugnada propiamente dicha, sino el hecho de que la Comisión no llevó a cabo, equivocadamente, a su entender, un estudio de la estructura de los mercados afectados y de las posibilidades reales de competencia de las partes en esos mercados. En efecto, la demandante rebate los argumentos formulados en los considerandos 265 a 278 de la Decisión impugnada.
- 207 En cualquier caso, de los referidos considerandos se desprende que la Comisión explicó las razones por las que no había estimado necesario proceder a un análisis detallado de la estructura de los mercados afectados y que respondió a las alegaciones formuladas por las partes en sus respuestas al pliego de cargos en relación con la existencia de una competencia potencial entre ellas, resumidas en los considerandos 268 a 270 de la Decisión impugnada. Por tanto, en la medida en que la argumentación de la demandante pueda entenderse en el sentido de que critica una supuesta falta de motivación de la Decisión impugnada en lo que atañe a este aspecto, dicha argumentación no puede prosperar.

- 208 En segundo lugar, por lo que respecta a la alegación basada en una valoración incorrecta de la «aptitud» de la cláusula para restringir la competencia entre PT y Telefónica como consecuencia de la posición de la Comisión conforme a la cual, en el caso de autos, no estaba obligada a proceder a un análisis detallado de la estructura de los mercados afectados, es preciso tener en cuenta, como se desprende de la Decisión impugnada, tres elementos en los que se basó la Comisión para llegar a la conclusión de que no era necesario realizar, en relación con cada mercado específico, ningún análisis detallado de la competencia potencial entre las partes para apreciar si el acuerdo constituía una restricción de la competencia por el objeto (considerando 278 de la Decisión impugnada).
- 209 Para empezar, la Comisión señaló que, si se daba por buena la interpretación de la cláusula propuesta por las partes, el hecho de celebrar un acuerdo de no competencia, o de contemplar la necesidad de proceder a una autoevaluación de la legalidad del ámbito de aplicación de un compromiso de no competencia accesorio, constituía un reconocimiento de las partes del hecho de que al menos eran competidoras potenciales en determinados servicios. En efecto, si no hubiese ninguna competencia potencial, no tendría sentido celebrar acuerdo de no competencia alguno o contemplar la realización de una autoevaluación relativa a un compromiso de no competencia (considerando 271 de la Decisión impugnada).
- 210 A continuación, la Comisión explicó que la cláusula tenía un extenso ámbito de aplicación, ya que se aplicaba a todos los servicios de comunicaciones electrónicas y a los servicios de televisión (considerandos 141, 265 y 278 de la Decisión impugnada).
- 211 Finalmente, la Comisión indicó que los antedichos servicios habían sido liberalizados de conformidad con el marco normativo de la Unión, que permitía y promovía la competencia entre los operadores (considerando 265 de la Decisión impugnada), y que ese contexto liberalizado, en el que la competencia era posible y se promovía, debía ser el punto de partida de la evaluación de la cláusula (considerando 267 de la Decisión impugnada).
- 212 Por otra parte, ha de recordarse la jurisprudencia ya citada en el apartado 104 anterior, según la cual, para apreciar si un acuerdo entre empresas o una decisión de una asociación de empresas tiene un grado de nocividad suficiente para ser considerado una restricción de la competencia por el objeto en el sentido del artículo 101 TFUE, apartado 1, debe atenderse al contenido de sus disposiciones, a los objetivos que pretende alcanzar y al contexto económico y jurídico en el que se inscribe. Al apreciar dicho contexto, se debe considerar también la naturaleza de los bienes o de los servicios afectados, así como las condiciones reales del funcionamiento y de la estructura del mercado o mercados pertinentes (véase la sentencia de 11 de septiembre de 2014, CB/Comisión, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, apartado 53 y la jurisprudencia citada).
- 213 Sin embargo, si bien al interpretar el contexto de un acuerdo deben tomarse en consideración las condiciones reales del funcionamiento y de la estructura del mercado o mercados de que se trate, la Comisión no está siempre obligada a proceder a una definición precisa del mercado o mercados de referencia. En efecto, la definición del mercado de referencia no desempeña el mismo papel según se trate de aplicar el artículo 101 TFUE o el artículo 102 TFUE. En el marco de la aplicación del artículo 102 TFUE, la adecuada definición del mercado de referencia es un requisito necesario y previo a la valoración de un comportamiento supuestamente contrario a la competencia (sentencias de 10 de marzo de 1992, SIV y otros/Comisión, T-68/89, T-77/89 y T-78/89, EU:T:1992:38, apartado 159, y de 11 de diciembre de 2003, Adriatica di Navigazione/Comisión, T-61/99, EU: T:2003:335, apartado 27), puesto que, antes de acreditar la existencia de un abuso de posición dominante, hay que acreditar la existencia de una posición dominante en un mercado determinado, lo que implica que dicho mercado haya sido previamente delimitado. En cambio, de reiterada jurisprudencia se desprende que, en cuanto a la aplicación del artículo 101 TFUE, es preciso definir el mercado de referencia para determinar si el acuerdo de que se trate puede afectar al comercio entre Estados miembros y tiene por objeto o por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior (sentencias de 21 de febrero de 1995, SPO y otros/Comisión, T-29/92, EU:T:1995:34, apartado 74, y de

11 de diciembre de 2003, *Adriatica di Navigazione/Comisión*, T-61/99, EU:T:2003:335, apartado 27; véase, también, la sentencia de 12 de septiembre de 2007, *Prym y Prym Consumer/Comisión*, T-30/05, no publicada, EU:T:2007:267, apartado 86 y la jurisprudencia citada).

- ²¹⁴ Así pues, en el marco del artículo 101 TFUE, apartado 1, no es exigible una definición previa del mercado pertinente cuando el acuerdo controvertido tiene en sí mismo un objeto anticompetitivo, es decir, cuando la Comisión ha podido concluir válidamente, sin previa delimitación del mercado, que el acuerdo en cuestión falseaba la competencia y podía afectar de forma sensible al comercio entre los Estados miembros. En particular, se trata de los acuerdos más graves, expresamente prohibidos por el artículo 101 TFUE, apartado 1, letras a) a e) (conclusiones del Abogado General Bot presentadas en los asuntos acumulados *Erste Group Bank* y otros/Comisión, C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P y C-137/07 P, EU:C:2009:192, apartados 168 a 175). Si el propio objeto de un acuerdo es restringir la competencia mediante un «reparto de mercados», no es, por tanto, necesario definir con precisión los mercados de que se trata, puesto que la competencia real o potencial se ha visto restringida necesariamente (sentencia de 8 de julio de 2004, *Mannesmannröhren-Werke/Comisión*, T-44/00, EU:T:2004:218, apartado 132).
- ²¹⁵ Por consiguiente, en la medida en que, en el caso de autos, la Comisión constató que la cláusula sancionada por la Decisión impugnada tenía por objeto el reparto de mercados, la demandante no puede sostener que era necesario un análisis detallado de los mercados afectados para determinar si la cláusula constituía una restricción de la competencia por el objeto.
- ²¹⁶ En efecto, en principio, unas empresas que celebran un acuerdo cuya finalidad es restringir la competencia no pueden eludir la aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1, alegando que su acuerdo no va a tener repercusiones apreciables en la competencia (sentencia de 8 de julio de 2004, *Mannesmannröhren-Werke/Comisión*, T-44/00, EU:T:2004:218, apartado 130). Dado que el acuerdo sancionado en el caso de autos consistía en una cláusula de no competencia, que las partes definieron como aplicable a «todo proyecto en el sector de las telecomunicaciones (incluidos los servicios de telefonía fija y móvil y los servicios de acceso a Internet y de televisión, salvo las inversiones o actividades que ya estén en curso en el día en el que se firme el presente acuerdo) que pueda entrar en competencia con la otra parte en el mercado ibérico», su existencia sólo tenía sentido si tenía como objetivo restringir la competencia (sentencias de 8 de julio de 2004, *Mannesmannröhren-Werke/Comisión*, T-44/00, EU:T:2004:218, apartado 131, y de 21 de mayo de 2014, *Toshiba/Comisión*, T-519/09, EU:T:2014:263, apartado 231).
- ²¹⁷ A este respecto, debe desestimarse la argumentación de la demandante según la cual, aunque pudiera admitirse que, si se hubiera demostrado que la voluntad real de las partes fue la de restringir ilegalmente la competencia, la cláusula sería un indicio de la existencia de una competencia potencial, en el caso de autos, no sería así, ya que la cláusula no obedecía a un propósito restrictivo, sino a exigencias estratégicas de la negociación.
- ²¹⁸ En efecto, no sólo la demandante no ha demostrado que la cláusula obedeciese a esas exigencias estratégicas (véanse los apartados 121 a 175 anteriores), cuando ello constituía la propia premisa de su argumentación, sino que además, debe señalarse, al igual que hace la Comisión, que la argumentación de la demandante adolece de cierta incoherencia. En efecto, aunque la cláusula sólo implicase una obligación de evaluar si una obligación de no competencia era legalmente posible y aunque la introducción de tal obligación hubiese sido considerada necesaria por uno de los participantes en la operación Vivo, ello constituiría un sólido indicio de la existencia de competencia potencial entre las partes.
- ²¹⁹ Asimismo, la demandante tampoco puede invocar la sentencia de 29 de junio de 2012, *E.ON Ruhrgas y E.ON/Comisión* (T-360/09, EU:T:2012:332), para sostener que, de manera general, la existencia de un acuerdo de no competencia no puede constituir una prueba de la existencia de competencia potencial entre las partes.

- 220 Así, en el apartado 115 de la antedicha sentencia, el Tribunal se limitó a indicar que, durante el período en el que en un mercado existían barreras a la entrada y estructuras que impedían la entrada de nuevos competidores, la mera existencia de un acuerdo de no competencia no basta para demostrar que existiese competencia potencial en el mercado en cuestión.
- 221 En cambio, de la referida jurisprudencia se desprende en particular que, cuando hay un mercado liberalizado, como sucede en el caso de autos, la Comisión no debe analizar la estructura del mercado afectado, ni la cuestión de si la entrada en dicho mercado es una estrategia económica viable para cada una de las partes (véase, en este sentido, la sentencia de 29 de junio de 2012, E.ON Ruhrgas y E.ON/Comisión, T-360/09, EU:T:2012:332, apartados 89 a 93), pero está obligada a examinar si existen barreras insuperables a la entrada en el mercado, que excluyan cualquier competencia potencial (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de mayo de 2014, Toshiba/Comisión, T-519/09, EU:T:2014:263, apartado 230).
- 222 Pues bien, en el caso de autos, la Comisión no sólo constató que el mercado de servicios de telecomunicaciones y de televisión en España y Portugal estaba totalmente liberalizado (véase el apartado 211 anterior), sino que también señaló que, como reconocen las propias partes, estas últimas estaban presentes en los mercados de prestación de servicios mundiales de telecomunicaciones y de servicios de portador de mayorista internacional, en la totalidad del mercado ibérico (considerandos 173, 174 y 272 de la Decisión impugnada); que las partes no habían demostrado que el período de aplicación previsto por la cláusula fuese insuficiente para proceder a la adquisición de un operador de telecomunicaciones existente, como medio de convertirse en titular de determinadas redes sin necesidad de establecerlas (considerando 273 de la Decisión impugnada); que no podía invocarse la situación actual de los mercados español y portugués para excluir la posibilidad de invertir en el sector, en la medida en que, a pesar de la crisis, las inversiones habían crecido o, al menos, se habían mantenido estables en ellos (considerando 274 de la Decisión impugnada); y, finalmente, que la propia Telefónica había admitido durante las negociaciones relativas a la operación Vivo que contemplaba el lanzamiento de una oferta pública de adquisición contra una sociedad como PT, de modo que la adquisición de un competidor de PT también habría sido posible (considerandos 37 y 275 a 277 de la Decisión impugnada).
- 223 En su demanda, la demandante no aporta ningún elemento que pueda indicar que, a pesar de todos los antedichos elementos, habría sido necesario un análisis detallado de los mercados en cuestión para determinar si la cláusula constituía una restricción de la competencia por el objeto o para probar que ninguna barrera insuperable impedía a las partes entrar en sus mercados vecinos respectivos.
- 224 En efecto, debe señalarse que, aparte de su argumentación ya considerada en los apartados 201 a 221 anteriores, en sus escritos, la demandante se limita a cuestionar la argumentación de la Comisión resumida en el apartado 222 anterior sin lograr desvirtuar el análisis de la Comisión según el cual, en el caso de autos, no estaba obligada a llevar a cabo un análisis detallado de la competencia potencial entre las partes en los mercados afectados por la cláusula.
- 225 Asimismo, no puede acogerse la argumentación adicional de la demandante, consistente en presentar elementos que supuestamente demostraban que la entrada en los mercados afectados no era una prioridad estratégica de las partes o no era económicamente ventajosa ni atractiva.
- 226 En efecto, sin que sea necesario examinar detalladamente esta argumentación ni pronunciarse sobre la metodología, cuestionada por la Comisión, de uno de los informes económicos aportados por la demandante, basta señalar que, si bien la intención de una empresa de entrar en un mercado es eventualmente pertinente para comprobar si puede considerarse un competidor potencial en el citado mercado, el elemento esencial en el que debe descansar tal calificación es, sin embargo, su capacidad de entrar en dicho mercado (véase la sentencia de 29 de junio de 2012, E.ON Ruhrgas y E.ON/Comisión, T-360/09, EU:T:2012:332, apartado 87 y la jurisprudencia citada).

227 De las consideraciones anteriores se desprende que no puede afirmarse que, a pesar de que la propia existencia de la cláusula es un sólido indicio de una competencia potencial entre las partes, de que su objeto consistía en un acuerdo de reparto de mercado, de que tenía un extenso ámbito de aplicación y de que se inscribía en un contexto económico liberalizado, la Comisión debería haber llevado a cabo un análisis detallado de la estructura de los mercados afectados y de la competencia potencial entre las partes en esos mercados para concluir que la cláusula constituía una restricción de la competencia por el objeto. Por consiguiente, procede desestimar el cuarto motivo.

