



# Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DE LA ABOGADA GENERAL  
SRA. JULIANE KOKOTT  
presentadas el 20 de octubre de 2022<sup>1</sup>

**Asunto C-376/20 P**

**Comisión Europea  
contra**

**CK Telecoms UK Investments Ltd**

«Recurso de casación — Competencia — Concentraciones — Actividades de telecomunicaciones inalámbricas — Mercado minorista de los servicios de telecomunicaciones móviles — Mercado mayorista de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil — Adquisición de Telefónica Europe por Hutchison — Decisión por la que se declara la incompatibilidad de la concentración con el mercado interior y con el funcionamiento del Acuerdo EEE — Mercado oligopolístico — Obstáculo significativo para la competencia efectiva — Efectos no coordinados — Carga de la prueba — Exigencia de prueba — Margen de apreciación de la Comisión en materia económica — Alcance del control jurisdiccional — Directrices sobre la apreciación de las concentraciones horizontales — Concepto de “fuerza competitiva importante” — Concepto de “competidores inmediatos” — Análisis cuantitativo de la presión al alza de los precios previsible — Aumento de eficacia — Acuerdos de uso compartido de redes — Desnaturalización — Obligación de motivación»

## Índice

I.	Introducción .....	3
II.	Antecedentes del litigio .....	4
	A. Hechos .....	4
	B. Decisión controvertida .....	6
	C. Sentencia recurrida .....	7
III.	Procedimiento ante el Tribunal de Justicia y pretensiones de las partes .....	8

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

IV. Apreciación .....	9
A. Observaciones preliminares .....	9
B. Sobre el primer motivo de casación, basado en un error de Derecho en la medida en que el Tribunal General aplicó una exigencia de prueba más estricta que la reconocida por la jurisprudencia .....	10
C. Sobre el segundo motivo de casación, basado en una interpretación errónea del artículo 2, apartado 3, del Reglamento n.º 139/2004 .....	16
1. Sobre la primera parte del segundo motivo de casación, basada en un error de Derecho en la medida en que el Tribunal General equiparó los requisitos necesarios para demostrar que la concentración en cuestión podría producir efectos no coordinados a aquellos que deben cumplirse para acreditar la existencia de una posición dominante ..	16
2. Sobre la segunda parte del segundo motivo de casación, basada en una interpretación restrictiva del artículo 2, apartado 3, del Reglamento n.º 139/2004 .....	16
D. Sobre el tercer motivo de casación, basado, por un lado, en un error de Derecho en la medida en que el Tribunal General se extralimitó en su control jurisdiccional al interpretar los conceptos de «fuerza competitiva importante» y de «competidores inmediatos», y, por otro, en una desnaturalización tanto de la Decisión controvertida como del escrito de contestación en primera instancia .....	19
1. Sobre la primera parte del tercer motivo de casación, basada en un error de Derecho en la medida en que el Tribunal General se extralimitó en su control jurisdiccional al interpretar los conceptos de «fuerza competitiva importante» y de «competidores inmediatos» .....	19
2. Sobre la segunda parte del tercer motivo de casación, basada en una interpretación errónea del concepto de «fuerza competitiva importante» y en una desnaturalización tanto de la Decisión controvertida como del escrito de contestación en primera instancia .....	21
a) Sobre la primera imputación .....	21
b) Sobre la segunda imputación .....	23
3. Sobre la tercera parte del tercer motivo de casación, basada en una interpretación errónea del concepto de «competidores inmediatos» y en una desnaturalización de la Decisión controvertida .....	25
a) Sobre la primera imputación .....	25
b) Sobre la segunda imputación .....	28
4. Sobre la cuarta parte del tercer motivo de casación, basada en el incumplimiento de la obligación de motivación relativa a la posible incompatibilidad de las Directrices con el Reglamento n.º 139/2004 .....	29
E. Sobre el cuarto motivo de casación, basado en la desnaturalización de la argumentación desarrollada por la Comisión respecto a su análisis cuantitativo y en errores de Derecho ..	29

1. Sobre la operatividad del cuarto motivo de casación . . . . .	29
2. Sobre la primera parte del cuarto motivo de casación, basada en una desnaturalización de la argumentación desarrollada por la Comisión en relación con el incremento de precios que podría resultar de la concentración en cuestión y en un error de Derecho del Tribunal General en su apreciación del análisis cuantitativo . . . . .	31
3. Sobre la segunda parte del cuarto motivo de casación, basada en un error de Derecho en la medida en que el Tribunal General exigió a la Comisión que incluyera en su análisis UPP el aumento de eficiencia «estándar» . . . . .	32
F. Sobre el quinto motivo de casación, basado en un error de Derecho en la medida en que el Tribunal General no apreció el conjunto de factores y pruebas pertinentes . . . . .	34
G. Sobre el sexto motivo de casación, basado en la desnaturalización de la Decisión controvertida y en el incumplimiento de la obligación de motivación . . . . .	38
1. Sobre la operatividad del sexto motivo de casación . . . . .	38
2. Sobre la primera parte del sexto motivo de casación, basada en la desnaturalización de la Decisión controvertida . . . . .	39
3. Sobre la segunda parte del sexto motivo de casación, basada en el incumplimiento de la obligación de motivación . . . . .	42
V. Devolución del asunto al Tribunal General . . . . .	43
VI. Conclusión . . . . .	44

## I. Introducción

1. El presente asunto brinda al Tribunal de Justicia, tras su pronunciamiento en los asuntos Comisión/Tetra Laval<sup>2</sup> y Bertelsmann y Sony Corporation of America/Impala,<sup>3</sup> una nueva oportunidad de aclarar cuestiones de principio relativas, por una parte, a las exigencias que regulan la práctica de la prueba, la carga de la prueba y el grado de prueba que debe cumplir la Comisión al controlar las operaciones de concentración y, por otra parte, al alcance del control que deben ejercer los órganos jurisdiccionales de la Unión a este respecto.

2. Más concretamente, en dichos asuntos, el Tribunal de Justicia hubo de pronunciarse sobre estas exigencias en el contexto de concentraciones que dan lugar a la creación o al refuerzo de una posición dominante de la entidad fusionada de tipo «conglomerado» y de tipo «colectivo», respectivamente. En cambio, el caso que nos ocupa es el primero que versa sobre una fusión en un mercado oligopolístico que, según la Comisión, genera un obstáculo significativo para la competencia efectiva en el sentido del artículo 2, apartado 3, del Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas («Reglamento comunitario de concentraciones»),<sup>4</sup> debido a los denominados efectos horizontales «no coordinados» o «unilaterales», esto es, en ausencia de una posición dominante de la entidad fusionada. De ello se desprende que el presente asunto también brinda por primera vez al Tribunal

<sup>2</sup> Sentencia de 15 de febrero de 2005, Comisión/Tetra Laval (C-12/03 P, EU:C:2005:87).

<sup>3</sup> Sentencia de 10 de julio de 2008, Bertelsmann y Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392).

<sup>4</sup> DO 2004, L 24, p. 1.

de Justicia la oportunidad de aclarar el alcance del concepto de «obstáculo significativo para la competencia efectiva» en la medida en que este se basa en tales efectos no coordinados o unilaterales. En efecto, dicho concepto constituyó el núcleo de la reforma emprendida con la adopción del Reglamento n.º 139/2004, como demuestran, entre otros, los considerandos 25 y 26 de este Reglamento y los puntos 24 y siguientes de las Directrices de la Comisión para la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (en lo sucesivo, «Directrices»).<sup>5</sup>

3. En el caso que nos ocupa, mediante su recurso de casación, la Comisión solicita la anulación de la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 28 de mayo de 2020, CK Telecoms UK Investments/Comisión (en lo sucesivo, «sentencia recurrida»),<sup>6</sup> mediante la cual el Tribunal General anuló la Decisión C(2016) 2796 final de la Comisión, de 11 de mayo de 2016, por la que se declara incompatible con el mercado interior la operación de concentración relativa a la adquisición de Telefónica Europe plc por Hutchison 3G UK Investments Ltd (en lo sucesivo, «Decisión controvertida»).<sup>7</sup> A juicio del Tribunal General, la Comisión incumplió, esencialmente, las exigencias de prueba aplicables al control de las concentraciones que dan lugar a efectos no coordinados en un mercado oligopolístico. En su recurso de casación, la Comisión cuestiona, en esencia, tanto estas exigencias como el alcance del control ejercido al respecto por el Tribunal General por ser incompatibles con los criterios pertinentes que derivan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular, de la sentencia de 10 de julio de 2008, Bertelsmann y Sony Corporation of America/Impala.<sup>8</sup>

## II. Antecedentes del litigio

### A. Hechos

4. El Tribunal General expuso los antecedentes del litigio en los apartados 1 a 25 de la sentencia recurrida que, a efectos del presente procedimiento de recurso, pueden resumirse del siguiente modo.

5. El 11 de septiembre de 2015, la Comisión recibió la notificación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 del Reglamento n.º 139/2004, de un proyecto de concentración mediante el cual CK Hutchison Holdings Ltd, a través de su filial indirecta Hutchison 3G UK Investments Ltd, que pasó a ser la demandante en primera instancia, CK Telecoms UK Investments Ltd (en lo sucesivo, «CK Telecoms»), pretendía adquirir el control exclusivo —en el sentido del artículo 3, apartado 1, letra b), de dicho Reglamento—, de Telefónica Europe (en lo sucesivo, «O2»).

6. En el momento de los hechos que dieron lugar al presente litigio, en el mercado minorista de los servicios de telecomunicaciones móviles del Reino Unido (en lo sucesivo, «mercado minorista») había cuatro operadores de redes móviles: EE Ltd, que es una filial de BT Group plc, adquirida por esta última en 2016 (designadas conjuntamente, en lo sucesivo, como «BT/EE»), O2, Vodafone y Hutchison 3G UK Ltd (en lo sucesivo, «Three»), filial indirecta de CK Hutchison Holdings, cuyas cuotas de mercado en términos de abonados oscilaban, respectivamente, [entre el

<sup>5</sup> DO 2004, C 31, p. 5.

<sup>6</sup> T-399/16, EU:T:2020:217.

<sup>7</sup> Asunto COMP/M.7612 — Hutchison 3G UK/Telefónica UK.

<sup>8</sup> C-413/06 P, EU:C:2008:392, apartados 46 y ss.

30 % y el 40 %], [entre el 20 % y el 30 %], [entre el 10 % y el 20 %] y [entre el 10 % y el 20 %], aproximadamente. La operación de concentración objeto del presente litigio (en lo sucesivo, «concentración en cuestión») habría permitido a la entidad fusionada, en la que confluían Three y O2 (designadas conjuntamente, en lo sucesivo, como «partes de la concentración»), representar una cuota de [entre el 30 % y el 40 %] del mercado minorista aproximadamente y convertirse de este modo en el principal actor de ese mercado, por delante del antiguo operador histórico BT/EE y de Vodafone.