3. Sobre el quinto motivo, basado en la infracción del artículo 101 TFUE en la medida en que la cláusula no es una restricción por el efecto y en la violación de las reglas sobre la carga de la prueba y del principio *in dubio pro reo*

228 La demandante alega que, en la medida en que la cláusula no constituye una restricción por el objeto, correspondía a la Comisión acreditar que la conducta supuestamente restrictiva se había ejecutado, que dicha conducta había tenido efectos reales o potenciales en el mercado y que tales efectos habían sido apreciables. Según la demandante, al no haber demostrado la Comisión que la cláusula era restrictiva por sus efectos, se aplicó incorrectamente el artículo 101 TFUE y se vulneraron los principios de presunción de inocencia y de carga de la prueba.

229 En la medida en que esta argumentación se basa en la premisa errónea de que el comportamiento en cuestión no puede calificarse de restricción de la competencia por el objeto, sólo cabe desestimarla. Resulta del propio texto del artículo 101 TFUE, apartado 1, que los acuerdos entre empresas están prohibidos, con independencia de sus efectos, cuando tienen un objeto contrario a la competencia. Por consiguiente, no se exige la prueba de efectos reales contrarios a la competencia, cuando se ha probado el objeto contrario a la competencia de los comportamientos reprochados (véase la sentencia de 3 de marzo de 2011, Siemens y VA Tech Transmission & Distribution/Comisión, T-122/07 a T-124/07, EU:T:2011:70, apartado 75 y la jurisprudencia citada).

230 En efecto, de cara a la aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1, la ponderación de los efectos concretos de un acuerdo es superflua cuando éstos tienen por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia. Tal es en particular el caso de los acuerdos que llevan consigo restricciones evidentes de la competencia como la fijación de precios o el reparto del mercado (sentencia de 8 de diciembre de 2011, KME Germany y otros/Comisión, C-389/10 P, EU:C:2011:816, apartado 75).

231 Por tanto, debe desestimarse el quinto motivo, basado en que la Comisión no examinó los efectos de la cláusula.

B. Sobre las pretensiones relativas al importe de la multa

232 En sus motivos sexto, séptimo y octavo, formulados con carácter subsidiario, la demandante invoca diferentes errores cometidos en el cálculo de la multa.

1. Observaciones preliminares

a) Sobre los principios relativos al cálculo de las multas

233 Debe recordarse que, según se desprende de una reiterada jurisprudencia, la Comisión disfruta de una amplia facultad de apreciación por lo que respecta al método de cálculo del importe de las multas. Este método, delimitado por las Directrices, 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.º 1/2003 (véase, en este sentido, y por analogía, la sentencia 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, EU:C:2009:500, apartado 112 y la jurisprudencia citada).

- 234 La gravedad de las infracciones del Derecho de la competencia de la Unión debe determinarse en función de numerosos factores, como las circunstancias específicas del asunto, su contexto y el alcance disuasorio de las multas, sin que se haya establecido una lista taxativa o exhaustiva de criterios que deban tenerse en cuenta obligatoriamente (sentencias de 19 de marzo de 2009, Archer Daniels Midland/Comisión, C-510/06, EU:C:2009:166, apartado 72, y de 3 de septiembre de 2009, Prym y Prym Consumer/Comisión, C-534/07 P, EU:C:2009:505, apartado 54).
- 235 Como se ha expuesto en el apartado 52 anterior, en el caso de autos, la Comisión determinó el importe de las multas aplicando el método definido en las Directrices.
- 236 Si bien dichas Directrices no pueden calificarse de norma jurídica a cuya observancia está obligada en cualquier caso la administración, establecen sin embargo una regla de conducta indicativa de la práctica que debe seguirse y de la cual la administración no puede apartarse, en un caso concreto, sin dar razones que sean compatibles con el principio de igualdad de trato (véanse, por analogía, las sentencias 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, EU:C:2005:408, apartado 209 y la jurisprudencia citada, y de 8 de octubre de 2008, Carbone-Lorraine/Comisión, T-73/04, EU:T:2008:416, apartado 70).
- 237 Al adoptar estas reglas de conducta y anunciar mediante su publicación que las aplicará en lo sucesivo a los casos 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, por analogía, las sentencias 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, EU:C:2005:408, apartado 211 y la jurisprudencia citada, y de 8 de octubre de 2008, Carbone-Lorraine/Comisión, T-73/04, EU:T:2008:416, apartado 71).
- 238 Además, esas Directrices determinan de un modo general y abstracto la metodología que la Comisión se obligó a seguir para fijar el importe de las multas y garantizan, por consiguiente, la seguridad jurídica de las empresas (véase, por analogía, la sentencia 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, EU:C:2005:408, apartados 211 y 213).
- 239 Los puntos 4 y 5 de las Directrices establecen lo siguiente:
- «4. La facultad de la Comisión de imponer multas a las empresas y asociaciones de empresas cuando, de forma deliberada o por negligencia, infrinjan las disposiciones del artículo [101 TFUE] o del artículo [102 TFUE] constituye uno de los medios de que dispone la Comisión para poder cumplir la misión de vigilancia que le confiere el Tratado. Esta misión no comprende únicamente la tarea de proceder a la instrucción y de reprimir las infracciones individuales, sino que incluye también el deber de proseguir una política general dirigida a aplicar en materia de competencia los principios fijados por el Tratado y a orientar en este sentido el comportamiento de las empresas. A tal efecto, la Comisión debe velar por el carácter disuasorio de su actuación. Por lo tanto, cuando la Comisión constata una infracción de las disposiciones de los artículos [101 TFUE o 102 TFUE], puede ser necesario imponer una multa a los que han vulnerado las normas jurídicas. Procede fijar las multas en un nivel suficientemente disuasorio, no sólo para sancionar a las empresas en cuestión (efecto disuasorio específico), sino también para disuadir a otras empresas de adoptar o mantener conductas contrarias a los artículos [101 TFUE] y [102 TFUE] (efecto disuasorio general).

5. Con el fin de alcanzar estos objetivos, conviene que, como base para la determinación de las multas, la Comisión se remita al valor de las ventas de bienes o servicios a que se refiere la infracción. La duración de la infracción también debería desempeñar un papel significativo a la hora de determinar el importe adecuado de la multa. La duración de la infracción incide necesariamente en las posibles consecuencias de la infracción en el mercado. Así pues, se considera importante que la multa refleje también el número de años durante los cuales la empresa ha participado en la infracción.»

²⁴⁰ Las Directrices definen un método de cálculo constituido por dos etapas (punto 9 de las Directrices). Prevé, como primera etapa de cálculo, la determinación por parte de la Comisión de un importe de base para cada empresa o asociación de empresas implicada y comprenden, a ese respecto, las siguientes disposiciones:

«12. El importe de base se fijará por referencia al valor de las ventas según la metodología siguiente.

[...]

13. Con el fin de determinar el importe de base de la multa, la Comisión utilizará el valor de las ventas de bienes o servicios realizadas por la empresa, en relación directa o indirecta con la infracción, en el sector geográfico correspondiente dentro del territorio del Espacio Económico Europeo (“EEE”). La Comisión utilizará normalmente las ventas de la empresa durante el último ejercicio social completo de su participación en la infracción.

[...]

19. El importe de base de la multa se vinculará a una proporción del valor de las ventas, determinada en función del grado de gravedad de la infracción, multiplicada por el número de años de infracción.

20. La valoración de la gravedad se hará caso por caso para cada tipo de infracción, considerando todas las circunstancias pertinentes.

21. Por regla general, la proporción del valor de las ventas que se tendrá en cuenta se fijará en un nivel que podrá alcanzar hasta el 30 %.

22. Con el fin de decidir si la proporción del valor de las ventas considerada en un determinado caso debería situarse en la parte inferior o superior de esta escala, la Comisión tendrá en cuenta una serie de factores, como la naturaleza de la infracción, la cuota de mercado combinada de todas las partes interesadas, la dimensión geográfica de la infracción, y la aplicación efectiva o no de las prácticas delictivas.

23. Los acuerdos horizontales de fijación de precios, de reparto de mercados y de limitación de la producción, que suelen ser secretos, se cuentan, por su propia naturaleza, entre los casos más graves de restricción de la competencia. En el marco de la política de competencia, deben ser sancionados con severidad. Por tanto, la proporción de las ventas considerada para este tipo de infracciones se situará generalmente en el extremo superior de la escala.

24. Con el fin de tener plenamente en cuenta la duración de la participación de cada empresa en la infracción, el importe determinado en función del valor de las ventas (véanse los puntos 20 a 23 anteriores) se multiplicará por el número de años de participación en la infracción. Los períodos inferiores a un semestre se contarán como medio año; los períodos de más de seis meses pero de menos de un año se contarán como un año completo.

25. Además, independientemente de la duración de la participación de una empresa en la infracción, la Comisión incluirá en el importe de base una suma comprendida entre el 15 % y el 25 % del valor de las ventas, tal y como se define en la sección A anterior con el fin de disuadir a las empresas incluso de participar en acuerdos horizontales de fijación de precios, de reparto de mercados y de limitación de la producción. La Comisión podrá aplicar también este importe adicional en el caso de otras infracciones. Para decidir la proporción del valor de las ventas que debe tenerse en cuenta en un caso determinado, la Comisión considerará una serie de factores, en particular los que se mencionan en el punto 22.

[...]»

241 Como segunda etapa de cálculo, las Directrices prevén que la Comisión podrá ajustar el importe de base, al alza o a la baja, basándose en una evaluación global que tendrá en cuenta todas las circunstancias pertinentes (puntos 11 y 27 de las Directrices).

242 Por lo que atañe a esas circunstancias, el punto 29 de las Directrices establece lo siguiente:

«El importe de base de la multa podrá reducirse cuando la Comisión constate la existencia de circunstancias atenuantes, por ejemplo:

- cuando la empresa en cuestión aporte la prueba de que ha puesto fin a la infracción tras las primeras intervenciones de la Comisión; esto no se aplicará a los acuerdos o prácticas de carácter secreto (en particular, los cárteles);
- cuando la empresa en cuestión aporte la prueba de que la infracción se cometió por negligencia;
- cuando la empresa en cuestión aporte la prueba de que su participación en la infracción es sustancialmente limitada y demuestre por tanto que, durante el tiempo en que se adhirió a los acuerdos ilícitos, dicha empresa eludió efectivamente la aplicación de los mismos adoptando un comportamiento competitivo en el mercado; el mero hecho de que una empresa haya participado en una infracción durante un período de tiempo más breve que las demás no se considerará circunstancia atenuante, puesto que esta circunstancia ya se refleja en el importe de base;
- cuando la empresa en cuestión coopere efectivamente con la Comisión, fuera del ámbito de aplicación de la Comunicación sobre la clemencia, y más allá de sus obligaciones jurídicas de cooperar;
- cuando el comportamiento anticompetitivo haya sido autorizado o fomentado por las autoridades públicas o la normativa.»

243 Por último, como señaló el Tribunal de Justicia en sus sentencias de 8 de diciembre de 2011, *KME Germany y otros/Comisión*, C-389/10 P, (EU:C:2011:816, apartado 129), y *KME Germany y otros/Comisión*, C-272/09 P (EU:C:2011:810, apartado 102), corresponde al juez de la Unión ejercer el control de legalidad que le incumbe conforme a las pruebas aportadas por la parte demandante en apoyo de los motivos que ésta haya invocado. Al ejercer dicho control, el juez no puede basarse en el margen de apreciación del que dispone la Comisión, ni respecto a la elección de los elementos que se tuvieron en cuenta a la hora de aplicar los criterios mencionados en las Directrices, ni respecto a la evaluación de dichos elementos, para renunciar a ejercer un control en profundidad tanto de hecho como de Derecho.

244 El control de legalidad se completa con la competencia jurisdiccional plena que el artículo 17 del Reglamento n.º 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), reconocía al juez de la Unión y que ahora reconoce el artículo 31 del Reglamento n.º 1/2003, conforme al artículo 261 TFUE. Esta

competencia faculta al juez, más allá del mero control de la legalidad de la sanción, para sustituir la apreciación de la Comisión por la suya propia y, en consecuencia, para suprimir, reducir o aumentar la multa o la multa coercitiva impuesta (sentencia de 8 de diciembre de 2011, KME Germany y otros/Comisión, C-272/09 P, EU:C:2011:810, apartado 103).

b) Decisión impugnada

- ²⁴⁵ A la luz de los hechos descritos en la Decisión impugnada, la Comisión consideró que la infracción había sido cometida deliberadamente y estaba constituida por un acuerdo, claramente ilegal, de no competencia y de reparto de los mercados de comunicaciones electrónicas español y portugués entre las partes. Según la Comisión, cuando se trata de este tipo de infracciones evidentes, las partes no pueden invocar que no habían actuado intencionadamente (considerando 477 de la Decisión impugnada).
- ²⁴⁶ Por lo que atañe al valor de las ventas que sirve como referencia para la fijación del importe de base, la Comisión consideró que la cláusula de no competencia era aplicable a todos los servicios de comunicaciones electrónicas y a los servicios de televisión prestados en España o en Portugal, con excepción de los servicios mundiales de telecomunicaciones y los servicios de portador mayorista de telecomunicaciones internacionales, que eran servicios en los que las partes eran competidores en la península ibérica en la fecha en que se firmó el acuerdo y a los que, por tanto, no se les aplicaba dicho acuerdo. Asimismo, habida cuenta de que la cláusula excluía de su ámbito de aplicación las inversiones o actividades que ya estuvieran en curso en el momento en que se celebró el acuerdo que pudieran entrar en competencia con las actividades y las inversiones de la otra parte en el mercado ibérico, la Comisión sólo tomó en consideración, con respecto a cada una de las partes, el valor de sus propias ventas en su país de origen. Por tanto, en particular, no tomó en consideración, el valor de las ventas de cada una de las partes en el país de origen de la otra parte, en la medida en que esos importes correspondían, en principio, a actividades preexistentes, no cubiertas por la cláusula. Por lo que respecta a Telefónica, ello implica que el valor de las ventas fue establecido por la Comisión teniendo en cuenta el valor de las ventas de esta última sociedad en España, mientras que, con respecto a PT, dicho valor se determinó teniendo en cuenta el valor de las ventas de dicha sociedad en Portugal (considerandos 482 y 483 de la Decisión impugnada).
- ²⁴⁷ A continuación, la Comisión señaló que, en general, tenía en cuenta las ventas realizadas por las empresas durante el último año completo en el que habían participado en la infracción, pero que, en el caso de autos, al haber durado la infracción menos de un año y tenido lugar entre 2010 y 2011, utilizó las ventas de las empresas durante el año 2011, que eran inferiores a las ventas registradas por las partes en el año 2010 (considerando 484 de la Decisión impugnada).
- ²⁴⁸ Por lo que respecta a la gravedad de la infracción, que determina el porcentaje del valor de las ventas que deben tenerse en cuenta para fijar el importe de la multa, la Comisión alegó que, en el caso de autos, la infracción consistía en un acuerdo de no competencia y de reparto de los mercados español y portugués de comunicaciones electrónicas y de la televisión entre las partes y que Telefónica y PT eran los operadores históricos en sus respectivos países (considerando 489 de la Decisión impugnada).
- ²⁴⁹ La Comisión señaló que tenía en cuenta el hecho de que las partes no habían mantenido en secreto la cláusula, desde el momento de su introducción, por primera vez, en la oferta del 1 de junio de 2010. De hecho, tal como se expuso en los considerandos 128 a 130 de la Decisión impugnada, la segunda oferta, que incluía el primer proyecto de cláusula, fue hecha pública por las partes a través de sus respectivos sitios de Internet y comunicada a las autoridades bursátiles española y portuguesa, que a su vez, la publicaron en sus propios sitios de Internet. Por otra parte, el 9 de junio de 2010, PT difundió entre sus accionistas un folleto en el que se explicaba la operación y la cláusula. Asimismo, el acuerdo que contenía la versión final de la cláusula formaba parte del expediente presentado por Telefónica y

PT a la Anatel y al CADE. Finalmente, en un artículo publicado por el *Jornal de Negócios* el 23 de agosto de 2010, Telefónica confirmó que el acuerdo incluía una cláusula de no competencia (considerando 491 de la Decisión impugnada).

250 Por lo que respecta a la duración de la infracción, la Comisión tuvo en cuenta el hecho de que ésta transcurrió entre el 27 de septiembre de 2010, fecha de la formalización notarial y, por tanto, de la conclusión definitiva de la operación, y el 4 de febrero de 2011, fecha del acuerdo entre las partes que puso fin a la cláusula (considerando 492 de la Decisión impugnada).

251 A la vista de estos elementos, del tamaño de las empresas y de la corta duración del acuerdo restrictivo, la Comisión estimó que, habida cuenta de las circunstancias específicas del presente asunto, era proporcionado y suficiente en lo que atañe a la disuasión tomar en consideración un pequeño porcentaje del valor de las ventas a la hora de calcular el importe de base de las multas. Por tanto, la Comisión consideró que el porcentaje del valor de las ventas que había que tener en cuenta debía ser del 2 % para las dos empresas de que se trata (considerando 493 de la Decisión impugnada). El porcentaje del valor de las ventas tomado en consideración con respecto a cada empresa se multiplicó por el coeficiente tenido en cuenta en función de la duración, es decir, un coeficiente de 0,33, correspondiente a cuatro meses de un año completo.

252 La Comisión tomó los importes de este modo calculados como importes de base finales, de modo que ha de señalarse que no añadió ningún importe fijo de disuasión (derecho de entrada) en el caso de autos, como se prevé en el punto 25 de las Directrices (véase el apartado 240 anterior), extremo que fue confirmado en la vista.

253 Por lo que respecta al ajuste del importe de base, por una parte, la Comisión estimó que en el caso de autos no existía ninguna circunstancia agravante (considerando 496 de la Decisión impugnada).

254 Por otra parte, la Comisión recordó que las partes habían decidido suprimir la cláusula el 4 de febrero de 2011, poniendo de este modo fin a la práctica contraria a la competencia de que se trata. Según la Comisión, habida cuenta del hecho de que se puso fin a la cláusula sólo dieciséis días después de que la Comisión incoase el procedimiento y treinta días después de que la Comisión remitiera la primera solicitud de información a las partes y de que la cláusula no era secreta, procedía considerar que la supresión mencionada constituía una circunstancia atenuante que debía aplicarse a las dos partes (considerando 500 de la Decisión impugnada).

255 Habida cuenta de estas circunstancias, la Comisión consideró que el importe de base de la multa que había que imponer a las partes debía reducirse en un 20 % (considerando 501 de la Decisión impugnada) y desestimó todas las alegaciones de las partes en las que se invocaban otras circunstancias atenuantes (considerandos 502 a 507 de la Decisión impugnada).

256 Por consiguiente, los importes finales de las multas ascienden a 66 894 400 euros para Telefónica y a 12 290 400 euros para PT.

2. Sobre el sexto motivo, basado en un error manifiesto en el cálculo del valor inicial de las ventas de Telefónica para establecer el importe básico de la multa y en la violación de los principios de proporcionalidad y motivación

257 La demandante sostiene que el volumen de ventas de Telefónica tomado en consideración a efectos de calcular el importe de base de la multa debe reducirse y equipararse al menor importe aplicado a PT y que la Comisión incluyó erróneamente en el volumen de ventas de Telefónica servicios no sometidos a competencia o excluidos del ámbito de aplicación de la cláusula, a saber, las ventas realizadas en España, pero fuera de la península ibérica, las ventas por servicios prestados en régimen de

monopolio, las ventas por otros servicios mayoristas de imposible acceso a PT y, finalmente, las ventas de Telefónica por servicios prestados a través de ZON, así como las ventas correspondientes a actividades en las que las partes eran competidoras efectivas.

a) Sobre la primera parte del motivo, basada en que el volumen de ventas tenido en cuenta con respecto a Telefónica debería ser el mismo que el tomado en consideración con respecto a PT

- 258 La demandante se opone a que, en el considerando 483 de la Decisión impugnada, se tomen en consideración los volúmenes de ventas de cada parte en su Estado miembro de origen a efectos del cálculo del importe de base de la multa. Según la demandante, en virtud del principio de proporcionalidad, habría debido, por el contrario, equipararse el volumen de ventas tenido en cuenta con respecto a Telefónica al menor importe aplicado a PT, para no penalizar injustamente a Telefónica en relación con la misma infracción recíproca por el mero hecho de que el tamaño del mercado español fuera mucho mayor que el portugués.
- 259 Además, a juicio de la demandante, al igual que el asunto que dio lugar a la sentencia de 29 de junio de 2012, E.ON Ruhrgas y E.ON/Comisión (T-360/09, EU:T:2012:332), en el caso de autos concurren circunstancias excepcionales que justifican esa reducción, a saber, por una parte, el diferente papel desempeñado por las dos empresas en cuanto a la inclusión de la cláusula en el contrato, que muestra que la única verdaderamente interesada era PT, mientras que Telefónica se vio obligada por el Gobierno portugués a aceptar la cláusula y, por otra parte, el nulo impacto que una aplicación efectiva de la cláusula hubiera podido tener sobre la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones españoles.
- 260 Debe señalarse que, según reiterada jurisprudencia, a la hora de fijar las multas, como la controvertida en el presente asunto, la Comisión está obligada a respetar los principios generales del Derecho, en particular, los principios de igualdad de trato y de proporcionalidad, tal y como han sido desarrollados por la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de la Unión (sentencias de 5 de abril de 2006, Degussa /Comisión, T-279/02, EU:T:2006:103, apartados 77 y 79, y de 8 de octubre de 2008, Schunk y Schunk Kohlenstoff-Technik/Comisión, T-69/04, EU:T:2008:415, apartado 41). En particular, el principio de proporcionalidad exige que los actos de las instituciones no rebasen los límites de lo que resulte apropiado y necesario para conseguir el objetivo perseguido (sentencias de 27 de septiembre de 2006, Jungbunzlauer/Comisión, T-43/02, EU:T:2006:270, apartado 226, y de 12 de septiembre de 2007, Prym y Prym Consumer/Comisión, T-30/05, no publicada, EU:T:2007:267, apartado 223).
- 261 Además, de una reiterada jurisprudencia resulta que la parte del volumen de negocios correspondiente a las ventas de los productos que fueron objeto de la infracción proporciona una idea bastante ajustada de la magnitud de la infracción en el mercado afectado (sentencia de 7 de junio de 1983, Musique diffusion française y otros/Comisión, 100/80 a 103/80, EU:C:1983:158, apartado 121). En particular, el volumen de negocios correspondiente a las ventas de los productos que han sido objeto de una práctica restrictiva constituye un criterio objetivo que ofrece una justa medida de la nocividad de dicha práctica para el juego normal de la competencia (sentencias de 11 de marzo de 1999, British Steel/Comisión, T-151/94, no publicada, EU:T:1999:52, apartado 643, y de 8 de julio de 2008, Saint-Gobain Gyproc Belgium/Comisión, T-50/03, no publicada, EU:T:2008:252, apartado 84). Por tanto, la Comisión puede legítimamente optar por utilizar ese volumen de negocios como punto de partida para el cálculo del importe de base de la multa que ha de imponerse por una vulneración de las reglas de la competencia, como ha hecho en las Directrices (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de junio de 2011, Putters International/Comisión, T-211/08, EU:T:2011:289, apartado 61).
- 262 Asimismo, ya se ha declarado que procede basarse en el volumen de negocios de las empresas implicadas en una misma infracción para determinar las relaciones entre las multas que han de imponerse (sentencia de 12 de julio, Toshiba/Comisión, T-113/07, EU:T:2011:343, apartado 283).

- 263 En el caso de autos, como ha subrayado acertadamente la Comisión, el hecho de utilizar, como reclama la demandante, el volumen de negocios de PT para calcular el importe de base de la multa que debía imponerse a Telefónica iría en contra tanto del principio de proporcionalidad como del principio según el cual la multa debe ser fijada en un nivel suficientemente disuasorio.
- 264 Por lo que atañe a la referencia al asunto que dio lugar a la sentencia de 29 de junio de 2012, E.ON Ruhrgas y E.ON/Comisión (T-360/09, EU:T:2012:332), debe recordarse que, según reiterada jurisprudencia, la práctica decisoria de la Comisión no sirve de marco jurídico para las multas en materia de competencia, disponiendo la Comisión en el ámbito de la fijación del importe de las multas de una amplia facultad de apreciación, sin estar vinculada por las apreciaciones que ella misma haya podido realizar con anterioridad, de modo que la mera invocación por Telefónica de la decisión que dio lugar a la sentencia de 29 de junio de 2012, E.ON Ruhrgas y E.ON/Comisión (T-360/09, EU:T:2012:332), es, en sí, inoperante, en la medida en que la Comisión no estaba obligada a apreciar de la misma manera el presente asunto (véase, en este sentido, la sentencia de 19 de marzo de 2009, Archer Daniels Midland/Comisión, C-510/06, EU:C:2009:166, apartado 82).
- 265 Además, procede señalar, como hace la Comisión, que las circunstancias que justificaron la aplicación del mismo valor de ventas a las dos empresas implicadas en el asunto que dio lugar a la sentencia de 29 de junio de 2012, E.ON Ruhrgas y E.ON/Comisión (T-360/09, EU:T:2012:332), no concurren en el caso de autos. En efecto, en dicho asunto, las dos partes participantes en un acuerdo de reparto de mercados tenían cuotas de mercado equivalentes. Sin embargo, debido a que una gran parte del mercado francés del gas no estaba abierta a la competencia, la aplicación del criterio de las Directrices habría llevado a una gran diferencia entre las ventas de una y otra empresa. El acuerdo de reparto de mercados permitió sin embargo a GDF proteger el conjunto del mercado francés. Además, se señaló que no estaría justificado que GDF se beneficiara del hecho de que el mercado francés se liberalizara de manera más lenta. Estas circunstancias no concurren en el caso de autos, ya que los mercados de que se trata están totalmente liberalizados.
- 266 Finalmente, también deben desestimarse las otras alegaciones de la demandante basadas en que habría que haber tenido en cuenta el valor de las ventas de PT a la hora de calcular la multa de Telefónica en el caso de autos.
- 267 En primer lugar, por lo que respecta al papel supuestamente diferente desempeñado por las dos empresas en cuanto a la inclusión de la cláusula en el contrato, que, según la demandante, demostraba que sólo PT estaba verdaderamente interesada, mientras que Telefónica se vio obligada a aceptar la cláusula, ha de señalarse que esta cuestión no puede tenerse en cuenta a la hora de calcular el importe de base de la multa, sino, únicamente, en su caso, como circunstancia atenuante (véanse, a este respecto, los apartados 330 y siguientes anteriores).
- 268 En segundo lugar, por lo que atañe al supuesto impacto nulo que una aplicación efectiva de la cláusula hubiera podido tener sobre la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones españoles, es preciso remitirse al examen del cuarto motivo (véanse los apartados 201 a 227 anteriores), en el marco del cual se ha constatado que la demandante no había demostrado que dos empresas no debiesen calificarse como competidoras potenciales durante el período afectado por la cláusula. Por tanto, la demandante no puede sostener que una aplicación efectiva de la cláusula no habría podido tener impacto alguno.
- 269 Asimismo, debe recordarse que uno de los ejemplos dados por el artículo 101 TFUE, apartado 1, letra c), declarado expresamente incompatible con el mercado interior, es precisamente el consistente en «repartirse los mercados». La conducta objeto de la cláusula está expresamente prohibida por el artículo 101 TFUE, apartado 1, ya que entraña restricciones intrínsecas a la competencia en el mercado interior (véase, por analogía, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Fresh Del Monte Produce/Comisión, T-587/08, EU:T:2013:129, apartado 768).