7. Además de estos operadores de redes móviles, el mercado minorista contaba igualmente con varios operadores de redes móviles virtuales, como Tesco Mobile, Virgin Mobile y TalkTalk, que no eran propietarios de las redes que utilizaban para proporcionar servicios móviles a los consumidores en el Reino Unido, y que, por lo tanto, habían celebrado acuerdos con alguno de los operadores de redes móviles para tener acceso a su red mediante el pago de precios de mayorista. Tesco Mobile estaba participada a partes iguales por Tesco y O2. En el mercado minorista también operaban revendedores (designados en lo sucesivo, conjuntamente con los operadores de redes móviles virtuales, como «no ORM») y minoristas independientes, como Dixons.

8. Este mercado se caracterizaba, entre otras cosas, por el hecho de que BT/EE y Three, por una parte, y Vodafone y O2, por otra, habían consolidado sus redes mediante acuerdos de uso compartido de redes. Ello permitía a BT/EE y Three (acuerdo MBNL; en lo sucesivo, «MBNL») y a Vodafone y O2 (acuerdo Beacon; en lo sucesivo, «Beacon»), respectivamente, compartir los costes del despliegue de sus redes, sin por ello dejar de competir en el nivel minorista.

9. El 2 de octubre de 2015, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte solicitó, por medio de la Competition and Markets Authority (CMA) (Autoridad de Defensa de la Competencia y de los Mercados, Reino Unido), que le fuera remitida la propuesta de concentración en cuestión, en virtud del artículo 9, apartado 2, letra a), del Reglamento n.º 139/2004. En dicha solicitud, el Reino Unido expuso que la concentración amenazaba con obstaculizar de forma significativa la competencia en el mercado minorista y en el mercado mayorista de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil del Reino Unido (en lo sucesivo, «mercado mayorista»). Además, el Reino Unido sostuvo que se encontraba en la mejor posición para tratar la concentración en cuestión.

10. El 4 de diciembre de 2015, la Comisión adoptó la Decisión C(2015) 8534 final, relativa al artículo 9 del Reglamento n.º 139/2004 en el asunto M.7612 Hutchison 3G UK/Telefónica UK, por la que desestimó esta solicitud de remisión. En esta Decisión, la Comisión invocó en particular la necesidad de dar muestra de coherencia y uniformidad en la evaluación de las concentraciones en el sector de las telecomunicaciones en diferentes Estados miembros y la considerable experiencia que había adquirido en la evaluación de las concentraciones en los mercados europeos de las telecomunicaciones móviles.

11. Al final de la primera fase de la investigación, la Comisión concluyó que la operación suscitaba serias dudas en cuanto a su compatibilidad con el mercado interior y, el 30 de octubre de 2015, resolvió incoar el procedimiento previsto en el artículo 6, apartado 1, letra c), del Reglamento n.º 139/2004.

12. Basándose en la segunda fase de la investigación, que completaba las conclusiones de la primera fase, la Comisión emitió un pliego de cargos el 4 de febrero de 2016. CK Telecoms presentó sus observaciones escritas sobre el pliego de cargos el 26 de febrero de 2016.

13. Para resolver los problemas de competencia expuestos en el pliego de cargos, dicha sociedad presentó una primera serie de compromisos el 2 de marzo de 2016.

14. A petición de la citada sociedad, tuvo lugar una audiencia el 7 de marzo de 2016.

15. El 15 de marzo de 2016, esa misma sociedad presentó compromisos modificados (en lo sucesivo, «segunda serie de compromisos»). El 18 de marzo de 2016, la Comisión consultó a los actores del mercado acerca de esta segunda serie de compromisos. Esta consulta fue realizada, en primer término, entre proveedores, actuales y potenciales, de servicios de telecomunicaciones móviles en el Reino Unido, prestadores de servicios de infraestructuras en el sector de las telecomunicaciones móviles, así como entre las asociaciones MVNO Europe e iMVNOx, y, en segundo término, entre autoridades nacionales de regulación de las telecomunicaciones, entre las que figuraba la autoridad de regulación de las telecomunicaciones del Reino Unido (Ofcom). Asimismo, las autoridades nacionales de defensa de la competencia del Reino Unido, de Alemania y de los Países Bajos expusieron su opinión sobre la segunda serie de compromisos.

16. Los días 17 y 23 de marzo de 2016, la Comisión remitió a CK Telecoms varios escritos en los que daba cuenta de nuevos elementos de prueba que figuraban en su expediente y que corroboraban las conclusiones preliminares del pliego de cargos. Los días 29 de marzo y 4 de abril de 2016, respectivamente, CK Telecoms presentó observaciones escritas en respuesta a las exposiciones de los hechos de los días 17 y 23 de marzo de 2016.

17. El 6 de abril de 2016, tras una consulta a los actores del mercado, dicha sociedad remitió una nueva serie de compromisos modificados.

18. El Comité Consultivo en materia de concentraciones examinó el proyecto de Decisión de la Comisión el 27 de abril de 2016 y emitió un dictamen favorable.

19. El 11 de mayo de 2016, la Comisión adoptó la Decisión controvertida.

### ***B. Decisión controvertida***

20. En la Decisión controvertida, la Comisión definió dos mercados pertinentes, a saber, el mercado minorista y el mercado mayorista.

21. La Comisión desarrolló tres teorías del perjuicio, todas ellas basadas en la existencia de efectos «no coordinados» en un mercado oligopolístico.

22. Las dos primeras teorías del perjuicio guardan relación con el mercado minorista y la tercera con el mercado mayorista.

23. Más concretamente, la primera teoría del perjuicio se basa en la existencia de efectos no coordinados en el mercado minorista asociados a la desaparición de importantes presiones competitivas. Fundamentalmente, según la Comisión, la fuerte disminución de la competencia que habría resultado de la concentración en cuestión conllevaría probablemente un incremento de los precios de los servicios de telefonía móvil en el Reino Unido y una reducción de las posibilidades de elección de los consumidores.

24. Según la segunda teoría del perjuicio, relativa a la existencia de efectos no coordinados en el mercado minorista asociados al uso compartido de redes, la transacción también habría podido influir negativamente en la calidad de los servicios utilizados por los consumidores en el Reino Unido al obstaculizar el desarrollo de la infraestructura de la red móvil en el Reino Unido.

25. La tercera teoría del perjuicio guarda relación con la existencia de efectos no coordinados asociados a la desaparición de importantes presiones competitivas en el mercado mayorista. En este mercado, los cuatro operadores de redes móviles prestan servicios de alojamiento a los no ORM, que a su vez ofrecen servicios minoristas a los abonados. En particular, la concentración en cuestión entraña el riesgo, según la Comisión, de que se produzcan efectos no coordinados significativos en el mercado mayorista como consecuencia de una reducción del número de operadores de redes móviles, quienes pasarían de ser cuatro a ser tres, de la eliminación de Three en cuanto fuerza competitiva importante, de la eliminación de la considerable presión competitiva que las partes ejercían anteriormente entre sí, y de una reducción de la presión de la competencia sobre los restantes actores.

26. Por lo que respecta al aumento de eficiencia invocado por CK Telecoms, la Comisión estimó que tal aumento no era ni verificable ni específico de la concentración, ni tenía la capacidad de representar un beneficio para los consumidores.

27. En la última sección de la Decisión controvertida, la Comisión examinó las medidas correctoras propuestas por CK Telecoms en forma de compromisos. La Comisión consideró que la segunda serie de compromisos no eliminaba los problemas de competencia identificados y que la tercera serie de compromisos, propuesta el 6 de abril de 2016, no eliminaba completamente los problemas de competencia señalados, además de no ser ni exhaustiva ni eficaz en todos los aspectos.

28. En consecuencia, la Comisión declaró la concentración en cuestión incompatible con el mercado interior.

### *C. Sentencia recurrida*

29. Mediante demanda presentada en la Secretaría del Tribunal General el 25 de julio de 2016, CK Telecoms interpuso un recurso de anulación de la Decisión controvertida.

30. En apoyo del citado recurso, CK Telecoms invocó cinco motivos que cuestionaban sucesivamente las tres teorías del perjuicio desarrolladas en la Decisión controvertida, así como las conclusiones de la Comisión sobre los compromisos propuestos para disipar las dudas de dicha institución.

31. Los motivos primero y cuarto en primera instancia se referían, respectivamente, a las teorías del perjuicio primera y tercera desarrolladas en la Decisión controvertida, relativas a la eliminación de la competencia entre Three y O2 en el mercado minorista (primer motivo) y en el mercado mayorista (cuarto motivo). El segundo motivo tenía por objeto la evaluación del escenario hipotético llevada a cabo por la Comisión sobre el que se basó la evaluación de los mercados minorista y mayorista. El tercer motivo se refería a la segunda teoría del perjuicio en relación con el mercado minorista, relativa al uso compartido de redes, y con los compromisos en materia de uso compartido de redes. El quinto motivo guardaba relación con los demás compromisos propuestos por CK Telecoms.

32. Mediante la sentencia recurrida, el Tribunal General anuló la Decisión controvertida en su totalidad esencialmente porque la Comisión no había cumplido las exigencias de prueba relativas a la demostración de la existencia de efectos coordinados susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el sentido del artículo 2, apartado 3, del Reglamento n.º 139/2004. A tal efecto, el Tribunal General estimó determinadas imputaciones de la segunda parte del primer motivo, relativas a la calificación de Three como «fuerza competitiva importante», así como las partes tercera y quinta de dicho motivo, referentes, respectivamente, a la evaluación de la proximidad de la competencia y a los efectos cuantitativos de la concentración sobre los precios. Asimismo, acogió las partes primera, tercera, cuarta, quinta y sexta del tercer motivo, relativas a la necesidad y al alcance de la convergencia entre las partes de los acuerdos de uso compartido de redes; a la capacidad de Three de obstaculizar o retrasar los despliegues unilaterales de BT/EE; a la eventual incidencia negativa de la concentración sobre los competidores y no sobre la competencia, al menoscabo de la posición competitiva de otros operadores de redes móviles, y a la incidencia de una transparencia reforzada en la inversión global en las redes. Por último, el Tribunal General estimó las tres primeras partes del cuarto motivo, relativo a los efectos no coordinados en el mercado mayorista.

### III. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia y pretensiones de las partes

33. Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 7 de agosto de 2020, la Comisión interpuso el presente recurso de casación.

34. Mediante otro escrito presentado ese mismo día, la Comisión pidió al Tribunal de Justicia — únicamente respecto de la parte EE, una de las dos partes intervinientes en primera instancia— la concesión del tratamiento confidencial de determinados pasajes del referido recurso de casación que contenían información amparada por el secreto comercial y que correspondían a información respecto de la cual el Tribunal General había concedido el tratamiento confidencial en primera instancia. Mediante auto de 1 de octubre de 2020, Comisión/CK Telecoms UK Investments,<sup>9</sup> el Presidente del Tribunal de Justicia estimó dicha petición.

35. Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 20 de noviembre de 2020, CK Telecoms solicitó al Tribunal de Justicia que dispensara, únicamente respecto de EE, el tratamiento confidencial de determinada información contenida en su escrito de contestación alegando que estaba amparada por el secreto comercial y que, como tal, no debía ser comunicada a EE, al ser esta empresa una competidora de CK Telecoms, y que se trataba de información respecto de la cual el Tribunal General había concedido el tratamiento confidencial en primera instancia respecto de EE. Mediante su auto de 26 de enero de 2021, Comisión/CK Telecoms UK Investments,<sup>10</sup> el Presidente del Tribunal de Justicia concedió, respecto de EE, el tratamiento confidencial de dicho escrito de contestación.

36. Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 24 de marzo de 2021, el Órgano de Vigilancia de la AELC solicitó autorización para intervenir en el presente asunto en apoyo de las pretensiones de la Comisión. Mediante su auto de 4 de junio de 2021, Comisión/CK Telecoms UK Investments,<sup>11</sup> el Presidente del Tribunal de Justicia admitió que el Órgano de Vigilancia de la AELC presentara sus observaciones en la vista oral.

<sup>9</sup> C-376/20 P, no publicado, EU:C:2020:789.

<sup>10</sup> C-376/20 P, no publicado, EU:C:2021:81.

<sup>11</sup> C-376/20 P, no publicado, EU:C:2021:488.

37. La Comisión, apoyada por el Órgano de Vigilancia de la AELC, solicita al Tribunal de Justicia que:

- Anule la sentencia recurrida;
- Devuelva el asunto al Tribunal General;
- Condene a CK Telecoms a cargar con las costas correspondientes al presente recurso en casación, y
- Reserve la decisión sobre las costas del procedimiento en primera instancia.

38. CK Telecoms solicita al Tribunal de Justicia que:

- Desestime el recurso de casación, y
- Condene a la Comisión y a las partes coadyuvantes a cargar con las costas de los procedimientos sustanciados tanto ante el Tribunal General como ante el Tribunal de Justicia.

39. El 5 de mayo de 2022, el Tribunal de Justicia instó a las partes y al Órgano de Vigilancia de la AELC a responder a las preguntas escritas parcialmente por escrito, lo que hicieron dentro del plazo señalado, y parcialmente en la vista.

40. Las observaciones de las partes y del Órgano de Vigilancia de la AELC y las respuestas de estos a las preguntas formuladas por el Tribunal de Justicia fueron oídas en la vista celebrada el 14 de junio de 2022.

#### **IV. Apreciación**

##### ***A. Observaciones preliminares***

41. El presente asunto es el primero que brinda al Tribunal de Justicia la oportunidad de pronunciarse sobre el concepto de «obstáculo significativo para la competencia efectiva», en la medida en que se basa en efectos no coordinados, y de aportar precisiones tanto sobre las exigencias de prueba que recaen en la Comisión a efectos de la aplicación de dicho concepto como sobre el alcance del control de la legalidad que el juez de la Unión debe ejercer a este respecto.

42. En efecto, en el caso de autos, consta que la concentración en cuestión no dio lugar a la creación o al refuerzo de una posición dominante en los mercados pertinentes, todos ellos dotados de una estructura oligopolística. No obstante, según la Decisión controvertida, puede generar en dichos mercados efectos no coordinados cuya magnitud, en principio, baste para entenderlos comprendidos en el concepto de «obstáculo significativo para la competencia efectiva» en el sentido del artículo 2, apartado 3, del Reglamento n.º 139/2004. Para demostrar la existencia de tal obstáculo generado por los efectos no coordinados, la Comisión se basó en dicha Decisión en tres teorías del perjuicio relativas a los mercados minorista y mayorista pertinentes (véanse los puntos 21 a 25 anteriores).

43. Dado que el Tribunal General rechazó ampliamente este enfoque de la Comisión, esta institución formula seis motivos basados, en esencia, el primero, en un error de Derecho, en la medida en que el Tribunal General aplicó una exigencia de prueba más estricta que la reconocida por el Tribunal de Justicia; el segundo, en una interpretación errónea del concepto de «obstáculo significativo para la competencia efectiva» al que se refiere el artículo 2, apartado 3, del Reglamento n.º 139/2004; el tercero, en un error de Derecho en la medida en que el Tribunal General se extralimitó en su control jurisdiccional al interpretar los conceptos de «fuerza competitiva importante» y de «competidores inmediatos» y aplicó erróneamente una interpretación basada en una desnaturalización tanto de la Decisión controvertida como del escrito de contestación que se le presentó; el cuarto, en una desnaturalización de la argumentación desarrollada por la Comisión respecto a su análisis cuantitativo de la presión al alza de los precios (upward pricing pressure; en lo sucesivo, «análisis cuantitativo» o «análisis UPP») y en errores de Derecho cometidos por el Tribunal General en su apreciación de dicho análisis; el quinto, en un error de Derecho en la medida en que el Tribunal General no apreció el conjunto de factores y elementos de prueba pertinentes, y, el sexto, en una desnaturalización de la Decisión controvertida en la medida en que se refiere al análisis de una posible degradación de la calidad de la red de la entidad fusionada y en un incumplimiento de la obligación de motivación.

44. La Comisión estima que cada uno de estos supuestos errores de Derecho basta por sí solo para determinar la anulación de la sentencia recurrida. Pues bien, habida cuenta tanto de la importancia de las cuestiones suscitadas por el presente asunto como del hecho de que, en opinión de dicha institución, este debe ser devuelto al Tribunal General, la Comisión solicita al Tribunal de Justicia que aclare, en la medida de lo posible, las cuestiones jurídicas planteadas, con el fin de que el Tribunal General pueda disponer de la orientación necesaria para resolver definitivamente el litigio.

45. Los motivos primero a tercero, relativos, respectivamente, a las exigencias de prueba y al alcance del concepto de «obstáculo significativo para la competencia efectiva», constituyen, por tanto, el núcleo del presente recurso de casación. A este respecto, la determinación exacta de las exigencias que rigen la prueba de la existencia de efectos no coordinados, por un lado, y el control que los órganos jurisdiccionales de la Unión deben ejercer sobre la aplicación de este concepto, por otro, interactúan y pueden prejuzgar, al menos parcialmente, las respuestas que deben darse a las distintas ramas de los citados motivos. Tal precisión resulta especialmente importante si se tiene en cuenta que de los debates contradictorios entre las partes, incluida la vista, se desprende que el concepto de «obstáculo significativo para la competencia efectiva», el alcance del control jurisdiccional de su aplicación por la Comisión y las exigencias correspondientes en materia de prueba podrían solaparse en exceso o incluso ser confundidos.<sup>12</sup>

### ***B. Sobre el primer motivo de casación, basado en un error de Derecho en la medida en que el Tribunal General aplicó una exigencia de prueba más estricta que la reconocida por la jurisprudencia***

46. Mediante su primer motivo de casación, la Comisión alega que el Tribunal General, al considerar en el apartado 118 de la sentencia recurrida que la referida institución estaba obligada a aportar pruebas suficientes para demostrar con una «probabilidad seria» la existencia de un obstáculo significativo para la competencia efectiva, incurrió en error de Derecho puesto que

<sup>12</sup> Sobre la necesidad de distinguir claramente entre estos distintos conceptos, véanse Kalintiri, A.: *Evidence Standards in EU Competition Enforcement — The EU Approach*, Hart Publishing, Oxford, 2019, p. 78 y ss.; Nehl, H. P.: «Judicial review of complex socio-economic, technical, and scientific assessments in the European Union», en Mendes, J. (ed.), *EU Executive Discretion and the Limits of Law*, Oxford University Press, 2019, pp. 180 et 181.

aplicó una exigencia probatoria más estricta que la reconocida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de control de concentraciones. Además, mediante su segundo motivo de casación, la Comisión alega que el Tribunal General incurrió en error de Derecho, por un lado, al equiparar los requisitos que deben cumplirse para considerar que la concentración en cuestión puede producir efectos no coordinados a los que deben cumplirse para demostrar la existencia de una posición dominante (primera parte) y, por otro lado, al realizar una interpretación demasiado restrictiva del artículo 2, apartado 3, del Reglamento n.º 139/2004 (segunda parte).

47. Con carácter preliminar, debe desestimarse la alegación de CK Telecoms de que el recurso de casación y, en particular, su primer motivo son inoperantes, por cuanto la Comisión no impugnó las consideraciones del Tribunal General por las que este le reprochó haber malinterpretado el concepto de «obstáculo significativo para la competencia efectiva», en concreto el carácter «significativo» de dicho obstáculo supuestamente derivado de los efectos no coordinados denunciados, entre otras cosas en lo que respecta a la apreciación de los conceptos de «fuerza competitiva importante» y «competidores inmediatos». Como aduce acertadamente la Comisión, se desprende, en particular, de los apartados 119, 172, 216, 281 y 396 de la sentencia recurrida, que el nivel probatorio establecido en el apartado 118 de dicha sentencia constituye la base directa de la ulterior apreciación por el Tribunal General de los hechos y de las pruebas pertinentes según la cual la Comisión no demostró de modo suficiente en Derecho la existencia de un obstáculo significativo para la competencia efectiva, y ello también en el contexto del razonamiento en la referida sentencia relativo a los conceptos de «fuerza competitiva significativa» y de «competidores inmediatos», que son objeto del tercer motivo.

48. En primer lugar, es importante recordar, como hace también el Tribunal General en los apartados 81 y siguientes de la sentencia recurrida, que el concepto de «obstáculo significativo para una competencia efectiva», en el sentido del artículo 2, apartados 2 y 3, del Reglamento n.º 139/2004, fue objeto de una reforma fundamental con ocasión de la adopción de dicho Reglamento, como lo demuestran sus considerandos 25 y 26. En efecto, en virtud de las disposiciones anteriores a la reforma, esto es, las recogidas en el artículo 2, apartados 2 y 3, del Reglamento (CEE) n.º 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas,<sup>13</sup> este concepto estaba aún estrechamente vinculado a la creación o al refuerzo de una posición dominante.<sup>14</sup> En otras palabras, como se desprende de los citados considerandos del Reglamento n.º 139/2004, el criterio de la «posición dominante» que tenía por efecto la creación de un «obstáculo significativo para una competencia efectiva» fue sustituido por un criterio más amplio de obstáculo significativo para una competencia efectiva, que incluye no solo el concepto de posición dominante, sino también el de los efectos no coordinados en mercados oligopolísticos.

49. No obstante, de ningún texto legislativo ni de la jurisprudencia se desprende que este nuevo concepto más amplio de «obstáculo significativo para una competencia efectiva» sea más fácil o más difícil de aplicar para la Comisión o que la demostración de un menor grado de nocividad para la competencia sea suficiente para autorizar a dicha institución a prohibir una operación de concentración, con arreglo al artículo 2, apartado 3, del Reglamento n.º 139/2004. Por el contrario, tanto antes como después de la reforma de 2004 la Comisión estaba y sigue estando obligada a probar la existencia de un «obstáculo *significativo* para la competencia *efectiva*», con independencia de si ese obstáculo es producto o no de una posición dominante.

<sup>13</sup> DO 1989, L 395, p. 1, y corrección de errores en DO 1990, L 257, p. 13.

<sup>14</sup> «Se declararán incompatibles con el mercado común las operaciones de concentración *que supongan un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al crear o reforzar una posición dominante* en el mercado común o en una parte substancial del mismo» (el subrayado es mío).

50. En segundo lugar, se deduce que el alcance del control jurisdiccional respecto a la aplicación del concepto de «obstáculo significativo para la competencia efectiva», que es un *concepto jurídico*, debe ser el mismo, cualquiera que sea el tipo de concentración de que se trate que pueda dar lugar a tal obstáculo.

51. A este respecto, la jurisprudencia ha precisado los criterios que rigen el control jurisdiccional de apreciaciones económicas complejas, particularmente las prospectivas, realizadas por la Comisión en el contexto del control de las concentraciones. En efecto, dicha institución dispone de un margen de apreciación en materia económica a los fines de la aplicación de las reglas básicas del Reglamento n.º 139/2004, en particular de su artículo 2. De ello resulta que el control por parte del juez de la Unión de una decisión de la Comisión en materia de concentraciones se limita a la verificación de la exactitud material de los hechos y a la inexistencia de error manifiesto de apreciación. Así pues, no corresponde a dicho juez de la Unión sustituir la apreciación económica de la Comisión por la suya propia a los efectos de la aplicación de las normas materiales del Reglamento, aun cuando ello no implique que aquel deba abstenerse de controlar la calificación jurídica de los datos de carácter económico realizada por la Comisión.<sup>15</sup>

52. Los principios enunciados en el punto anterior se entienden sin perjuicio de las precisiones que ha aportado el Tribunal de Justicia en materia de carga de la prueba, práctica de la prueba y grado de prueba<sup>16</sup> cuando la Comisión ejerce su facultad de apreciación,<sup>17</sup> que abordaré a continuación. Por lo demás, en la sentencia recurrida, el Tribunal General no se basó expresamente en tales principios y se limitó a pronunciarse, en primer lugar, por una parte, sobre el «alcance de la modificación introducida por el Reglamento n.º 139/2004»,<sup>18</sup> y, por otra parte, sobre la «carga de la prueba y el grado de prueba en materia de concentraciones».<sup>19</sup> Sin embargo, también es cierto que, en dicha sentencia, el Tribunal General se apartó en varias ocasiones del concepto de «error manifiesto de apreciación» y concluyó que se trataba de meros «errores de apreciación».<sup>20</sup> Aun cuando la Comisión se haya abstenido de impugnar directamente este enfoque en su recurso de casación, de manera que no puede ser examinado con mayor exhaustividad en el presente asunto, constituye en sí mismo un indicio de que el Tribunal General llevó a cabo un control jurisdiccional más amplio que el descrito en el punto 51 anterior.

53. En tercer lugar, es preciso examinar más detenidamente los criterios que rigen la carga y la práctica de la prueba, así como el grado de prueba que debe exigir el juez de la Unión a la Comisión cuando esta prohíbe una operación de concentración debido a que supone un obstáculo significativo para la competencia efectiva al generar efectos no coordinados en un mercado oligopolístico.

<sup>15</sup> Sentencias de 31 de marzo de 1998, Francia y otros/Comisión (C-68/94 y C-30/95, EU:C:1998:148), apartados 223 y 224; de 15 de febrero de 2005, Comisión/Tetra Laval (C-12/03 P, EU:C:2005:87), apartado 38, y de 10 de julio de 2008, Bertelsmann y Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392), apartados 144 y 145.

<sup>16</sup> Como ya recordé en mis conclusiones presentadas en el asunto T-Mobile Netherlands y otros (C-8/08, EU:C:2009:110), punto 80, nota 60, del *grado de prueba* se desprenden las condiciones en las que ha de considerarse probado un hecho. Este ha de distinguirse de la *carga de la prueba*, no discutida en el presente asunto. Por la *carga de la prueba* se determina, por un lado, quién ha de alegar los hechos y, en su caso, presentar las correspondientes pruebas (*carga de la prueba subjetiva o formal*). Por otro lado, resulta del reparto de la carga de la prueba quién ha de cargar con el riesgo de que no pueda aclararse un hecho o no pueda demostrarse una alegación (*carga de la prueba objetiva o material*). Véase información adicional en Kokott, J.: *Beweislastverteilung und Prognoseentscheidungen bei der Inanspruchnahme von Grund- und Menschenrechten*, Berlín/Heidelberg, 1993, p. 12 y ss.

<sup>17</sup> Sentencia de 15 de febrero de 2005, Comisión/Tetra Laval (C-12/03 P, EU:C:2005:87), apartado 39.

<sup>18</sup> Apartados 77 a 105 de la sentencia recurrida.

<sup>19</sup> Apartados 106 a 119 de la sentencia recurrida.

<sup>20</sup> Apartados 174, 189, 190, 197, 198, 216 y 225 de la sentencia recurrida.

54. A este respecto, considero que se imponen dos consideraciones de principio, la primera de las cuales, a mi juicio, no ha sido cuestionada por ninguna de las partes, en particular en la vista.

55. Por una parte, como se desprende de la sentencia de 10 de julio de 2008, Bertelsmann y Sony Corporation of America/Impala,<sup>21</sup> el artículo 2, apartados 2 y 3, del Reglamento n.º 139/2004 no impone unas exigencias de prueba diferentes en materia de decisiones relativas a operaciones de concentración según sean de autorización o de prohibición, siendo dichas exigencias perfectamente simétricas.

56. Por otra parte, si bien en la citada sentencia<sup>22</sup> el Tribunal de Justicia renunció a establecer expresamente el criterio de la «ponderación de probabilidades» como criterio pertinente para determinar el grado de prueba exigido, sí exigió a la Comisión que aportara aquella prueba «cuya probabilidad [fuera] mayor» o que tuviera en cuenta la «plausibilidad» de su análisis prospectivo, que consiste en examinar de qué modo la operación de concentración de que se trate, a la luz de las diversas relaciones de causa a efecto posibles, podría suponer un obstáculo significativo para una competencia efectiva.<sup>23</sup> Pues bien, como alegan acertadamente tanto la Comisión como el Órgano de Vigilancia de la AELC, la exigencia de que se demuestre que se trata del pronóstico que goza de la mayor probabilidad o de que se acredite la plausibilidad del análisis económico prospectivo de la Comisión se corresponde, en mi opinión, con el criterio de la «ponderación de probabilidades», descrito en mis conclusiones presentadas en el citado asunto y según el cual no es necesario que la evolución del mercado que pronostica la Comisión tenga que producirse «muy probablemente» o «con especial probabilidad», ni siquiera que se demuestre «más allá de toda duda razonable» (*beyond reasonable doubt*) conforme al nivel de exigencia especialmente elevado que se aplica en materia penal o cuasi-penal.<sup>24</sup> Además, contrariamente a la impresión que transmite el apartado 118 *in fine* de la sentencia recurrida, el Tribunal de Justicia no estableció, como tampoco hizo el Abogado General Tizzano, en particular en el caso de concentraciones del tipo «conglomerado», un grado de prueba equivalente a la necesidad de demostrar el carácter «muy probable» de la creación o el refuerzo de una posición dominante y, por ende, también necesariamente de la existencia de un obstáculo significativo para la competencia efectiva.<sup>25</sup> En cualquier caso, solo el grado de prueba asociado al criterio de la «plausibilidad» o de la «ponderación de probabilidades» me parece compatible con el margen de apreciación de que goza la Comisión al llevar a cabo sus complejos análisis económicos (prospectivos) en materia de concentraciones, que es la razón por la que el alcance del control jurisdiccional se limita esencialmente a la búsqueda de errores manifiestos de apreciación (véase el punto 51 anterior).<sup>26</sup>

<sup>21</sup> C-413/06 P, EU:C:2008:392, apartados 46 a 52; véanse asimismo mis conclusiones presentadas en el asunto Bertelsmann y Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2007:790), puntos 203 a 225.

<sup>22</sup> Véase mi opinión más explícita sobre este extremo en mis conclusiones presentadas en el asunto Bertelsmann y Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2007:790), puntos 207 y 208.

<sup>23</sup> Sentencia de 10 de julio de 2008, Bertelsmann y Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392), apartados 47, 51 y 52; véase asimismo la sentencia de 15 de febrero de 2005, Comisión/Tetra Laval (C-12/03 P, EU:C:2005:87), apartado 43.

<sup>24</sup> Véanse mis conclusiones presentadas en el asunto Bertelsmann y Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2007:790), puntos 210 y 211; véase asimismo, en este sentido, la sentencia de 11 de diciembre de 2013, Cisco Systems y Messagenet/Comisión (T-79/12, EU:T:2013:635), apartado 47.

<sup>25</sup> Conclusiones del Abogado General Tizzano presentadas en el asunto Comisión/Tetra Laval (C-12/03 P, EU:C:2004:318), puntos 74 y 76. El hecho de que, en el presente asunto, el Tribunal General haya refrendado este criterio de prueba más exigente y haya rechazado el criterio de prueba que yo misma propuse en el asunto Bertelsmann y Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2007:790) queda confirmado por el apartado 118 *in fine* de la sentencia recurrida, que contiene una referencia a mis conclusiones presentadas en dicho asunto Bertelsmann y Sony Corporation of America/Impala, puntos 209 a 211, precedida de la locución «*a contrario*».

<sup>26</sup> Véanse mis conclusiones presentadas en el asunto Bertelsmann y Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2007:790), punto 210. Sobre el solapamiento entre el concepto de error manifiesto de apreciación y el de grado de prueba exigido, véase Nehl, H. P. (nota 12 de las presentes conclusiones), pp. 180 y 181.

57. En cambio, el apartado 118 de la sentencia recurrida indica, por una parte, que la Comisión está obligada a aportar pruebas suficientes que demuestren con una «probabilidad seria» la existencia de obstáculos significativos ocasionados por la concentración en cuestión y, por otra parte, que la exigencia probatoria aplicable es, por consiguiente, «más estricta» que la exigencia relativa al supuesto de que un obstáculo significativo para la competencia efectiva sea «más probable que improbable», con base en una «ponderación de las probabilidades». Como alega acertadamente la Comisión, al actuar de este modo, el Tribunal General exigió un grado de prueba más elevado pasando por alto las premisas jurisprudenciales recordadas en los puntos 55 y 56 anteriores y, por lo tanto, incurrió en error de Derecho.