270 El artículo 101 TFUE, al igual que las demás normas de competencia del Tratado, está dirigido a proteger no sólo los intereses directos de los competidores o consumidores, sino la estructura del mercado y, de este modo, la competencia en cuanto tal. Por lo tanto, la comprobación de que un acuerdo tiene un objeto contrario a la competencia no puede estar supeditada a que se compruebe la existencia de una relación directa de dicho acuerdo con los precios al consumo (véanse, por analogía, las sentencias de 4 de junio de 2009, *T-Mobile Netherlands* y otros, C-8/08, EU:C:2009:343, apartados 38 y 39, y de 14 de marzo de 2013, *Fresh Del Monte Produce/Comisión*, T-587/08, EU:T:2013:129, apartado 769).

271 Del sistema de sanciones por infracción de las normas sobre competencia, tal como ha sido establecido por los Reglamentos n.º 17 y n.º 1/2003 e interpretado por la jurisprudencia, se desprende que las prácticas colusorias como los cárteles merecen, por su propia naturaleza, las multas más severas. El efecto de una práctica contraria a la competencia no es, en sí mismo, un criterio determinante para fijar el importe de las multas (sentencias de 12 de noviembre de 2009, *Carbone-Lorraine/Comisión*, C-554/08 P, no publicada, EU:C:2009:702, apartado 44, y de 14 de marzo de 2013, *Fresh Del Monte Produce/Comisión*, T-587/08, EU:T:2013:129, apartado 770).

272 Además, ha de señalarse que, contrariamente a las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del apartado 2 del artículo 15 del Reglamento n.º 17 y del apartado 5 del artículo 65 [CA] (DO 1998, C 9, p. 3), las Directrices ya no mencionan la necesidad de que, para valorar la gravedad, se tenga en cuenta «la capacidad económica efectiva de los autores de la infracción para infligir un daño importante a los demás operadores», ni «las repercusiones concretas [de la infracción] sobre el mercado (siempre y cuando se puedan determinar)» (sentencias de 16 de junio de 2011, *Gosselin Group y Stichting Administratiekantoor Portielje/Comisión*, T-208/08 y T-209/08, EU:T:2011:287, apartado 128, y de 14 de marzo de 2013, *Fresh Del Monte Produce/Comisión*, T-587/08, EU:T:2013:129, apartado 772). Por lo tanto, la Comisión no tenía obligación de tener en cuenta el posible efecto de la infracción con el fin de determinar la proporción del valor de las ventas tenida en cuenta en función de la gravedad con arreglo a los puntos 19 a 24 de las Directrices. Pues bien, de la argumentación de la demandante no se infiere que ésta ponga en duda la legalidad de las antedichas Directrices.

273 De lo anterior se desprende que debe desestimarse la primera parte del sexto motivo, basada en que el volumen de ventas tenido en cuenta con respecto a Telefónica debería ser el mismo que se tomó en consideración con respecto a PT.

b) Sobre la segunda parte del motivo, basada en que debería excluirse el valor de determinadas ventas del cálculo de la multa

274 La demandante alega que debería excluirse el valor de determinadas ventas del cálculo del importe de la multa correspondiente a servicios no sometidos a competencia o excluidos del ámbito de aplicación de la cláusula, a saber, las ventas realizadas en España, pero fuera de la península ibérica, las ventas por servicios prestados en régimen de monopolio, las ventas por otros servicios mayoristas de imposible acceso a PT y, finalmente, las ventas de Telefónica por servicios prestados a través de ZON, así como las ventas correspondientes a actividades en las que las partes eran competidoras efectivas. Según la demandante, la Decisión no motiva las razones por las que se desestimaron las explicaciones facilitadas por Telefónica al respecto, causándole una grave situación de indefensión.

Sobre la motivación

275 Debe recordarse que la motivación debe adaptarse a la naturaleza del acto de que se trate y mostrar de manera clara e inequívoca el razonamiento de la institución de la que emane el acto, de manera que los interesados puedan conocer las razones de la medida adoptada y el órgano jurisdiccional competente pueda ejercer su control (véase la sentencia de 29 de septiembre de 2011, *Elf Aquitaine/Comisión*,

C-521/09 P, EU:C:2011:620, apartado 147 y la jurisprudencia citada). No se exige que la motivación especifique todos los elementos de hecho y de Derecho pertinentes, en la medida en que la cuestión de si la motivación de un acto cumple las exigencias del artículo 296 TFUE debe apreciarse en relación no sólo con su tenor literal, sino también con su contexto, así como con el conjunto de normas jurídicas que regulan la materia de que se trate (véase, la sentencia de 2 de abril de 1998, Comisión/Sytraval y Brink's France, C-367/95 P, EU:C:1998:154, apartado 63 y la jurisprudencia citada).

- 276 En cuanto al alcance de la obligación de motivación en lo relativo al cálculo del importe de las multas impuestas por infracción de las normas de la Unión sobre competencia, ha de recordarse que el artículo 23, apartado 3, del Reglamento n.º 1/2003 dispone que, «a fin de determinar el importe de la multa, procederá tener en cuenta, además de la gravedad de la infracción, su duración». A este respecto tanto las Directrices como la Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel (DO 2006, C 298, p. 17) contienen normas indicativas sobre los criterios de apreciación que la Comisión tiene en cuenta para medir la gravedad y la duración de la infracción (véase, en este sentido, la sentencia de 9 de julio de 2003, Cheil Jedang/Comisión, T-220/00, EU:T:2003:193, apartado 217 y la jurisprudencia citada).
- 277 En tales circunstancias, las exigencias del requisito sustancial de forma que constituye la obligación de motivación se cumplen cuando la Comisión indica, en su Decisión, los criterios de apreciación que tuvo en cuenta en aplicación de lo dispuesto en las Directrices y, en su caso, en la Comunicación relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel y que le permitieron medir la gravedad y la duración de la infracción a efectos de calcular el importe de la multa (véase, en este sentido, la sentencia de 9 de julio de 2003, Cheil Jedang/Comisión, T-220/00, EU:T:2003:193, apartado 218).
- 278 En el caso de autos, en las secciones 5 y 6.3.3.2 de la Decisión impugnada y, en particular, en los considerandos 153, 184, 185 y 278 de dicha Decisión, la Comisión señaló que las partes debían considerarse, al menos, competidoras potenciales en todos los mercados de servicios de comunicaciones electrónicas y de servicios de televisión en España y Portugal, que sus alegaciones dirigidas a obtener la exclusión de determinadas actividades del ámbito de aplicación de la cláusula no podían acogerse y que, a la vista de la desestimación de las alegaciones de las partes relativas a la existencia de una competencia potencial entre ellas y habida cuenta del extenso ámbito de aplicación de la cláusula, en el caso de autos no era necesario realizar ningún análisis detallado sobre la determinación de si las partes eran competidoras potenciales con respecto a cada mercado específico para apreciar si el acuerdo debía considerarse constitutivo de una restricción por el objeto. A continuación, en el considerando 482 de la Decisión impugnada, dentro de la rúbrica, «El valor de las ventas», la Comisión indicó que consideraba que la cláusula de no competencia era aplicable a cualquier tipo de servicios de comunicaciones electrónicas y a los servicios de televisión, con excepción de los servicios mundiales de telecomunicaciones y de los servicios de portador mayorista de telecomunicaciones internacionales, y que, por tanto, todos los servicios prestados en España o en Portugal incluidos en los mercados enumerados en la sección 5.3, exceptuando los servicios mundiales de telecomunicaciones y los servicios de portador mayorista de telecomunicaciones internacionales, se veían directa o indirectamente afectados por la infracción.
- 279 De lo anterior se desprende que la Comisión dio explicaciones suficientes acerca del modo como determinó el valor de las ventas que debían tenerse en cuenta a efectos del cálculo de la multa y acerca de las razones por las que consideró que no era necesario examinar cada uno de los servicios cuya exclusión solicitó la demandante a efectos del cálculo de la multa en su respuesta al pliego de cargos. Por tanto, la argumentación de la demandante basada en un incumplimiento de la obligación de motivación, y en consecuencia, de su derecho de defensa debe desestimarse.

Sobre el fondo

– Sobre las ventas correspondientes a actividades realizadas fuera de la península ibérica

280 La Comisión sostiene que habría que haber excluido del cálculo de la multa las ventas realizadas en España fuera de la península ibérica, es decir, en las Islas Canarias , Ceuta, Melilla e Islas Baleares.

281 Esta alegación debe ser rechazada.

282 En efecto, contrariamente a lo que sostiene la demandante, el texto de la cláusula no se refiere literalmente a la «península ibérica», sino al «mercado ibérico». Pues bien, resulta evidente que la referencia al «mercado ibérico» no debe entenderse en un sentido estrictamente geográfico, como una referencia exclusiva a la península ibérica, sino como una referencia a los mercados de España y Portugal, que incluyen los mercados de sus territorios que no están situados en la península ibérica. No hay ningún indicio y la demandante tampoco formula argumentos dirigidos a demostrar que los territorios de esos Estados situados fuera de la península ibérica estuviesen excluidos del ámbito de aplicación de la cláusula.

283 En efecto, a este respecto, es preciso señalar que la demandante se limita a criticar la interpretación del ámbito de aplicación geográfico de la cláusula seguida por la Comisión y a recordar que las partes unánimemente indicaron que el ámbito geográfico afectado era la península ibérica, pero que no invocó ningún argumento que pusiese en entredicho las conclusiones de la Comisión con respecto al ámbito de aplicación geográfico de la cláusula, expuestas en los considerandos 175 a 182 de la Decisión impugnada. En estas circunstancias, sus pretensiones deben ser rechazadas.

– Sobre las ventas correspondientes a actividades preexistentes

284 Según la demandante, debería excluirse del cálculo de la multa las ventas correspondientes a servicios en los cuales las partes eran competidoras efectivas.

285 A juicio de la demandante, por una parte deberían, por tanto, excluirse del cálculo de la multa las ventas de servicios mundiales de telecomunicaciones y de servicios de portador mayorista de telecomunicaciones internacionales, en los cuales las partes eran competidoras efectivas en el momento de la firma del acuerdo y que, por ello, estaban excluidos de su ámbito de aplicación.

286 Debe señalarse que en la vista, a la luz de los considerandos 482 y 483 de la Decisión impugnada, de los que se desprende que el valor de las ventas de servicios mundiales de telecomunicaciones y de servicios de portador mayorista de telecomunicaciones internacionales, en los que las partes eran competidoras efectivas en el momento de la fecha del acuerdo, no se tuvo en cuenta a la hora de calcular la multa, la demandante desistió de su pretensión inicial de exclusión de esos servicios del cálculo de la multa, extremo que quedó reflejado en el acta de la vista.

287 Por otra parte, la demandante alega que deben excluirse del cálculo del valor de sus ventas las ventas por los servicios prestados por Telefónica a través de Zon. Según la demandante, dado que ella poseía participaciones en esta sociedad competidora de PT, que operaba en el sector de las comunicaciones electrónicas (véase el apartado 4 anterior), los servicios prestados por Zon estaban excluidos del ámbito de aplicación de la cláusula, que excluía «las inversiones o actividades que ya est[uviesen] en curso en el día de [su] firma» (véase el apartado 1 anterior).

288 Ahora bien, la demandante sólo poseía una participación minoritaria en Zon (5,46 %) y, por tanto, no controlaba a esta última. Además, como ya se ha señalado en los apartados 172 a 174 anteriores, la demandante no refutó las afirmaciones que se hacían en los considerandos 156 a 164 de la Decisión impugnada, según las cuales las actividades llevadas a cabo por sociedades no controladas por las

partes no estaban cubiertas por la excepción introducida en el ámbito de aplicación de la cláusula. De ello se desprende que la alegación según la cual el valor de las ventas de servicios prestados a través de Zon debe excluirse del cálculo de la multa no puede acogerse.

289 En cualquier caso, procede señalar que la pretensión de exclusión del valor de las ventas realizadas por Zon del tomado en consideración a efectos del cálculo del importe de la multa de la demandante es inoperante, ya que las ventas de Zon se realizaban en Portugal y las únicas tenidas en cuenta a efectos del cálculo del importe de la multa de Telefónica son las realizadas en España (véanse los apartados 53 y 246 anteriores). Por consiguiente, la exclusión del valor de las ventas de Zon del ámbito de aplicación de la cláusula no tendría ningún impacto sobre el valor de las ventas tomado en consideración a la hora de calcular la multa de la demandante.

– Sobre las ventas correspondientes a actividades que no pueden estar sujetas a competencia

290 La demandante sostiene que también debe excluirse del cálculo de la multa el volumen de ventas realizadas en los mercados no sujetos a una potencial competencia o con servicios no sujetos a dicha competencia, incluso desde una perspectiva teórica, las cuales no estarían comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la cláusula, a saber, las ventas por servicios prestados en régimen de monopolio y las ventas por otros servicios mayoristas de imposible acceso a PT.

291 En relación con esta cuestión, la demandante alega que, durante el período 2010-2011, prestaba varios servicios de telecomunicaciones en régimen de monopolio. Según la demandante, en esos servicios, su oferta no podía ser contestada por otras empresas, bien por razones de exclusividad, bien por la propia naturaleza del servicio. La demandante afirma que, en concreto, se trata, en primer lugar, del servicio universal, en segundo lugar del sistema de radiocomunicaciones digitales de emergencia del Estado (SIRDEE), en tercer lugar, de los servicios de terminación de llamada en su red fija y en su red móvil y, en cuarto lugar, de los servicios mayoristas de alquiler de líneas troncales de ciertas rutas submarinas. Además, en opinión de la demandante, PT no podría haber competido con Telefónica en los ámbitos de los servicios de acceso y originación de llamadas en la red telefónica pública en una ubicación fija, de los servicios de acceso y originación de llamadas a las redes públicas de telefonía móvil y de los servicios mayoristas de datos. Según la demandante, habida cuenta de la motivación dada por el Tribunal en el asunto que dio lugar a la sentencia de 29 de junio de 2012, E.ON Ruhrgas y E.ON/Comisión (T-360/09, EU:T:2012:332), debería excluirse el importe de las ventas de la demandante por esos servicios del valor de sus ventas tenido en cuenta a la hora de calcular la multa.