58. Esta conclusión se impone máxime si se tiene en cuenta que el pronóstico para el futuro no puede probarse de forma «objetiva» ni está exento de incertidumbre o duda. Así, en términos generales o abstractos, cualquier análisis prospectivo relativo a la evolución futura de un mercado pertinente y al comportamiento venidero de los operadores que actúan o actuarán en él solo puede basarse en la determinación de una mayor o menor probabilidad, cuya plausibilidad, a efectos del nivel probatorio exigido conforme al criterio de la «ponderación de probabilidades», sea suficiente, en cada caso concreto, para demostrar el fundamento de la tesis de la Comisión.<sup>27</sup>

59. En efecto, solo en un caso específico, en el contexto del ejercicio por el juez de la Unión de su libre apreciación de las pruebas, se plantea la cuestión de saber de qué manera puede tal plausibilidad estar sustentada por elementos probatorios suficientemente pertinentes y convincentes, en los que la importancia de su calidad ha sido puesta de relieve por la jurisprudencia en materia de concentraciones que dan lugar a posiciones dominantes de tipo «conglomerado» o «colectivo», para que resulte convincente para dicho juez.<sup>28</sup> En cambio, como ha precisado la jurisprudencia, en términos generales, ni el tipo de concentración ni la complejidad inherente a la apreciación de la probabilidad de que vayan a producirse los efectos de una concentración tienen, como tales, influencia sobre el grado de prueba exigido, que, por tanto, sigue siendo unitario en todos los supuestos.<sup>29</sup> Por el contrario, habida cuenta de la unicidad del concepto de «obstáculo significativo para una competencia efectiva», independientemente del tipo de concentración considerada (véase el punto 49 anterior), y de la simetría de las exigencias de prueba recordada en el punto 55 de las presentes conclusiones, no existe justificación alguna para que se exija un grado de prueba más elevado en caso de concentraciones que den lugar a efectos no coordinados en mercados oligopolísticos que cuando se trata de concentraciones que den lugar a posiciones dominantes de tipo «conglomerado» o «colectivo».

60. De las consideraciones anteriores resulta que el apartado 118 de la sentencia recurrida adolece de un error de Derecho. Lo mismo cabe decir de la afirmación contenida en el apartado 111 de dicha sentencia según el cual, en esencia, el juez de la Unión debe exigir un grado de prueba más elevado cuando la Comisión, para fundamentar un obstáculo significativo para la competencia efectiva respecto de una operación de concentración, invoca una teoría del perjuicio compleja o incierta o basada en una relación de causa a efecto difícil de demostrar.

<sup>27</sup> Véanse, en este sentido, las sentencias de 15 de febrero de 2005, Comisión/Tetra Laval (C-12/03 P, EU:C:2005:87), apartados 41 y 44, y de 10 de julio de 2008, Bertelsmann y Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392), apartado 51. Véanse asimismo mis conclusiones presentadas en el asunto Bertelsmann y Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2007:790), puntos 204 y ss.).

<sup>28</sup> Sentencias de 15 de febrero de 2005, Comisión contra Tetra Laval (C-12/03 P, EU:C:2005:87), apartado 39, y de 10 de julio de 2008, Bertelsmann y Sony Corporation of America contra Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392), apartado 145.

<sup>29</sup> Véanse, en este sentido, las sentencias de 15 de febrero de 2005, Comisión/Tetra Laval (C-12/03 P, EU:C:2005:87), apartado 44, y de 10 de julio de 2008, Bertelsmann y Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392), apartados 50 y 51. Véanse asimismo mis conclusiones presentadas en el asunto Bertelsmann y Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2007:790), puntos 204 y ss.).

61. En dichos apartados, el Tribunal General confunde el convencimiento que el juez de la Unión debe adquirir en un caso concreto en el ejercicio de su libre apreciación de las pruebas que se le presentan al objeto de fundamentar la plausibilidad de las distintas consecuencias de esa operación e identificar la que tenga más posibilidades,<sup>30</sup> por un lado, con el grado de prueba uniforme y generalmente aplicable, que se basa en el criterio de la «ponderación de probabilidades», por otro lado. Además, si bien en el apartado 113 *in fine* de la sentencia recurrida el propio Tribunal General afirma suscribir el criterio de la «probabilidad [que] sea mayor», finalmente lo rechaza contradictoria y erróneamente en el apartado 118 de esa misma sentencia al exigir un grado de prueba más estricto. Por último, en particular, los apartados 332 y 368 de la citada sentencia, que hacen referencia al apartado 111 de la misma sentencia, demuestran que este error de Derecho repercutió efectivamente en la apreciación ulterior del Tribunal General.<sup>31</sup>

62. De ello resulta que las consideraciones desarrolladas en los apartados 110 a 118 de la sentencia recurrida adolecen de errores de Derecho.

63. A este respecto, no puede prosperar la alegación formulada por CK Telecoms en la vista según la cual el grado de prueba exigido debe ser más elevado en el presente asunto para evitar que, en el ejercicio de su facultad de apreciación, la Comisión proceda sistemáticamente a la prohibición de operaciones de concentraciones horizontales en mercados oligopolísticos debido a supuestos efectos no coordinados. CK Telecoms no invoca ninguna prueba convincente que demuestre que se contempla tal enfoque o que el mismo es efectivamente posible a la luz de los criterios jurisprudenciales enunciados en los puntos 51 y 56 anteriores.

64. Ello es tanto menos probable cuanto que, con arreglo a los puntos 26 a 38 de las Directrices, se supone que la Comisión ha de instruir y evaluar múltiples factores y elementos de prueba que pueden abocar a la conclusión de la existencia de efectos no coordinados y, por tanto, de un obstáculo significativo para la competencia efectiva, enfoque este que la Comisión ha adoptado en el presente asunto. A tal efecto, como reconoció el propio Tribunal General en el apartado 287 de la sentencia recurrida, dicha institución analizó sucesivamente diferentes factores en los considerandos 330 a 1174 de la Decisión controvertida y resumió su evaluación cualitativa y cuantitativa en los considerandos 1175 a 1225 de dicha Decisión, para realizar a continuación una apreciación global en sus considerandos 1226 y 1227.

65. Por consiguiente, procede estimar el primer motivo de casación.

66. De ello se deduce, por otra parte, que, en caso de que el Tribunal de Justicia suscriba el enfoque antes propuesto, estos errores de Derecho bastarían, en principio, por sí solos para anular la sentencia recurrida sin necesidad de examinar los demás motivos invocados por la Comisión y para devolver el asunto al Tribunal General.

67. No obstante, en aras de exhaustividad, atendiendo a la solicitud de la Comisión y habida cuenta del gran número de infracciones de normas aplicables que imputó el Tribunal General a dicha institución, examinaré también los demás motivos de casación. Además, me parece útil aclarar el mayor número posible de cuestiones jurídicas con vistas a una posible devolución del presente asunto al Tribunal General.

<sup>30</sup> Apartado 110 *in fine* de la sentencia recurrida, que hace referencia a la sentencia de 10 de julio de 2008, Bertelsmann y Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392), apartado 51.

<sup>31</sup> Véanse asimismo, a continuación, los puntos 99 y 111 de las presentes conclusiones.

***C. Sobre el segundo motivo de casación, basado en una interpretación errónea del artículo 2, apartado 3, del Reglamento n.º 139/2004***

68. El segundo motivo de casación consta de dos partes, basadas, la primera de ellas, en un error de Derecho en la medida en que el Tribunal General equiparó los requisitos necesarios para demostrar que la concentración en cuestión podría producir efectos no coordinados a aquellos que deben cumplirse para acreditar la existencia de una posición dominante y, la segunda, en una interpretación restrictiva del artículo 2, apartado 3, del Reglamento n.º 139/2004.

*1. Sobre la primera parte del segundo motivo de casación, basada en un error de Derecho en la medida en que el Tribunal General equiparó los requisitos necesarios para demostrar que la concentración en cuestión podría producir efectos no coordinados a aquellos que deben cumplirse para acreditar la existencia de una posición dominante*

69. Mediante la primera parte del segundo motivo de casación, la Comisión estima que el Tribunal General, en el apartado 90 de la sentencia recurrida, al utilizar la expresión «por sí sola» equiparó los requisitos necesarios para demostrar que la concentración en cuestión podría producir efectos no coordinados a aquellos que deben cumplirse para acreditar la existencia de una posición dominante y, en consecuencia, realizó una interpretación restrictiva del artículo 2, apartado 3, del Reglamento n.º 139/2004.

70. Pues bien, como alega CK Telecoms, esta alegación es inoperante en la medida en que cuestiona una consideración general del Tribunal General que no sirvió de fundamento para una apreciación concreta de un error supuestamente cometido por la Comisión al aplicar el concepto de «obstáculo significativo para la competencia efectiva» a efectos del artículo 2, apartado 3, del Reglamento n.º 139/2004. En este sentido, la Comisión no identifica pasaje alguno en la sentencia recurrida que se sustente en esta consideración, puesto que dicha institución se basó, en la Decisión controvertida, en un poder de mercado de la entidad fusionada equivalente al asociado a una posición dominante que confiere a esa entidad la capacidad para determinar (unilateralmente) los parámetros de la competencia o incluso los precios.

71. En consecuencia, no cabe acoger la primera parte del segundo motivo de casación.

*2. Sobre la segunda parte del segundo motivo de casación, basada en una interpretación restrictiva del artículo 2, apartado 3, del Reglamento n.º 139/2004*

72. Mediante la segunda parte del segundo motivo de casación, la Comisión alega que, en los apartados 95 y 96 de la sentencia recurrida, el Tribunal General consideró erróneamente que el artículo 2, apartado 3, del Reglamento n.º 139/2004, a la luz del considerando 25 de dicho Reglamento, debe interpretarse en el sentido de que, a falta de creación o refuerzo de una posición dominante a raíz de una operación de concentración, solo puede probarse la existencia de un obstáculo significativo para la competencia efectiva si la Comisión demuestra que se cumplen dos requisitos acumulativos y exhaustivos, a saber, por una parte, la desaparición de las importantes presiones competitivas que las partes en la concentración ejercían entre sí y, por otra parte, una reducción de la presión competitiva sobre los demás competidores. Dicha institución aduce, en particular, que el enfoque del Tribunal General obedece a una interpretación demasiado restrictiva del concepto de «obstáculo significativo para la competencia efectiva» en cuya aplicación está obligada a tomar en consideración la reducción de la presión competitiva

ejercida no solo *sobre* los competidores, sino también *por* los competidores, como ocurre en la segunda teoría del perjuicio aplicada en la Decisión controvertida, que el Tribunal General calificó de insuficiente en el apartado 370 de la sentencia recurrida.

73. Suscribo la tesis de la Comisión según la cual los apartados 95 y 96 (y, por ende, el apartado 370) de la sentencia recurrida, cuyo contenido recordó correctamente la referida institución, demuestran una interpretación formalista al tiempo que reduccionista del concepto de «obstáculo significativo para la competencia efectiva», en el sentido del artículo 2, apartado 3, del Reglamento n.º 139/2004, puesto que limitan su alcance a los dos requisitos supuestamente acumulativos enunciados en el considerando 25 de dicho Reglamento. Ciertamente, de acuerdo con la voluntad del legislador de la Unión, dicho considerando constituye un elemento importante para determinar el alcance de dicho concepto. En cambio, no es, como tal, jurídicamente vinculante<sup>32</sup> ni puede servir de base para una interpretación del citado artículo 2 contraria a los objetivos perseguidos por ese mismo Reglamento, a saber, en particular, el control efectivo de todas las operaciones de concentración comprendidas en su ámbito de aplicación que puedan obstaculizar significativamente la competencia efectiva, particularmente en los mercados oligopolísticos. De hecho, lo mismo cabe decir respecto al punto 25 de las Directrices, cuyo tenor coincide en gran medida con el del considerando 25 del Reglamento n.º 139/2004, dado que tales reglas de conducta adoptadas por la Comisión no son jurídicamente vinculantes ni para los órganos jurisdiccionales de la Unión ni para los Estados miembros.<sup>33</sup>

74. Pues bien, es preciso señalar que, de ser aceptada, la interpretación del artículo 2, apartado 3, del Reglamento n.º 139/2004 que figura en el apartado 96 de la sentencia recurrida tendría como resultado impedir a la Comisión no solo investigar, tomar en consideración y ponderar el conjunto de las relaciones y las fuerzas competitivas que determinan el funcionamiento de un mercado oligopolístico, sino también desarrollar, en relación con una operación de concentración propuesta en tal mercado, teorías del perjuicio que no cumplan los dos requisitos supuestamente acumulativos, o incluso exhaustivos, enunciados por el Tribunal General. Así, en el presente asunto, solo la primera teoría del perjuicio formulada por la Comisión, descrita en los apartados 128 a 133 de la sentencia recurrida, podría cumplir estos requisitos, pero no su segunda teoría del perjuicio apreciada en los apartados 330 y siguientes de dicha sentencia, como lo confirma su apartado 370.

75. En particular, el enfoque categórico del Tribunal General tendría por efecto censurar, por contravenir el artículo 2, apartado 3, del Reglamento n.º 139/2004, que se tuviera en cuenta una reducción de la presión competitiva ejercida *por* los competidores a raíz de una concentración. Pues bien, en términos generales, tal presión forma parte de cualquier análisis realizado a efectos de la aplicación de las normas de competencia de la Unión, incluido el destinado a determinar el mercado de referencia, el poder de mercado ejercido por los operadores presentes en él, o un

<sup>32</sup> Véanse asimismo, en este sentido, las conclusiones del Abogado General Szpunar presentadas en el asunto Planet49 (C-673/17, EU:C:2019:246), punto 71, y las conclusiones del Abogado General Richard de la Tour presentadas en el asunto Sofiyska rayonna prokuratura y otros (Juicio de un acusado expulsado del territorio) (C-420/20, EU:C:2022:157), punto 68.

<sup>33</sup> Sentencias de 13 de diciembre de 2012, Expedia (C-226/11, EU:C:2012:795), apartado 29; de 11 de julio de 2013, Ziegler/Comisión (C-439/11 P, EU:C:2013:513), apartados 59 y 60; de 6 de octubre de 2015, Post Danmark (C-23/14, EU:C:2015:651), apartado 52, y de 20 de enero de 2016, DHL Express (Italy) y DHL Global Forwarding (Italy) (C-428/14, EU:C:2016:27), apartado 33.

comportamiento que pueda conducir a un cierre anticompetitivo del mercado.<sup>34</sup> Por consiguiente, a mi parecer, no existe ninguna consideración convincente que justifique tal interpretación restrictiva.

76. Tal enfoque es tanto menos posible cuanto que, al margen de no ser jurídicamente vinculante, el considerando 25 del Reglamento n.º 139/2004, en la medida en que utiliza la locución conjuntiva «así como», también puede interpretarse en el sentido de que se limita a precisar, a modo de ejemplo, dos situaciones especialmente pertinentes o recurrentes que pueden crear obstáculos significativos para una competencia efectiva originados por efectos no coordinados horizontales. Al limitarse a ofrecer estos ejemplos, dicho considerando no excluye otras situaciones que puedan generar esos mismos efectos o contribuir a su producción, en particular aquella en la que la presión competitiva ejercida *por* los competidores se vea significativamente reducida. Por último, no cabe excluir que solo una de las referidas situaciones, cuyos efectos pueden ser especialmente perjudiciales para la competencia, baste para declarar que existe tal obstáculo significativo.

77. Así pues, la apreciación recogida en el apartado 96 de la sentencia recurrida es errónea por partida doble en la medida en que, por una parte, califica los dos requisitos enunciados en el considerando 25 del Reglamento n.º 139/2004 tanto de «acumulativos» como —al menos implícitamente— de exhaustivos, y, por otra parte, se basa en esta interpretación para determinar el alcance del concepto de «obstáculo significativo para la competencia efectiva» con arreglo al artículo 2, apartado 3, del citado Reglamento.

78. Por lo demás, como alega acertadamente la Comisión, del apartado 370 de la sentencia recurrida se desprende que el enfoque del Tribunal General es contradictorio a este respecto, en la medida en que tuvo en consideración la competencia ejercida *por* los competidores aun cuando no se hace referencia a ella en el considerando 25 del Reglamento n.º 139/2004. Más concretamente, en dicho apartado, el Tribunal General no excluyó la pertinencia de un posible efecto de reducción de la presión competitiva ejercida por los demás competidores del mercado en términos de calidad, sino que precisó que ese solo efecto no basta para demostrar la existencia de un obstáculo significativo para la competencia efectiva.

79. Además, el Tribunal General renunció a rechazar la primera de las sub-teorías invocadas en el contexto de la segunda teoría del perjuicio, resumida en el apartado 298 de la sentencia recurrida y en el considerando 1232 de la Decisión controvertida. Dicha sub-teoría consiste, en esencia, en constatar una reducción de la presión competitiva ejercida por los competidores restantes —a saber, BT/EE y Vodafone— sobre la entidad fusionada a raíz de la concentración en cuestión. No obstante su interpretación (errónea) del alcance del considerando 25 del Reglamento n.º 139/2004, el Tribunal General examinó esta sub-teoría y la desestimó en cuanto al fondo, ya que, a su juicio, la Comisión no había logrado probar de manera suficiente en Derecho la incapacidad de BT/EE y de Vodafone para ejercer una presión competitiva eficaz sobre la entidad fusionada.<sup>35</sup> Por último, pese a que, en el apartado 359 de la sentencia recurrida, el Tribunal General insistió nuevamente en la necesidad de cumplir los requisitos acumulativos enunciados en el apartado 96 de dicha

<sup>34</sup> Véanse los puntos 9 y ss. y 20 de la Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo [102 TFUE] a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes (DO 2009, C 45, p. 7), que toman en consideración, en particular, las presiones ejercidas por los suministros existentes de los competidores en liza y la posición de mercado de estos, las presiones ejercidas por la amenaza creíble de una expansión futura de los competidores existentes o de una entrada de competidores potenciales, y las presiones ejercidas por la capacidad de negociación de los clientes de la empresa.

<sup>35</sup> Apartados 336 y ss., en particular, apartados 360, 367, 375 y 396 de la sentencia recurrida.

sentencia, no tuvo en consideración el segundo requisito supuestamente acumulativo, según el cual la Comisión está obligada a demostrar que la concentración en cuestión implica «una reducción de la presión competitiva *sobre los competidores restantes*» (el subrayado es mío).

80. Así las cosas, al proceder de este modo, el Tribunal General dio muestras de un enfoque contradictorio e incurrió en errores de Derecho en la interpretación de los criterios necesarios para demostrar la existencia de un obstáculo significativo para la competencia efectiva, de modo que procede estimar la segunda parte del segundo motivo de casación.

***D. Sobre el tercer motivo de casación, basado, por un lado, en un error de Derecho en la medida en que el Tribunal General se extralimitó en su control jurisdiccional al interpretar los conceptos de «fuerza competitiva importante» y de «competidores inmediatos», y, por otro, en una desnaturalización tanto de la Decisión controvertida como del escrito de contestación en primera instancia***

81. El tercer motivo de casación consta, en esencia, de cuatro partes, basadas, la primera, en un error de Derecho en la medida en que el Tribunal General se extralimitó en su control jurisdiccional al interpretar los conceptos de «fuerza competitiva importante» y «competidores inmediatos»; la segunda, en una interpretación errónea del concepto de «fuerza competitiva importante» y en una desnaturalización tanto de la Decisión controvertida como del escrito de contestación en primera instancia; la tercera, en una interpretación errónea del concepto de «competidores inmediatos» y en una desnaturalización de dicha Decisión, y la cuarta, con carácter subsidiario, en un incumplimiento de la obligación de motivación relativa a la posible incompatibilidad de las Directrices con el Reglamento n.º 139/2004.

*1. Sobre la primera parte del tercer motivo de casación, basada en un error de Derecho en la medida en que el Tribunal General se extralimitó en su control jurisdiccional al interpretar los conceptos de «fuerza competitiva importante» y de «competidores inmediatos»*

82. Mediante la primera parte del tercer motivo de casación, la Comisión alega, en esencia, que, al considerar, por una parte, en el apartado 174 de la sentencia recurrida, que una empresa solo puede ser calificada de «fuerza competitiva importante» si se distingue de sus competidores en términos de impacto sobre la competencia y, por otra parte, en el apartado 242 de esa sentencia, que la Comisión debe demostrar que las partes de la concentración son «competidores particularmente inmediatos», el Tribunal General se apartó de las definiciones de los conceptos de «fuerza competitiva importante» y de «competidores inmediatos» que figuran en las Directrices, así como del marco económico que en estas se establece. Añade que, en consecuencia, el Tribunal General no tuvo en cuenta el margen de apreciación de la Comisión en materia económica y sustituyó indebidamente la apreciación económica de dicha institución por la suya propia. Al actuar de este modo, el Tribunal General se extralimitó en su control jurisdiccional.

83. La Comisión, como se desprende de sus observaciones preliminares en el contexto del tercer motivo de casación, considera que dispone de una prerrogativa exclusiva, en virtud de su margen de apreciación en materia económica, relativa a la interpretación de los conceptos económicos que figuran en las Directrices. Más concretamente, dicha institución estima que, puesto que las referidas Directrices son compatibles con las exigencias del Reglamento n.º 139/2004 y del Derecho primario de la Unión, el control jurisdiccional efectuado por el Tribunal General debe limitarse a comprobar si la Decisión controvertida cumple los criterios establecidos por la Comisión en el ejercicio de ese margen de apreciación.

84. Ciertamente, la Comisión dispone de un margen discrecional en materia económica cuando controla las operaciones de concentración. En este sentido, como se ha indicado en el punto 51 anterior, en la medida en que debe efectuar, en este contexto, apreciaciones económicas complejas, el Tribunal General no puede sustituir la apreciación económica de dicha institución por la suya propia.