292 En primer lugar, es preciso señalar que, en el considerando 478 de la Decisión impugnada, la Comisión se remite al punto 12 de las Directrices, que establece que el importe de base de la multa se fijará en función del valor de las ventas según la metodología expuesta en los puntos siguientes. Asimismo, en dicho considerando, la Comisión explicó que el importe de base de la multa que debía imponerse a las empresas se fijaría en función del valor de las ventas de bienes o servicios realizadas por las empresas, en relación directa o indirecta con la infracción, dentro del sector geográfico afectado en la Unión Europea. En el considerando 482 de la Decisión impugnada (véase el apartado 278 anterior), la Comisión prosiguió indicando que consideraba que la cláusula de no competencia era aplicable a cualquier tipo de servicios de comunicaciones electrónicas y a los servicios de televisión, con excepción de los servicios mundiales de telecomunicaciones y de los servicios de portador mayorista de telecomunicaciones internacionales, y que, por tanto, todos los servicios prestados en España o en Portugal incluidos en los mercados enumerados en la sección 5.3, exceptuando los servicios mundiales de telecomunicaciones y los servicios de portador mayorista de telecomunicaciones internacionales, se veían directa o indirectamente afectados por la infracción.

293 En la vista, concretamente en respuesta a una pregunta escrita del Tribunal (véase el apartado 61 anterior), la Comisión explicó que, habida cuenta del ámbito de aplicación tan extenso de la cláusula, no le correspondía analizar la competencia potencial entre las partes para cada uno de los servicios invocados por la demandante a efectos de determinar el valor de las ventas que debía tomarse en

consideración para el cálculo del importe de la multa. En el marco de una infracción por el objeto como la del caso de autos, en el que un ejercicio de ese tipo no era exigido a la hora de probar la infracción, dicho ejercicio tampoco puede requerirse para la determinación del importe de la multa. Con carácter subsidiario, la Comisión añadió que los servicios a los que se refería la demandante no eran mercados «auténticos», sino servicios prestados en un mercado en el que las partes eran competidoras potenciales y que, por tanto, estaba comprendido dentro del ámbito de aplicación de la cláusula.

²⁹⁴ Esta argumentación no puede acogerse.

²⁹⁵ En efecto, conforme a su tenor, la cláusula se aplicaba a «todo proyecto en el sector de las telecomunicaciones (incluidos los servicios de telefonía fija y móvil y los servicios de acceso a Internet y de televisión, salvo las inversiones o actividades que ya estén en curso en el día en que se firme el presente acuerdo) que pueda entrar en competencia con la otra parte en el mercado ibérico». Asimismo, a efectos del cálculo de la multa, la Comisión utilizó el valor de las ventas de actividades comprendidas, a su entender, dentro del ámbito de aplicación de la cláusula y excluyó las ventas correspondientes a actividades en curso, excluidas, con arreglo al tenor de la cláusula, de su ámbito de aplicación. Por consiguiente, las ventas correspondientes a actividades que no podían entrar en competencia con la otra parte durante el período de aplicación de la cláusula, excluidas también del ámbito de aplicación de la cláusula en virtud de su tenor, deberían asimismo excluirse a la hora de realizar el cálculo de la multa.

²⁹⁶ De lo anterior se desprende que, con independencia de si los servicios cuya exclusión reclama la demandante a efectos del cálculo de la multa eran mercados distintos con respecto a los cuales la Comisión debía evaluar la competencia potencial con el fin de constatar la infracción (véase el apartado 215 anterior), la Comisión debería haber examinado si la demandante podía fundadamente sostener que el valor de las ventas de los servicios en cuestión tenía que excluirse del cálculo de la multa como consecuencia de la inexistencia de competencia potencial entre las partes en esos servicios.

²⁹⁷ A este respecto, ha de recordarse que, como ha declarado ya el Tribunal de Justicia, la Comisión debe apreciar, en cada caso concreto y habida cuenta del contexto y los objetivos perseguidos por el régimen de sanciones establecido en el Reglamento n.º 1/2003, el efecto que se pretenda alcanzar sobre la empresa afectada, en particular teniendo en cuenta el volumen de negocios que refleje la situación económica real de ésta durante el período en el que se cometió la infracción (sentencias de 7 de junio de 2007, *Britannia Alloys & Chemicals/Comisión*, C-76/06 P, EU:C:2007:326, apartado 25; de 12 de noviembre de 2014, *Guardian Industries y Guardian Europe/Comisión*, C-580/12 P, EU:C:2014:2363, apartado 53, y de 23 de abril de 2015, *LG Display y LG Display Taiwan/Comisión*, C-227/14 P, EU:C:2015:258, apartado 49).

²⁹⁸ Para determinar la multa, se puede tener en cuenta tanto el volumen de negocios global de la empresa, que constituye una indicación aunque sea aproximativa e imperfecta del tamaño de ésta y de su potencia económica, como la parte de este volumen de negocios que procede de los productos objeto de la infracción y que, por tanto, puede dar una indicación de la magnitud de ésta (sentencias de 7 de junio de 1983, *Musique diffusion française y otros/Comisión*, 100/80 a 103/80, EU:C:1983:158, apartado 121; de 12 de noviembre de 2014, *Guardian Industries y Guardian Europe/Comisión*, C-580/12 P, EU:C:2014:2363, apartado 54, y de 23 de abril de 2015, *LG Display y LG Display Taiwan/Comisión*, C-227/14 P, EU:C:2015:258, apartado 50).

²⁹⁹ Si bien es cierto que el artículo 23, apartado 2, del Reglamento n.º 1/2003 deja a la Comisión un margen de apreciación, no lo es menos que limita su ejercicio estableciendo criterios objetivos que ésta debe respetar. Así, por una parte, el importe de la multa que puede imponerse a una empresa está sujeto a un límite cuantificable y absoluto, de modo que es posible determinar de antemano el importe máximo de la multa con que puede sancionarse a una empresa concreta. Por otra parte, el

ejercicio de esa facultad de apreciación está limitado también por las normas de conducta que la propia Comisión se ha impuesto a sí misma, en particular las Directrices (sentencias de 12 de noviembre de 2014, Guardian Industries y Guardian Europe/Comisión, C-580/12 P, EU:C:2014:2363, apartado 55, y LG Display y de 23 de abril de 2015, LG Display y LG Display Taiwan/Comisión, C-227/14 P, EU:C:2015:258, apartado 51).

- 300 Por tanto, si, como sucede en el caso de autos, la Comisión determina el importe de base de la multa con arreglo a la metodología expuesta en las Directrices, esta institución debe conformarse a dicha metodología.
- 301 A este respecto, debe recordarse que, en virtud del apartado 13 de las Directrices, «con el fin de determinar el importe de base de la multa, la Comisión utilizará el valor de las ventas de bienes o servicios realizadas por la empresa, en relación directa o indirecta con la infracción, en el sector geográfico correspondiente dentro del territorio del Espacio Económico Europeo». Estas mismas Directrices precisan, en el punto 6, que «la combinación del valor de las ventas en relación con la infracción y de la duración [de ésta] se considera un valor sustitutivo adecuado para reflejar la importancia económica de la infracción y el peso relativo de cada empresa que participa en la misma».
- 302 Asimismo, tal como se ha recordado en el apartado 261 anterior, de la jurisprudencia se desprende que la parte del volumen de negocios correspondiente a las ventas de los productos que fueron objeto de la infracción proporciona una idea bastante ajustada de la magnitud de la infracción en el mercado afectado, dado que el volumen de negocios correspondiente a las ventas de los productos que han sido objeto de una práctica restrictiva constituye un criterio objetivo que ofrece una justa medida de la nocividad de dicha práctica para el juego normal de la competencia (véanse, en este sentido, las sentencias de 7 de junio de 1983, Musique diffusion française y otros/Comisión, 100/80 a 103/80, EU:C:1983:158, apartado 121; de 11 de marzo de 1999, British Steel/Comisión, T-151/94, no publicada, EU:T:1999:52, apartado 643, y de 8 de julio de 2008, Saint-Gobain Gyproc Belgium/Comisión, T-50/03, no publicada, EU:T:2008:252, apartado 84).
- 303 El punto 13 de las Directrices tiene, por tanto, como finalidad que se tome como base, para el cálculo de la multa que vaya a imponerse a una empresa, un importe que refleje la importancia económica de la infracción y el peso relativo de esa empresa en dicha infracción (sentencias de 11 de julio de 2013, Team Relocations y otros/Comisión, C-444/11 P, EU:C:2013:464, apartado 76; de 12 de noviembre de 2014, Guardian Industries y Guardian Europe/Comisión, C-580/12 P, EU:C:2014:2363, apartado 57, de 23 de abril de 2015, LG Display y LG Display Taiwan/Comisión, C-227/14 P, EU:C:2015:258, apartado 53).
- 304 En consecuencia, el concepto de valor de las ventas a que se refiere ese punto 13 engloba las ventas realizadas en el mercado afectado por la infracción en el EEE, sin que sea necesario determinar si esas ventas se vieron realmente afectadas por dicha infracción, dado que la parte del volumen de negocios procedente de la venta de los productos objeto de la infracción es la que mejor refleja la magnitud económica de dicha infracción (véanse, en este sentido, las sentencias de 11 de julio de 2013, Team Relocations y otros/Comisión, C-444/11 P, EU:C:2013:464, apartados 75 a 78; de 12 de noviembre de 2014, Guardian Industries y Guardian Europe/Comisión, C-580/12 P, EU:C:2014:2363, apartado 57 a 59; de 19 de marzo de 2015, Dole Food y Dole Fresh Fruit Europe/Comisión, C-286/13 P, EU:C:2015:184, apartados 148 y 149, y LG Display y de 23 de abril de 2015, LG Display y LG Display Taiwan/Comisión, C-227/14 P, EU:C:2015:258, apartados 53 a 58 y 64).
- 305 Sin embargo, si bien es verdad que sería contrario al objetivo perseguido por dicha disposición entender que el concepto de valor de las ventas a que alude esa disposición sólo se refiere al volumen de negocios realizado con las ventas respecto a las cuales se haya probado que han quedado realmente afectadas por el cártel imputado, no es menos cierto que el antedicho concepto no puede extenderse hasta englobar las ventas de la empresa de que se trate que no estén incluidas, directa o

indirectamente, en el perímetro de ese cártel (véanse, en este sentido, las sentencias de 11 de julio de 2013, Team Relocations y otros/Comisión, C-444/11 P, EU:C:2013:464, apartado 76, y de 19 de marzo de 2015, Dole Food y Dole Fresh Fruit Europe/Comisión, C-286/13 P, EU:C:2015:184, apartado 148).

- 306 En este contexto, debe señalarse que es cierto que no puede exigírsele a la Comisión que, cuando tenga que actuar frente a una restricción por el objeto como la del caso de autos, lleve a cabo de oficio un examen de la competencia potencial con respecto a todos los mercados y servicios afectados por el ámbito de aplicación de la infracción, lo cual sería contrario a los principios establecidos por la jurisprudencia citada en los apartados 213, 214 y 216 anteriores e introduciría, por medio de la determinación del valor de las ventas que había que tener en cuenta a la hora de calcular la multa, la obligación de examinar la competencia potencial cuando esta manera de proceder no es exigible si se produce una restricción de la competencia por el objeto (véase el apartado 215 anterior). En efecto, a este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado, en un asunto al que eran aplicables las Directrices de 1998 mencionadas en el apartado 272 anterior, que, en el caso de una infracción consistente en un reparto de mercados, no puede admitirse una interpretación que tenga por consecuencia la imposición a la Comisión, en relación con el método de cálculo de las multas, de una obligación a la que no está sujeta a efectos de la aplicación del artículo 101 TFUE, habida cuenta de que la infracción de que se trata tiene un objeto contrario a la competencia (sentencia de 3 de septiembre de 2009, Prym y Prym Consumer/Comisión, C-534/07 P, EU:C:2009:505, apartado 64).
- 307 La solución adoptada en el caso de autos no consiste en imponer a la Comisión en el marco de la determinación del importe de la multa una obligación que no le es exigible a efectos de la aplicación del artículo 101 TFUE al tratarse de una infracción cuyo objeto es contrario a la competencia, sino en extraer las consecuencias del hecho de que el valor de las ventas deber estar directa o indirectamente relacionado con la infracción en el sentido del punto 13 de las Directrices y no puede englobar ventas que no estén incluidas, directa o indirectamente, en el perímetro de la infracción sancionada (véase la jurisprudencia citada en el apartado 305 anterior). De ello se desprende que, a partir del momento en que, para determinar el importe de la multa, la Comisión optó por basarse en el valor de las ventas relacionadas directa o indirectamente con la infracción, ésta debe determinar dicho valor de manera precisa.
- 308 A este respecto, debe señalarse que en el caso de autos, habida cuenta del tenor de la cláusula que hace expresamente referencia a «todo proyecto en el sector de las telecomunicaciones (incluidos los servicios de telefonía fija y móvil y los servicios de acceso a Internet y de televisión, salvo las inversiones o actividades que ya estén en curso en el día en que se firme el presente acuerdo) que pueda entrar en competencia con la otra parte en el mercado ibérico» y del hecho de que, en su respuesta al pliego de cargos, la demandante invocó una serie de elementos fácticos con el fin de demostrar que el valor de las ventas de determinados servicios a los que se había aludido debía excluirse a la hora de calcular la multa debido a la inexistencia total de competencia entre las partes, la Comisión tendría que haber procedido al examen de esos elementos para determinar el valor de las ventas de bienes o servicios realizadas por la empresa relacionadas directa o indirectamente con la infracción.
- 309 Así pues, en el caso de autos, en la medida en que las ventas relacionadas directa o indirectamente con la infracción son las ventas de los servicios comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la cláusula, a saber, las ventas de todo proyecto en el sector de las telecomunicaciones, salvo las actividades en curso, que pudiera entrar en competencia con la otra parte en el mercado ibérico, la Comisión, a la hora de calcular el valor de esas ventas, debería haber determinado los servicios en los que las partes no se encontraban en una situación de competencia potencial en el mercado ibérico, examinando los elementos invocados por estas últimas en sus respuestas al pliego de cargos con el fin de demostrar la inexistencia de competencia potencial entre ellas con respecto a determinados servicios durante el período de aplicación de la cláusula. Únicamente sobre la base de un análisis

factico y jurídico de ese tipo habría sido posible determinar las ventas relacionadas directa o indirectamente con la infracción cuyo valor tendría que haber servido de importe de partida a la hora de calcular el importe de base de la multa.