85. Pues bien, también resulta de una jurisprudencia consolidada, recordada en el punto 73 de las presentes conclusiones, que las Directrices no pueden ser jurídicamente vinculantes para el juez de la Unión. Solo son vinculantes para la propia Comisión que, mediante su adopción, se autolimitó en el ejercicio de su facultad de apreciación, de modo que no puede apartarse de ellas sin justificación objetiva, incluso so pena de vulnerar, en particular, el principio de igualdad de trato.<sup>36</sup> Solo en este contexto no ha excluido la jurisprudencia que, bajo determinados requisitos y en función de su contenido, tales reglas de conducta de alcance general puedan producir efectos jurídicos.<sup>37</sup> Así sucede especialmente con los conceptos económicos que la Comisión precisa en tales Directrices con el fin de orientar su práctica administrativa.

86. En cambio, cuando tales conceptos se derivan o dependen de conceptos jurídicos del Derecho primario o secundario de la Unión, la situación es diferente. En efecto, por lo que respecta a conceptos jurídicos (indeterminados), en particular el concepto de «obstáculo significativo para una competencia efectiva», el juez de la Unión dispone de una prerrogativa de interpretación exclusiva y de último recurso.<sup>38</sup>

87. Habida cuenta de lo anterior, la afirmación que figura en el apartado 100 de la sentencia recurrida, según la cual, en esencia, las Directrices de la Comisión, al igual que sucede con su práctica anterior, no pueden vincular al juez de la Unión, único competente para interpretar el Derecho de la Unión, no incurre en error de Derecho.

88. Me gustaría precisar que la falta de carácter jurídicamente vinculante en sentido estricto de un acto de la Comisión, como las Directrices, no impide al Tribunal de Justicia interpretarlo en el marco de un procedimiento de decisión prejudicial con arreglo al artículo 267 TFUE, párrafo primero, letra b).<sup>39</sup> Por otro lado, no se excluye que el juez de la Unión se inspire en conceptos económicos derivados de reglas de conducta o de la práctica administrativa de la Comisión para precisar el alcance de conceptos jurídicos del Derecho de la Unión e incluso para reconocer nuevos conceptos o criterios jurídicos. Por el contrario, existen numerosos ejemplos de jurisprudencia a este respecto, incluso en materia de competencia en sentido amplio.<sup>40</sup> Así pues, no incurre en error de Derecho la consideración expuesta en los apartados 101 y 163 de la

<sup>36</sup> Véanse, en este sentido, 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), apartados 209 a 211, y de 11 de julio de 2013, Ziegler/Comisión (C-439/11 P, EU:C:2013:513), apartados 59 y 60.

<sup>37</sup> 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 de 11 de julio de 2013, Ziegler/Comisión (C-439/11 P, EU:C:2013:513), apartado 60.

<sup>38</sup> Véanse, en relación con los conceptos análogos de «restricción de la competencia» y de «abuso de posición dominante», respectivamente, las sentencias de 30 de enero de 2020, Generics (UK) y otros (C-307/18, EU:C:2020:52), apartados 63 y ss. y 146 y ss.), y de 12 de mayo de 2022, Servizio Elettrico Nazionale y otros (C-377/20, EU:C:2022:379), apartados 42 y ss.

<sup>39</sup> Véanse la sentencia de 15 de julio de 2021, FBF (C-911/19, EU:C:2021:599), apartados 53 a 56, y mis conclusiones presentadas en el asunto Expedia (C-226/11, EU:C:2012:544), apartado 46 y jurisprudencia citada.

<sup>40</sup> Tales ejemplos de conceptualización jurídica se encuentran, *inter alia*, en las sentencias de 24 de julio de 2003, Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg (C-280/00, EU:C:2003:415), apartados 88 y ss., en relación con el concepto de ventaja asociada a la ejecución de un «servicio de interés económico general»; de 6 de septiembre de 2006, Portugal/Comisión (C-88/03, EU:C:2006:511), apartados 52 y ss., en relación con el concepto de selectividad de la ventaja en materia fiscal, y de 14 de octubre de 2010, Deutsche Telekom/Comisión (C-280/08 P, EU:C:2010:603), apartados 163 y ss., en relación con el concepto de «compresión de márgenes de los competidores» (margin squeeze) como abuso.

sentencia recurrida según la cual el Tribunal General puede, en su caso, hacer suyas las orientaciones y apreciaciones económicas o jurídicas contenidas en la práctica decisoria de la Comisión o en las Directrices.

89. De ello resulta que, en principio, nada impide al juez de la Unión precisar el alcance de los conceptos de «competidores inmediatos» y de «fuerza competitiva importante» que figuran en los puntos 28, 37 y 38 de las Directrices al objeto de determinar, en particular, si la Comisión aplicó correctamente dichos conceptos en el presente asunto para concluir que existía un obstáculo significativo para la competencia efectiva o si se mantuvo dentro de los límites de las reglas de conducta que ella misma se había impuesto.

90. En consecuencia, al realizar tal interpretación conceptual, el Tribunal General no obvió el margen de apreciación de la Comisión en materia económica, ni substituyó indebidamente la apreciación económica de la referida institución por la suya propia, ni se extralimitó en su control jurisdiccional.

91. Por consiguiente, la primera parte del tercer motivo de casación no puede prosperar.

*2. Sobre la segunda parte del tercer motivo de casación, basada en una interpretación errónea del concepto de «fuerza competitiva importante» y en una desnaturalización tanto de la Decisión controvertida como del escrito de contestación en primera instancia*

92. La segunda parte del tercer motivo de casación comprende dos imputaciones.

*a) Sobre la primera imputación*

93. Mediante la primera imputación de la segunda parte del tercer motivo de casación, la Comisión alega que el Tribunal General desnaturalizó tanto la Decisión controvertida como el escrito de contestación en primera instancia, lo que, en su opinión, vicia la apreciación expuesta en los apartados 173 a 175 de la sentencia recurrida. Por una parte, la Comisión reprocha al Tribunal General haber estimado erróneamente, en el apartado 171 de dicha sentencia, que, en la Decisión controvertida, la referida institución consideró que el hecho de que una parte de la concentración sea calificada de «fuerza competitiva importante» en un mercado oligopolístico basta para considerar que la concentración en cuestión dará lugar a un obstáculo significativo para la competencia efectiva. Por otra parte, alega que, en el apartado 170 de su sentencia, el Tribunal General desvirtuó el punto 39 del referido escrito de contestación, lo que condujo a dicho Tribunal a establecer su propia definición del concepto de «fuerza competitiva importante», distinta de la recogida en el punto 37 de las Directrices.

94. En primer lugar, por lo que respecta a la desnaturalización alegada de la Decisión controvertida, una comparativa entre los apartados 155 y 171 de la sentencia recurrida pone de manifiesto que el razonamiento del Tribunal General adolece, en efecto, de una contradicción.

95. En el apartado 155 de la sentencia recurrida, el Tribunal General declara correctamente que del considerando 777 de la Decisión controvertida se desprende que «uno de los factores utilizados por la Comisión para llegar a la conclusión de que la concentración daría lugar a efectos no coordinados es el hecho de que “Three constituye una fuerza competitiva importante en el mercado minorista [...], en el sentido del punto 37 de las Directrices, o ejerce cuando menos una importante presión competitiva en ese mercado, que seguiría probablemente

ejerciendo si la operación no se realizara”». <sup>41</sup>

96. En cambio, en el apartado 171 de la sentencia recurrida, se indica que «resulta de la Decisión [controvertida] que, por lo que se refiere a la eliminación de una “fuerza competitiva importante”, la Comisión es de la opinión de que *la mera reducción de la presión competitiva* que resultaría, en particular, de la desaparición de una empresa que tiene un papel más importante que el que cabría esperar de sus cuotas de mercado *bastaría por sí sola* para demostrar la existencia de un obstáculo significativo para la competencia efectiva». <sup>42</sup>

97. Además, contrariamente a lo que se desprende del apartado 171 de la sentencia recurrida, la Comisión estimó, en las secciones generales tituladas «Evaluación desde el punto de vista de la competencia» y «Marco del análisis» <sup>43</sup> de la Decisión controvertida, así como en la sección titulada «Criterio de fondo» <sup>44</sup> y, más concretamente, en los considerandos 313 y 321 de dicha Decisión, que las Directrices contienen *una serie de factores* que podrían influir en la posibilidad de que la concentración produzca o no efectos no coordinados horizontales en el mercado pertinente. Si bien es cierto que la Comisión también precisó en su Decisión que no es necesario que concurren todos estos factores para que tales efectos resulten probables y que la presencia de estos factores podría influir en el grado de tales efectos no coordinados, no lo es menos que de este extremo no dedujo que la presencia de uno solo de esos mismos criterios bastara para considerar que la operación de concentración podría dar lugar a un obstáculo significativo para la competencia efectiva.

98. Por último, ni la Decisión controvertida ni los escritos de CK Telecoms indican que, en su apreciación de la concentración en cuestión, la Comisión haya llegado efectivamente a la conclusión expuesta en el apartado 171 de la sentencia recurrida. Ello resulta tanto menos verosímil cuanto que, con arreglo al punto 26 de las Directrices, aplicado por la Comisión en el presente asunto, el hecho de que una de las partes en la operación de concentración pueda calificarse de «fuerza competitiva importante» no es sino uno de los factores, enumerados en los puntos 27 a 38 de dichas Directrices, que pueden influir en la probabilidad de que la operación de concentración produzca efectos no coordinados significativos.

99. Así pues, considero que, en efecto, el apartado 171 de la sentencia recurrida pone de relieve una desnaturalización que se deduce manifiestamente de los documentos obrantes en autos, sin que sea necesario efectuar una nueva apreciación de los hechos y de las pruebas. <sup>45</sup> Como se desprende, en particular, de los apartados 172 a 174 de dicha sentencia, esta desnaturalización tuvo consecuencias en la medida en que, entre otras consideraciones, condujo al Tribunal General a declarar la existencia de un error de Derecho y de un «error de apreciación» que viciaba el considerando 326 de la Decisión controvertida.

100. En consecuencia, procede estimar la primera imputación en la medida en que reprocha al Tribunal General una desnaturalización de la Decisión controvertida, efectuada en el apartado 171 de la sentencia recurrida.

<sup>41</sup> El subrayado es mío.

<sup>42</sup> El subrayado es mío.

<sup>43</sup> Véanse los considerandos 308 y ss. de la Decisión controvertida.

<sup>44</sup> Véanse los considerandos 316 y ss. de la Decisión controvertida.

<sup>45</sup> Véase la sentencia de 25 de julio de 2018, Orange Polska/Comisión (C-123/16 P, EU:C:2018:590), apartado 75.

101. En segundo lugar, por lo que respecta a la alegación de que el Tribunal General creó su propia definición del concepto de «fuerza competitiva importante», basta con desestimarla por las razones expuestas en los puntos 83 a 90 anteriores.