- 310 De lo anterior se desprende que procede acoger la argumentación de la demandante según la cual la Comisión, basándose en los elementos invocados por la demandante por lo que atañe a la inexistencia de competencia potencial entre Telefónica y PT en determinados servicios, debería haber determinado el valor de las ventas relacionadas directa o indirectamente con la infracción y anular el artículo 2 de la Decisión impugnada, únicamente en la medida en que fija el importe de la multa sobre la base del valor de las ventas tomado en consideración por la Comisión.
- 311 En segundo lugar, es preciso recordar que el sistema de control judicial de las decisiones de la Comisión relativas a los procedimientos de aplicación de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE consiste en el control de legalidad de los actos de las instituciones establecido en el artículo 263 TFUE, que puede completarse, en virtud del artículo 261 TFUE y a petición de los demandantes, con el ejercicio por parte del Tribunal General de una competencia jurisdiccional plena respecto de las sanciones impuestas en este ámbito por la Comisión (sentencia de 10 de julio de 2014, Telefónica y Telefónica de España/Comisión, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, apartado 42). A este respecto, debe señalarse que la ilegalidad constatada en el caso de autos atañe al valor de las ventas tomadas en consideración para la determinación del importe de la multa impuesta a la demandante y, por tanto, a la propia base del cálculo de dicha multa.
- 312 En este contexto, es útil recordar de nuevo que, en el considerando 482 de la Decisión impugnada, la Comisión no llevó a cabo ningún análisis de la competencia potencial entre las partes con respecto a los servicios invocados por la demandante. Además, en respuesta a una diligencia de ordenación del procedimiento dirigida a obtener de la Comisión respuestas a las alegaciones de la demandante por lo que atañe a la supuesta inexistencia de competencia potencial entre Telefónica y PT en relación con determinados servicios en España (véanse los apartados 61 y 293 anteriores), la Comisión se limitó a reiterar su posición según la cual no estaba obligada a analizar la competencia potencial entre las partes a la hora de determinar el importe de la multa y, por otra parte, se contentó con responder al conjunto de las alegaciones de la demandante afirmando que PT era una competidora potencial de Telefónica en los servicios de que se trata, ya que habría podido participar en las licitaciones o adquirir un operador existente.
- 313 De lo anterior se desprende que, en el caso de autos, el Tribunal no dispone de elementos suficientes para determinar el importe final de la multa que debe imponerse a la demandante.
- 314 Es cierto que la competencia jurisdiccional plena de que goza el Tribunal en virtud del artículo 31 del Reglamento n.º 1/2003 faculta al juez, más allá del mero control de la legalidad de la sanción, a sustituir la apreciación de la Comisión por su apreciación. Sin embargo, en el caso de autos, la Comisión no procedió al análisis de los elementos invocados por la demandante para demostrar la inexistencia de competencia potencial entre las partes con respecto a determinados servicios con el fin de determinar el valor de las ventas que debía tomarse en consideración a la hora de calcular el importe de la multa. La determinación del valor de esas ventas por el Tribunal implicaría, por tanto, que éste colme una laguna en la instrucción del expediente.
- 315 Ahora bien, el ejercicio de la competencia jurisdiccional plena no supone que el Tribunal tenga que proceder a tal instrucción, lo cual iría más allá de la sustitución de la apreciación de la Comisión por la del Tribunal, ya que la apreciación del Tribunal sería la única y la primera apreciación de los elementos que la Comisión debería haber tenido en cuenta a la hora de determinar el valor de las ventas relacionadas directa o indirectamente con la infracción en el sentido del punto 13 de las Directrices cuyo análisis incumbía a la Comisión.

316 De lo anterior se desprende que, en el caso de autos, no procede ejercer la competencia jurisdiccional plena, de modo que incumbe a la Comisión extraer en el marco de la ejecución de la presente sentencia todas las consecuencias de la ilegalidad constatada y pronunciarse de nuevo acerca de la fijación del importe de la multa. Asimismo, el Tribunal considera que procede examinar los demás motivos relativos al importe de la multa.

3. Sobre el séptimo motivo, basado en la infracción del artículo 101 TFUE debido a un error manifiesto en el cálculo del importe de base de la multa en función de la gravedad y en la violación del principio de proporcionalidad

317 La demandante alega que, al calcular el importe de base de la multa, la Comisión no tuvo debidamente en cuenta los siguientes elementos, que, a su entender, habrían justificado la imposición de una multa simbólica o, al menos, de una multa menor que la impuesta en el caso de autos: con carácter principal, la cláusula vino determinada por la conducta que mantuvo el Gobierno portugués; la cláusula no se puso en práctica; las partes formalizaron inmediatamente después de la intervención de la Comisión su entendimiento de que la restricción no podía ser efectiva y nunca lo fue; con carácter subsidiario, la restricción a que se refiere la cláusula nunca se llevó a efecto ni tuvo consecuencia alguna, y Telefónica se aseguró de que dicha restricción no podría ejecutarse si ello era contrario a la legalidad; la inexistencia de precedentes en los que se haya sancionado un acuerdo tan excepcional como el del caso de autos; y, finalmente, el carácter público de la cláusula.

318 Debe recordarse que la Comisión fija el importe de la multa en función de la gravedad de la infracción y, si procede, de su duración. La gravedad de la infracción debe apreciarse en función de criterios como las circunstancias específicas del asunto, su contexto y el alcance disuasorio de las multas. Deben tenerse en cuenta elementos objetivos como el contenido y la duración de los comportamientos contrarios a la competencia, su número y su intensidad, la extensión del mercado afectado y el deterioro sufrido por el orden público económico. El examen ha de tomar en consideración igualmente la importancia relativa y la cuota de mercado de las empresas responsables, así como una eventual reincidencia (sentencias 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, EU:C:2004:6, apartados 89 a 91, y de 12 de julio, Toshiba/Comisión, T-113/07, EU:T:2011:343, apartado 281).

319 Procede, asimismo, recordar que en el caso de autos la Comisión tomó en consideración, en concepto de la gravedad de la infracción, un pequeño porcentaje del valor de las ventas de las empresas afectadas, a saber, un 2 % (véase el apartado 251 anterior). Además, es preciso señalar que en el caso de autos la Comisión no aplicó ningún «derecho de entrada», como el previsto en el punto 25 de las Directrices (véase el apartado 240 anterior), con el fin disuadir a las empresas de participar en acuerdos horizontales de fijación de precios, reparto de mercados y limitación de la producción (véase el apartado 252 anterior). Finalmente, la Comisión indicó que, a la de hora de fijar el porcentaje que debía tomarse en consideración en concepto de la gravedad de la infracción, había tenido, en particular, en cuenta el hecho de que las partes no habían mantenido en secreto la cláusula y la corta duración prevista en lo que atañe a su aplicación (véanse los apartados 249 y 251 anterior).

320 Habida cuenta del hecho de que la cláusula constituía un acuerdo de reparto de mercados, infracción normalmente considerada entre las más graves, y del hecho de que la proporción del valor de las ventas tomado en consideración se fija en un nivel que puede alcanzar hasta el 30 % en el caso de este tipo de infracción (véanse los puntos 21 y 23 de las Directrices, apartado 240), resulta evidente que la Comisión tuvo en gran medida en cuenta elementos que atenuaban la gravedad de la infracción de que se trata.

321 Por otra parte, las alegaciones de la demandante según las cuales la Comisión no tuvo debidamente en cuenta otros elementos que habrían dado lugar a la disminución del porcentaje tomado en consideración en concepto de la gravedad de la infracción no pueden prosperar.

- 322 En primer lugar, por lo que atañe a la toma en consideración de la supuesta conducta del Gobierno portugués a la hora de determinar la gravedad de la infracción, es preciso señalar que las Directrices prevén expresamente que el hecho de que «el comportamiento anticompetitivo haya sido autorizado o fomentado por las autoridades públicas o la normativa» puede ser tenido en cuenta como circunstancia atenuante (véanse, a este respecto, los apartados 333 y siguientes posteriores). Por tanto, ese fomento, suponiendo que estuviera probado, no puede ser tenido además en cuenta a la hora de determinar la gravedad de la infracción.
- 323 En segundo lugar, por lo que respecta a la puesta en práctica de la cláusula, debe señalarse que no se ha probado si ésta fue puesta en práctica o no. La Comisión se limitó a explicar en el considerando 365 de la Decisión impugnada que, si bien no podía deducirse directamente de la inexistencia de nuevas actividades competidoras que la cláusula se hubiese puesto en práctica, la observación de que las partes no demostraron haber desarrollado nuevas actividades en España o en Portugal, que permitiesen concluir que la cláusula no se había aplicado, debía mantenerse, como signo (no concluyente) de la posible aplicación de la cláusula. Habida cuenta de estas circunstancias, no puede sostenerse que la Comisión debiera haber aplicado un porcentaje inferior en concepto de la gravedad de la infracción en razón de que, supuestamente, la cláusula no se puso en práctica. Asimismo, la alegación según la cual Telefónica se aseguró de que la cláusula no podría ejecutarse si ello era contrario a la legalidad no puede acogerse, ya que en el marco de los tres primeros motivos ha quedado constatado (véanse, en particular, los apartados 121 y 176 a 199 anteriores) que la demandante no había demostrado que la salvaguarda «en la medida permitida por la ley» hubiese transformado la cláusula en una obligación de autoevaluación de la posibilidad de una restricción de la competencia.
- 324 En tercer lugar, tal como la Comisión indicó en el considerando 500 de la Decisión impugnada (véase el apartado 254 anterior), ésta tuvo en cuenta, en tanto que circunstancias atenuantes, de conformidad con el punto 29 de las Directrices (véase el apartado 242 anterior), el hecho de que las partes suprimieron la cláusula poco tiempo después de la intervención de la Comisión, de modo que no procede tener esta circunstancia en cuenta también en concepto de la gravedad de la infracción.
- 325 En cuarto lugar, la demandante sostiene que el hecho de que la cláusula no se mantuviera en secreto no fue tomado en consideración de manera adecuada. Es preciso señalar que en el considerando 491 de la Decisión impugnada la Comisión indicó que la publicidad de la cláusula había sido uno de los elementos que permitieron justificar que se tomara en consideración únicamente un pequeño porcentaje del valor de las ventas en concepto de la gravedad de la infracción (véanse los apartados 249 y 319 anteriores). Si el hecho de ser secretos es un elemento que se tiene en cuenta en lo que atañe a la gravedad de los acuerdos de tipo cártel (véase el punto 23 de las Directrices, apartado 240 anterior), es evidente que en el caso de autos al haberse tomado únicamente en consideración un 2 % del valor de las ventas en concepto de la gravedad de la infracción, la Comisión tuvo debidamente en cuenta la publicidad de la cláusula.
- 326 Finalmente, por lo que respecta al carácter supuestamente excepcional del acuerdo del que se trata en el caso de autos, debe recordarse que la demandante intentó justificar la existencia de la cláusula, en particular, basándose en que la evaluación de la cuestión de si ésta podía considerarse una restricción accesoria a la operación Vivo era difícil, de modo que se dejó para más adelante con la salvaguarda «en la medida permitida por la ley» (véase el apartado 178 anterior). Pues bien, tal como subraya acertadamente la Comisión, existen precedentes en materia de restricciones accesorias, de modo que las partes podían evaluar sin problemas la cuestión de si la cláusula podía constituir una restricción accesoria. Por tanto, una empresa diligente como la demandante, que además cuenta con abundantes asesores jurídicos de calidad, no puede invocar un margen de duda irrazonable por lo que atañe a la legalidad de la cláusula.

327 Además, la demandante no puede sostener que la Decisión impugnada establezca un nuevo estándar de valoración de las restricciones cuya ejecución se somete a una salvaguarda legal, según el cual tales restricciones constituyen infracciones por el objeto salvo que, en una valoración *ex post*, la Comisión considere que existía un margen razonable de duda sobre su carácter restrictivo y las partes realicen inmediatamente una autoevaluación y supriman o modifiquen consecuentemente el acuerdo que prevé la restricción. En efecto, se observa que la Comisión, acertadamente, únicamente consideró que, en las circunstancias del caso de autos, el hecho de que no existiese un gran margen de duda con respecto a la legalidad de la cláusula en el momento de la firma del acuerdo y el hecho de que las partes no realizasen el examen de la legalidad de la cláusula antes de la entrada en vigor del acuerdo que tuvo lugar dos meses después de su firma contradecían la afirmación de las partes según la cual la salvaguarda legal transformó la cláusula de no competencia en una cláusula de autoevaluación. Si esas circunstancias no se tuvieran en cuenta a la hora de valorar una cláusula que contiene una salvaguarda legal, bastaría con que las partes incluyesen la mención «en la medida permitida por la ley» para que un acuerdo contrario a la competencia ya no pudiese constituir una restricción de la competencia por el objeto y que la Comisión se viese obligada a examinar sus efectos. Pues bien, esa situación no sólo gravaría de manera desmesurada la carga de la prueba de comportamientos contrarios al artículo 101 TFUE que incumbe a la Comisión y sería, por tanto, incompatible con la misión de vigilancia de la correcta aplicación de esas disposiciones que le atribuyen los Tratados, sino que abriría la puerta a todo tipo de abusos por parte de los participantes en acuerdos contrarios a la competencia.

328 En cualquier caso, en la medida en que consistía en un acuerdo de reparto de mercados, la cláusula no puede quedar libre de sanción, aun suponiendo que tuviese un carácter inédito como consecuencia de la mención «en la medida permitida por la ley». En efecto, el hecho de que en anteriores decisiones no se haya examinado aún un comportamiento que presente las mismas características no exime a la empresa de su responsabilidad (sentencia de 1 de julio de 2010, AstraZeneca/Comisión, T-321/05, EU:T:2010:266, apartado 901).

329 De las consideraciones anteriores se desprende que debe desestimarse el séptimo motivo.

4. Sobre el octavo motivo basado en la infracción del artículo 101 TFUE como consecuencia de la violación del principio de proporcionalidad y de un error manifiesto en la no admisión de otras circunstancias atenuantes

330 La demandante sostiene que la Comisión incurrió en un error manifiesto, en la medida en que no tuvo debidamente en cuenta como circunstancias atenuantes la influencia del Gobierno portugués en la gestación e inclusión de la cláusula y el papel proactivo y la buena fe de Telefónica.

331 Es preciso recordar que de la Decisión impugnada, de las Directrices, cuyos principios se aplican en ésta, y, por último, de la jurisprudencia se desprende que, si bien en un primer momento la gravedad de la infracción se aprecia en función de los elementos específicos de la infracción, como su naturaleza, la cuota de mercado combinada de todas las partes interesadas, la extensión geográfica de la infracción y su ejecución o no, en un segundo momento se modula esta apreciación en función de circunstancias agravantes o atenuantes propias de cada una de las empresas que participaron en la infracción (véase la sentencia de 25 de octubre de 2011, Aragonesas Industrias y Energía/Comisión, T-348/08, EU:T:2011:621, apartado 264 y la jurisprudencia citada).

332 Tal como se ha señalado en los apartados 254 y 255 anteriores, en el caso de autos la Comisión aplicó una reducción del 20 % por la existencia de circunstancias atenuantes, ya que las partes pusieron fin a la cláusula, que, además, no era secreta, poco tiempo después de su intervención y rechazó las alegaciones de las partes que reivindicaban la aplicación de otras circunstancias atenuantes.

- 333 En primer lugar, la demandante sostiene que la Comisión no tuvo debidamente en cuenta el hecho de que la cláusula se la había impuesto el Gobierno portugués, pese a que, a su entender, en el considerando 75 de la Decisión impugnada esta institución admite que la conducta de dicho Gobierno pudo convencer a la demandante de que la restricción era imprescindible para la viabilidad de la operación.
- 334 Esta argumentación no puede acogerse. En efecto, es preciso señalar que, si bien las Directrices prevén expresamente, como circunstancia atenuante, el hecho de que un comportamiento anticompetitivo haya sido autorizado o fomentado por las autoridades públicas o por la normativa (véase el apartado 242 anterior), en el caso de autos, de los apartados 122 a 175 anterior se desprende que la demandante no ha demostrado que el Gobierno portugués fomentase la introducción de la cláusula en el acuerdo, de modo que dicho fomento no puede tenerse en cuenta como circunstancia atenuante. En la medida en que la demandante no invoca ningún indicio que pueda mostrar que el Gobierno portugués tenía algún tipo de interés por la cláusula, tampoco puede alegar que la conducta de dicho Gobierno le incitó a creer que la cláusula era indispensable para la ejecución de la operación. A este respecto, procede, además, señalar que, contrariamente a lo que indica la demandante, la Comisión no admitió en el considerando 75 de la Decisión impugnada que la conducta del Gobierno portugués pudiese convencer a Telefónica de que la cláusula era imprescindible para la viabilidad de la operación, sino que se limitó a señalar que, aunque Telefónica hubiese estimado que era así, ello no habría bastado para calificar la cláusula como restricción accesoria a la operación relativa a Vivo.
- 335 En segundo lugar, la demandante alega que la Comisión debería haber tenido en cuenta que actuó de buena fe y no quiso deliberadamente aplicar un acuerdo de reparto de mercados; en caso contrario, el inciso «en la medida» hubiera sido inútil y la publicidad dada al acuerdo absurda. De la misma manera, a su entender, el supuesto retraso en realizar la autoevaluación de la legalidad de la cláusula podría considerarse a lo sumo una negligencia, pero no una voluntad deliberada de restringir la competencia.
- 336 Tampoco puede acogerse esta argumentación.
- 337 Para empezar, del examen de los tres primeros motivos se desprende que la demandante no ha demostrado que se hubiese visto obligada a aceptar la cláusula (véanse los apartados 122 a 175 anteriores), ni que hubiese tenido una postura proactiva con el fin de limitar su impacto (véanse los apartados 167 a 174 anteriores).
- 338 A continuación, debe señalarse que tomar en consideración la supuesta «buena fe» de la demandante como circunstancia atenuante no tendría debidamente en cuenta el hecho de que la obligación de no competencia que figura en la cláusula tenía un carácter bilateral, de modo que también debía beneficiar a Telefónica, ni tampoco el hecho de que el acuerdo había sido celebrado por las dos partes. A este respecto, debe además recordarse, como hace la Comisión, el correo electrónico interno de Telefónica de 6 de julio de 2010, que indicaba que «habría que pensar en la liturgia/escenificación de las posibles nuevas condiciones, para que parezca que, tal como nos han dicho, nos hayamos sentado a negociar y nos hayan “impuesto” nuevas condiciones (realmente planteadas por nosotros)». A la luz de este elemento, la demandante no puede alegar que desempeñó un papel puramente defensivo en las negociaciones del acuerdo.
- 339 Finalmente, la demandante sostiene que el retraso en la supuesta evaluación de la legalidad de la cláusula y su supresión podría considerarse a lo sumo una negligencia, pero no una voluntad deliberada de restringir la competencia. Pues bien, habida cuenta de la importancia de la operación Vivo, que la propia demandante pone de relieve, no es simplemente creíble que la omisión de cumplir en tiempo útil una supuesta obligación contractual vinculante que supuestamente figuraba en el acuerdo relativo a la antedicha operación —a saber, evaluar la legalidad de la obligación de no competencia que aparecía en la cláusula— se deba a una negligencia por parte de empresas como Telefónica y PT, que tienen acceso y gozan de un asesoramiento jurídico sofisticado.

340 De las consideraciones anteriores se desprende que debe desestimarse el octavo motivo.

C. Sobre la petición de examen de testigos

341 Mediante su pretensión adicional, reiterada en el escrito de 31 de marzo de 2015 (véase el apartado 62 anterior), la demandante solicita al Tribunal, en apoyo de su alegación según la cual la Comisión incurrió en un error manifiesto de valoración de los hechos relativos a la negociación de la tercera y cuarta oferta y de los relativos a la autoevaluación de la cláusula realizada por las partes y a la puesta en común de los resultados de dicha autoevaluación mediante contactos telefónicos los días 26 y 29 de octubre de 2010, que recoja el testimonio de las personas que participaron en esos hechos.

342 En su petición de examen de testigos presentada mediante escrito separado de 31 de marzo de 2015, la demandante insiste asimismo en la importancia del examen de uno de los testigos solicitados, a saber, el Sr. A.V., su abogado externo e interlocutor en los contactos y negociaciones con el Gobierno portugués.

343 Tanto en sus escritos como en su respuesta a la petición de examen de testigos, la Comisión cuestiona la pertinencia del examen de testigos propuesto por la demandante para la resolución del litigio.

344 Procede recordar que sólo el Tribunal puede decidir, cuando proceda, sobre la necesidad de completar la información de que dispone en los asuntos de que conoce (véase el auto de 10 de junio de 2010, Thomson Sales Europe/Comisión, C-498/09 P, no publicado, EU:C:2010:338, apartado 138 y la jurisprudencia citada).

345 Tal como ya declaró el Tribunal de Justicia en un asunto de Derecho de la competencia, aunque una petición de examen de testigos formulada en el recurso indique con precisión los hechos en relación con los cuales procede oír al testigo o testigos y las razones que lo justifican, corresponde al Tribunal General apreciar la pertinencia de esta petición en relación con el objeto del litigio y con la necesidad de proceder al examen de los citados testigos (véase la sentencia de 19 de diciembre de 2013, Siemens/Comisión, C-239/11 P, C-489/11 P y C-498/11 P, EU:C:2013:866, apartado 323 y la jurisprudencia citada).

346 El Tribunal de Justicia ha declarado además que esa facultad de apreciación del Tribunal se conciliaba con el derecho fundamental a un proceso justo y, en particular, el artículo 6, apartado 3, letra d), del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (CEDH). En efecto, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que esta última disposición no reconoce al acusado un derecho ilimitado a obtener la comparecencia de testigos ante un tribunal y que la decisión sobre la necesidad o la conveniencia de citar a un testigo incumbe en principio al juez. El artículo 6, apartado 3, del CEDH no exige que se cite a todos los testigos, sino que su objetivo consiste en una completa igualdad de armas que garantice que el procedimiento controvertido, considerado en su conjunto, ha ofrecido al acusado una oportunidad adecuada y suficiente de impugnar las sospechas que recaían sobre él (véase de 19 de diciembre de 2013, Siemens/Comisión, C-239/11 P, C-489/11 P y C-498/11 P, EU:C:2013:866, apartados 324 y 325 y la jurisprudencia citada).

347 A este respecto, el Tribunal ya ha declarado que no podía acceder a la petición de examen de testigos de una empresa demandante cuando las declaraciones que ésta quería obtener mediante tal testimonio ante el Tribunal ya se habían realizado ante la Comisión, se había considerado que dichas declaraciones no se apoyaban en elementos de prueba documentales e, incluso, se veían contradichas por determinados elementos del expediente (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de julio de 2011, ThyssenKrupp Liften Ascenseurs/Comisión, T-144/07, T-147/07 a T-150/07 y T-154/07, EU:T:2011:364, apartados 152 y 154).

- 348 Asimismo, debe señalarse que una petición dirigida a que el Tribunal complete los elementos de información de que dispone es inoperante cuando, incluso si el Tribunal accediera a esa petición, el sentido de su decisión no se vería modificado por ello (véase, en este sentido, el auto de 10 de junio de 2010, Thomson Sales Europe/Comisión, C-498/09 P, no publicado, EU:C:2010:338, apartado 141).
- 349 Si el Tribunal ha podido pronunciarse eficazmente sobre la base de las pretensiones, motivos y alegaciones formulados durante la fase escrita y oral del procedimiento y a la luz de los documentos aportados, procede desestimar la petición de examen de testigos, formulada por la demandante, sin que el Tribunal tenga que justificar mediante una motivación específica su apreciación de la inutilidad de buscar elementos de prueba adicionales (véase, en este sentido, el auto de 15 de septiembre de 2005, Marlines/Comisión, C-112/04 P, no publicado, EU:C:2005:554, apartado 39, y la sentencia de 9 de septiembre de 2009, Clearstream/Comisión, T-301/04, EU:T:2009:317, apartado 218).
- 350 Sin embargo, aunque las partes no tengan derecho a exigir del juez de la Unión que adopte una diligencia de ordenación del procedimiento o una diligencia de prueba, el juez no podría sacar consecuencias de la falta, en el expediente, de determinados elementos mientras no haya agotado los medios previstos por el Reglamento de Procedimiento del órgano jurisdiccional para conseguir que los aporte la parte de que se trate (véase el auto de 8 de octubre de 2013, Michail/Comisión, T-597/11 P, no publicado, EU:T:2013:542, apartado 40 y la jurisprudencia citada).
- 351 En el caso de autos, la demandante solicita al Tribunal que proceda al examen de personas que participaron en el proceso de negociación de la prórroga de la tercera oferta los días 16 y 17 de julio de 2010, en el proceso de negociación de la cuarta oferta los días 26, 27 y 28 de julio de 2010 y en los contactos entre Telefónica y PT que tuvieron lugar los días 26 y 29 de octubre de 2010.
- 352 En lo que atañe, por una parte, a estos últimos contactos, debe señalarse que las declaraciones de las personas en cuestión ya figuran en el expediente.
- 353 A este respecto, procede recordar, tal como ya se ha indicado en el apartado 347 anterior, que el Tribunal ha declarado que no podía acceder a la petición de examen de testigos de una empresa demandante cuando las declaraciones que ésta quería obtener mediante tal testimonio ante el Tribunal ya se habían realizado ante la Comisión, no se apoyaban en elementos de prueba documentales e, incluso, se veían contradichas por determinados elementos del expediente.
- 354 En el caso de autos, debe recordarse que, como ya se ha observado en los apartados 189 a 191 anteriores, la Comisión indicó que había tenido en cuenta las declaraciones en cuestión y que las había evaluado conforme a los principios aplicables en materia de apreciación de la prueba. La Comisión también tuvo en cuenta que esas declaraciones habían sido realizadas por personas que podrían tener un interés directo en el asunto (considerando 122 de la Decisión impugnada) y llevó a cabo una evaluación ponderada de esos elementos con respecto a los demás elementos de prueba disponibles (considerandos 121, 124 y 308 de la Decisión impugnada). En ningún momento, la Comisión puso en duda que las personas que realizaron las antedichas declaraciones se hubiesen efectivamente expresado de la manera reflejada en esas declaraciones.
- 355 En estas circunstancias, debe rechazarse la petición dirigida a que se ordene el examen de las personas autoras de las referidas declaraciones ante el Tribunal, dado que los elementos que figuran en el expediente son suficientes para permitir al Tribunal pronunciarse sobre las audioconferencias de octubre de 2010 (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de julio de 2011, ThyssenKrupp Liften Ascenseurs/Comisión, T-144/07, T-147/07 a T-150/07 y T-154/07, EU:T:2011:364, apartados 152 y 154; véase, asimismo, en este sentido y por analogía, la sentencia de 7 de octubre de 2004, Mag Instrument/OAMI, C-136/02 P, EU:C:2004:592, apartado 77).

- 356 Esta conclusión no puede ser puesta en entredicho por la afirmación de la demandante en la vista según la cual, en virtud del principio de inmediatez, el examen de testigos por el Tribunal tiene innegablemente más valor que la toma en consideración de declaraciones realizadas por escrito. En efecto, en la medida en que el contenido de las declaraciones no se pone en duda y en que sólo se trata de la aprehensión de esos elementos con respecto al conjunto de las pruebas, las alegaciones hechas por la demandante en la vista no pueden cuestionar la constatación de que el examen de los autores de las declaraciones en cuestión ante el Tribunal es superfluo.
- 357 Por lo que respecta, por una parte, a los testimonios propuestos en relación con las negociaciones de la tercera y la cuarta oferta los días 16, 17, 26, 27 y 28 de julio de 2010, las peticiones de examen de testigos deben también rechazarse.
- 358 En primer lugar, por lo que atañe a las negociaciones de la tercera oferta los días 16 y 17 de julio de 2010, en primer término, procede señalar que la demandante indicó en su petición de examen de testigos de 31 de marzo de 2015 y confirmó en la vista que el Sr. A.V., su abogado externo e interlocutor en los contactos y negociaciones con el Gobierno portugués, era el único de los testigos propuestos que había tenido contactos con dicho Gobierno y, por tanto, «el único testigo directo de la relación causal entre las actuaciones del Gobierno portugués y la existencia de la cláusula» y el único «con conocimiento directo de las actuaciones del Gobierno portugués y de su influencia en el resultado de la operación enjuiciada». De ellos se desprende que, con respecto a las negociaciones de los días 16 y 17 de julio de 2010, no procede examinar la necesidad de oír el testimonio de las demás personas propuestas por la demandante, ya que, según sus propias afirmaciones, éstas no tienen ningún conocimiento directo de las supuestas actuaciones del Gobierno portugués.
- 359 En segundo término, debe señalarse que la demandante alega que el contenido de las declaraciones del Sr. A.V., su abogado externo e interlocutor en los contactos y negociaciones con el Gobierno portugués, que no aparecen en ningún documento del expediente, es esencial para su defensa, ya que este testigo podría proporcionar una prueba de la relación causal que existía entre las actuaciones del Gobierno portugués y la cláusula. En la vista, la demandante precisó que el examen de dicho testigo tendría, concretamente, como objetivo esclarecer las circunstancias relativas al anexo A.58 (véase el apartado 147 anterior), aspecto que ha quedado reflejado en el acta de la vista.
- 360 A este respecto, procede recordar que ya se ha constatado que el anexo A.58 (véase el apartado 147 anterior) y, de manera más general, el conjunto de elementos invocados por la demandante para demostrar un supuesto interés del Gobierno portugués en la cláusula (véanse los apartados 136 a 162 anterior) no contienen ningún indicio que permita demostrar tal interés. En efecto, aunque el interés del Gobierno portugués por las negociaciones del acuerdo ha quedado demostrado, la demandante no ha aportado ningún indicio que demuestre que dicho Gobierno impusiera, ni siquiera, deseara, la cláusula y no ha explicado cómo el testimonio de su abogado externo e interlocutor en los contactos y negociaciones con el Gobierno portugués, en relación con la correspondencia que figura en el anexo A.58, demostraría «el vínculo causal entre las actuaciones del Gobierno portugués y la cláusula», pareciendo, por el contrario, que ella misma admite en sus escritos que los «indicios» aportados hasta entonces constituían «el máximo nivel de acreditación de [la] práctica [del Gobierno portugués] al que podía acceder Telefónica, ya que —por su propia naturaleza— la presión ejercida por un Gobierno en cuestiones delicadas suele ser discreta e informal».
- 361 A este respecto, es útil señalar que en la vista, para explicar por qué no había aportado la correspondencia que figura en el anexo A.58 ni propuesto el testimonio de su abogado externo e interlocutor en los contactos y negociaciones con el Gobierno portugués, en relación con esa correspondencia, durante el procedimiento administrativo, que, debido al importante volumen de documentación que había que tener en cuenta en el marco del presente asunto, sólo había podido encontrar la antedicha correspondencia —que supuestamente revela el papel clave desempeñado por ese abogado en el asunto y la importancia crucial de su testimonio para probar la presunta influencia del Gobierno portugués con respecto a la cláusula— posteriormente, durante una búsqueda

electrónica. A la luz de esta afirmación, como ha señalado acertadamente la Comisión, debe observarse que, si el abogado en cuestión hubiese realmente desempeñado el papel clave que la demandante le atribuye y si pudiese dar un testimonio directo sobre las actuaciones del Gobierno portugués por lo que atañe a la cláusula, es poco probable que hubiese caído en el olvido hasta que una búsqueda electrónica sacó a la luz una correspondencia que acreditaba su supuesta importancia en el marco del presente asunto.

- ³⁶² Pues bien, un testimonio que se limitase a repetir los elementos que la demandante ya invoca en el marco de su recurso, y cuyo contenido sustantivo no se cuestiona, y a extraer las mismas conclusiones que las que la demandante extrae en sus escritos procesales (véanse los apartados 136 a 143 anteriores) no puede constituir una prueba fáctica pertinente para la resolución del presente asunto. En efecto, ha quedado acreditado que el Gobierno portugués siguió de cerca las negociaciones del acuerdo, pero eso no significa que quisiese imponer la cláusula. Un testimonio que acreditase hechos que demostrasen de manera general el interés del Gobierno portugués en el acuerdo sin desvelar hechos que probasen el supuesto interés de dicho Gobierno por la cláusula carecería de pertinencia a la hora de comprobar el fundamento de la argumentación de la demandante.
- ³⁶³ En estas circunstancias, no corresponde al Tribunal ordenar la práctica de las diligencias de prueba solicitadas (véanse, en este sentido, las sentencias de 19 de diciembre de 2013, Siemens/Comisión, C-239/11 P, C-489/11 P y C-498/11 P, EU:C:2013:866, apartado 323, y de 27 de octubre de 1994, Fiatagri y New Holland Ford/Comisión, T-34/92, EU:T:1994:258, apartado 27).
- ³⁶⁴ En segundo lugar, por lo que se refiere a la petición de examinar como testigos al Sr. R.S.L.G.-O., Secretario General y miembro del Consejo de Telefónica, al Sr. A.V.B., Director General de Finanzas y Desarrollo Corporativo de Telefónica, al Sr. J.S.B., Director de Alianzas Industriales y Filiales, a la Sra. M.L.M.A., Vicesecretaria General y miembro del Consejo de Telefónica y, finalmente, de nuevo, al Sr. A.V., abogado externo de Telefónica e interlocutor en los contactos y negociaciones con el Gobierno portugués, en relación con la insistencia de Telefónica en suprimir la cláusula y la negativa de PT de aceptar esta supresión el 27 de julio de 2010, debe observarse que esta petición es inoperante.
- ³⁶⁵ En efecto, aun suponiendo que los testigos cuyo examen solicita la demandante afirmasen que, el 27 de julio de 2010, Telefónica solicitó a PT la supresión de la cláusula y que PT se negó a ello, a la vista de todos los elementos concurrentes y, en particular, de la bilateralidad de la cláusula (véanse los apartados 154 y 171 anteriores) y de la actitud de Telefónica durante las negociaciones (véanse los apartados 152 y 338 anteriores), este elemento no permitiría reconocer ni que la cláusula contuviese una obligación de autoevaluación ni que, a la hora de determinar el importe de la multa, debieran tenerse en cuenta los supuestos esfuerzos realizados por Telefónica para limitar el impacto de la cláusula como circunstancias atenuantes (véanse los apartados 335 a 338 anteriores).
- ³⁶⁶ En estas circunstancias, y en la medida en que una petición dirigida a que el Tribunal complete los elementos de información de que dispone es inoperante cuando, incluso si el Tribunal accede a esa petición, el sentido de su decisión no se vería modificado por ello (véase la jurisprudencia citada en el apartado 348 anterior), la petición de examen de los testigos de las negociaciones de los días 26 y 27 de julio de 2010 debe desestimarse, al igual que la petición de examen de testigos en su conjunto.
- ³⁶⁷ De todas las consideraciones anteriores se desprende que el sexto motivo debe acogerse parcialmente, en la medida en que, para determinar el valor de las ventas de la demandante que deben tomarse en consideración para el cálculo del importe de la multa, la Comisión debía examinar las alegaciones de la demandante dirigidas a demostrar la inexistencia de competencia potencial entre Telefónica y PT por lo que atañe a determinados servicios. Por consiguiente, el artículo 2 de la Decisión impugnada debe anularse únicamente en la medida en que fija el importe de la multa sobre la base del valor de las ventas tomado en consideración por la Comisión, y el recurso debe desestimarse en todo lo demás.

Costas

- ³⁶⁸ En virtud del artículo 134, apartado 3, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal, cuando se estimen parcialmente las pretensiones de una y otra parte, cada parte cargará con sus propias costas. Sin embargo, si se estimase que las circunstancias del caso lo justifican, el Tribunal podrá decidir que una de las partes cargue, además de con sus propias costas, con una porción de las costas de la otra parte.
- ³⁶⁹ Por haber sido parcialmente estimado el recurso, este Tribunal considera realizar una justa apreciación de las circunstancias del litigio al decidir que la demandante cargue con tres cuartas partes de sus propias costas y con una cuarta parte de las costas de la Comisión. La Comisión cargará con tres cuartas partes de sus propias costas y con una cuarta parte de las costas de la demandante.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL GENERAL (Sala Segunda)

decide:

- 1) **Anular el artículo 2 de la Decisión C(2013) 306 final de la Comisión, de 23 de enero de 2013, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 101 TFUE (asunto COMP/39.839 — Telefónica/Portugal Telecom), en tanto en cuanto fija el importe de la multa impuesta a Telefónica, S.A., en 66 894 000 euros, en la medida en que ese importe se fijó sobre la base del valor de las ventas tomado en consideración por la Comisión Europea.**
- 2) **Desestimar el recurso en todo lo demás.**
- 3) **Telefónica cargará con tres cuartas partes de sus propias costas y con una cuarta parte de las costas de la Comisión. La Comisión cargará con tres cuartas partes de sus propias costas y con una cuarta parte de las costas de Telefónica.**

Martins Ribeiro

Gervasoni

Madise

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 28 de junio de 2016.

Firmas

Índice

Antecedentes del litigio	2
I. Presentación de Telefónica y de PT.....	2
II. Negociaciones y firma del acuerdo.....	3
III. Hechos ocurridos con posterioridad a la celebración del acuerdo.....	5
IV. Procedimiento ante la Comisión	6
Decisión impugnada	7
Procedimiento y pretensiones de las partes	10
Fundamentos de Derecho	11
I. Sobre la admisibilidad	11
A. Sobre la admisibilidad de ciertos anexos a la demanda	11
B. Sobre la admisibilidad de las remisiones al recurso paralelo de PT contra la Decisión impugnada	15
II. Sobre el fondo.....	16
A. Sobre las pretensiones que tienen por objeto la anulación de la Decisión impugnada	17
1. Sobre los tres primeros motivos, basados, en esencia, en la infracción del artículo 101 TFUE en la medida en que la cláusula no constituye una restricción de la competencia por el objeto	17
a) Observaciones preliminares	17
b) Sobre la apreciación de la cláusula como posible restricción accesoria a la operación Vivo.....	18
c) Sobre la autonomía del comportamiento de la demandante.....	19
d) Sobre el contexto de la introducción de la cláusula en el acuerdo relativo a la operación Vivo y el comportamiento de las partes	20
Sobre la supuesta presión ejercida por el Gobierno portugués	21
– Sobre los principios relativos a la carga de la prueba	21
– Decisión impugnada.....	22
– Sobre los elementos invocados por la demandante	23
– Sobre la supuesto incumplimiento de las obligaciones de investigación y la vulneración del principio de buena administración.....	28

Sobre las supuesta actuación de Telefónica para minimizar el contenido contrario a la competencia de la cláusula	29
e) Sobre el supuesto contenido sustantivo y los supuestos fines prácticos de la salvaguarda «en la medida permitida por la ley»	30
Sobre la supuesta función de reducción de costes de transacción	31
Sobre la supuesta función de palanca estratégica para lograr el consenso	34
Sobre la supuesta función de seguridad en el mantenimiento de la operación	34
Sobre la interpretación del tenor de la cláusula	35
2. Sobre el cuarto motivo, basado en la infracción del artículo 101 TFUE, en una insuficiente motivación y en la incorrecta valoración de la aptitud de la práctica para restringir la competencia	35
3. Sobre el quinto motivo, basado en la infracción del artículo 101 TFUE en la medida en que la cláusula no es una restricción por el efecto y en la violación de las reglas sobre la carga de la prueba y del principio in dubio pro reo	40
B. Sobre las pretensiones relativas al importe de la multa	40
1. Observaciones preliminares	40
a) Sobre los principios relativos al cálculo de las multas	40
b) Decisión impugnada	44
2. Sobre el sexto motivo, basado en un error manifiesto en el cálculo del valor inicial de las ventas de Telefónica para establecer el importe básico de la multa y en la violación de los principios de proporcionalidad y motivación	45
a) Sobre la primera parte del motivo, basada en que el volumen de ventas tenido en cuenta con respecto a Telefónica debería ser el mismo que el tomado en consideración con respecto a PT	46
b) Sobre la segunda parte del motivo, basada en que debería excluirse el valor de determinadas ventas del cálculo de la multa	48
Sobre la motivación	48
Sobre el fondo	50
– Sobre las ventas correspondientes a actividades realizadas fuera de la península ibérica	50
– Sobre las ventas correspondientes a actividades preexistentes	50
– Sobre las ventas correspondientes a actividades que no pueden estar sujetas a competencia	51
3. Sobre el séptimo motivo, basado en la infracción del artículo 101 TFUE debido a un error manifiesto en el cálculo del importe de base de la multa en función de la gravedad y en la violación del principio de proporcionalidad	56

4. Sobre el octavo motivo basado en la infracción del artículo 101 TFUE como consecuencia de la violación del principio de proporcionalidad y de un error manifiesto en la no admisión de otras circunstancias atenuantes	58
C. Sobre la petición de examen de testigos	60
Costas	64