102. En tercer lugar, considero que procede estimar la primera imputación en la medida en que la Comisión reprocha al Tribunal General haber desnaturalizado el punto 39 de su escrito de contestación al declarar, en el apartado 170 de la sentencia recurrida, que la Comisión «admitió que una “fuerza competitiva importante” debía tener un papel más importante que el que cabría esperar de sus cuotas de mercado, ejercer una competencia particularmente agresiva y forzar a los demás actores a seguir ese comportamiento».

103. En efecto, como se desprende de la última frase del apartado 216 de la citada sentencia, el Tribunal General se basa en dicha definición del concepto de «fuerza competitiva importante», supuestamente adoptada en el referido escrito de contestación, al objeto de comprobar si la Comisión demostró de manera suficiente en Derecho que Three ejercía una competencia particularmente agresiva en términos de precios y que obligaba a los demás actores del mercado a adaptar sus precios a los que ella aplicaba, o que su política de precios podía cambiar las dinámicas de la competencia de una manera significativa. Finalmente, llegó a la conclusión de que la Comisión había cometido un «error de apreciación» a este respecto, puesto que dicha empresa no podía calificarse de «fuerza competitiva importante».

104. Sin embargo, es preciso señalar que de la Decisión controvertida, en particular de su considerando 326, cuya legalidad afirma haber controlado el Tribunal General en este contexto, no se desprende ninguna definición de esta naturaleza.<sup>46</sup> Procede añadir que las dos últimas frases del punto 39 del escrito de contestación solo indican un ejemplo que tiene por objeto apoyar la tesis de la Comisión según la cual «no todos los competidores de un mercado oligopolístico tienen una mayor influencia en el proceso competitivo de la que se desprende de sus cuotas de mercado o de otros indicadores similares».

105. Así pues, procede estimar la primera imputación de la segunda parte del tercer motivo de casación en la medida en que reprocha al Tribunal General haber desnaturalizado la Decisión controvertida y el escrito de contestación en primera instancia.

#### *b) Sobre la segunda imputación*

106. Mediante la segunda imputación, la Comisión reprocha, en esencia, al Tribunal General haber incurrido en error de Derecho al imponer unas exigencias excesivas para calificar a una empresa de «fuerza competitiva importante». A este respecto, procede recordar que en el apartado 174 de la sentencia recurrida se indica que, para realizar tal calificación, la Comisión debe examinar, en particular, si dicha empresa se distingue de sus competidores en términos de impacto sobre la competencia. Además, en los apartados 170 y 216 de la citada sentencia se precisa que la Comisión está obligada a demostrar de manera suficiente en Derecho que esa misma empresa «[ejerce] una competencia particularmente agresiva en términos de precios» y «[obliga] a los demás actores del mercado a adaptar sus precios a los que ella [aplica], o que su política de precios [puede] cambiar las dinámicas de la competencia de una manera significativa, en línea con la definición del concepto de “fuerza competitiva importante”».

<sup>46</sup> Véanse los apartados 169 y 174 de la sentencia recurrida.

107. En cambio, el punto 37 de las Directrices, aplicado por la Comisión en el presente asunto, se limita a enunciar que «*algunas empresas tienen una mayor influencia en el proceso competitivo de la que se desprende de sus cuotas de mercado o de otros indicadores similares*» y que «una concentración en la que participe una empresa de este tipo *puede cambiar la dinámica competitiva de una manera significativa y contraria a la competencia*, en especial cuando el mercado ya está concentrado». En este sentido, en este punto se cita el ejemplo de una empresa que es un operador reciente en el mercado y que puede ejercer «en el futuro una *presión competitiva significativa* sobre las demás empresas del mercado». <sup>47</sup>

108. En consecuencia, ni el punto 37 ni el punto 38 de dichas Directrices presuponen que una empresa calificada de «fuerza competitiva importante» deba distinguirse de sus competidores desde el punto de vista de su influencia en el proceso competitivo ni siquiera dar muestras de una «competencia particularmente agresiva en términos de precios» obligando a esos competidores a adaptar sus precios a los que ella aplica. Basta con que tenga en el proceso competitivo una mayor influencia de la que se desprenda de sus cuotas de mercado o de otros indicadores similares, y ello con independencia de esos otros competidores del mercado.

109. Por consiguiente, el Tribunal General no podía criticar a la Comisión, ni siquiera implícitamente, por haberse apartado en la Decisión controvertida de los criterios que dicha institución se había marcado en los puntos 37 y 38 de las Directrices. Por añadidura, los dos criterios enunciados en los apartados 170 y 216 de la sentencia recurrida, no contemplados en dicha Decisión, solo se refieren, en realidad, a un ejemplo indicado en el escrito de contestación en primera instancia, cuyo contenido fue desnaturalizado por el Tribunal General (véanse los puntos 102 y 103 anteriores). En efecto, tal ejemplo se refiere a una situación en la que podría considerarse que una empresa está comprendida en el concepto de «fuerza competitiva importante», y no tiene por objeto precisar el alcance de dicho concepto desde un punto de vista general. De igual forma, el hecho de que, en su práctica decisoria anterior, recordada en los apartados 164 a 167 de la sentencia recurrida y que no vincula al juez de la Unión, <sup>48</sup> la Comisión haya estimado que algunas empresas desempeñaban un papel único, como «perturbadoras en el mercado», no implica que solo esos supuestos estén comprendidos en el concepto de «fuerza competitiva importante».

110. Además, no se ha formulado ninguna alegación convincente que demuestre que el alcance del concepto de «fuerza competitiva importante», en el sentido de los puntos 37 y 38 de las Directrices, deba interpretarse de forma tan restrictiva o de manera distinta a la recogida en dicho punto 37 y en el considerando 326 de la Decisión controvertida. Por el contrario, tal interpretación podría subestimar desde un principio las fuerzas competitivas existentes dentro de un mercado oligopolístico, ya concentrado. Si bien el adjetivo «importante» supone atribuir a la empresa de que se trate un comportamiento competitivo *sustancial* en el mercado cuya relevancia puede «cambiar la dinámica competitiva de una manera significativa y contraria a la competencia» que tenga una mayor influencia de lo que se desprende de sus cuotas de mercado o de otros indicadores similares, no puede interpretarse en el sentido de que exige el ejercicio de una «competencia particularmente agresiva en términos de precios».

111. A este respecto, no puede prosperar la alegación, que, sin embargo, fue estimada en el apartado 175 de la sentencia recurrida, según la cual cualquier otra interpretación conduciría con toda probabilidad a que la Comisión prohibiera sistemáticamente toda operación de concentración horizontal en un mercado oligopolístico. Además de que tal cambio no ha sido

<sup>47</sup> El subrayado es mío.

<sup>48</sup> Véase la jurisprudencia citada en el punto 85 de las presentes conclusiones.

acreditado (véase el punto 63 anterior), la alegación mencionada se basa en última instancia en una exigencia probatoria reforzada, impuesta a la Comisión para demostrar la existencia de un obstáculo significativo para la competencia efectiva resultante de efectos no coordinados, que carece de toda justificación plausible (véanse los puntos 46 a 65 anteriores). Por consiguiente, el hecho, constatado en respuesta a los motivos primero y segundo, de que el Tribunal General no tuviera en cuenta el grado de prueba exigido tiene consecuencias en este contexto. Por las mismas razones, no puede reprocharse a la Comisión, como hace el Tribunal General en el apartado 173 de la sentencia recurrida, haber llevado a cabo «una considerable ampliación del ámbito de aplicación del artículo 2, apartado 3, del Reglamento n.º 139/2004», ni haber amalgamado distintos conceptos jurídicos.

112. De ello se deduce, por una parte, que el Tribunal General, en los apartados 173 a 175 de la sentencia recurrida incurrió en error de Derecho al considerar que, si se aceptara la interpretación de la Comisión, se podría calificar de «fuerza competitiva importante» a cualquier empresa en un mercado oligopolístico. Por otra parte, el Tribunal General también se equivocó al concluir que la interpretación de la Comisión se traduciría en que el hecho de calificar de «fuerza competitiva importante» a una parte en la concentración en un mercado oligopolístico bastaría para considerar que la concentración en cuestión podría representar un obstáculo significativo para la competencia efectiva.

113. En consecuencia, procede estimar la segunda imputación de la segunda parte del tercer motivo de casación.

*3. Sobre la tercera parte del tercer motivo de casación, basada en una interpretación errónea del concepto de «competidores inmediatos» y en una desnaturalización de la Decisión controvertida*

114. La tercera parte del tercer motivo de casación comprende dos imputaciones.

*a) Sobre la primera imputación*

115. Mediante la primera imputación de la tercera parte del tercer motivo de casación, la Comisión reprocha al Tribunal General haber considerado erróneamente, en el apartado 242 de la sentencia recurrida, que tuviese la obligación de demostrar que las partes en la concentración eran «competidores particularmente inmediatos». En opinión de la Comisión, al actuar de este modo, el Tribunal General se basó en una exigencia probatoria excesiva y contraria a las Directrices. En efecto, no es necesario que las partes en la concentración sean competidores particularmente inmediatos para apreciar entre ellas una proximidad de la competencia como factor pertinente al efecto de concluir que existe un obstáculo significativo para una competencia efectiva. El hecho de que otros competidores sean tan cercanos o incluso más no puede invalidar tal conclusión.

116. La apreciación del Tribunal General sobre el grado de proximidad de la competencia entre las partes en la concentración forma parte de su examen de la primera teoría del perjuicio relativa a los efectos no coordinados en el mercado minorista formulada por la Comisión. Conforme a lo indicado en el apartado 128 de la sentencia recurrida, en el marco de dicha teoría, la Comisión se basó en la importante presión competitiva ejercida por Three y por O2, en la intensidad de su relación de competencia, en sus cuotas de mercado y en los incentivos que tendría la entidad fusionada para aumentar los precios y la capacidad competitiva de sus

competidores. De ello dedujo, en el considerando 1226 de la Decisión controvertida, que la concentración en cuestión «[podía] producir efectos contrarios a la competencia no coordinados en el mercado minorista».

117. En el apartado 234 de la sentencia recurrida, el Tribunal General reconoció que el concepto de «competidor inmediato» no figura en el Reglamento n.º 139/2004, sino solamente en las Directrices. Pues bien, en los apartados 235 y 241 de dicha sentencia se indica, en esencia, que, para que sea aplicable el artículo 2, apartado 3, del Reglamento n.º 139/2004, interpretado a la luz del considerando 25 de este Reglamento, es necesario que «desaparezcan las importantes presiones competitivas» que las partes de la concentración ejercían entre sí, lo cual constituye el efecto unilateral más directo de una concentración en un mercado oligopolístico. En los apartados 242, 247 y 249 de dicha sentencia, el Tribunal General dedujo de ello esencialmente que la Comisión debía demostrar, en un mercado oligopolístico en el que todos los operadores están, por definición, más o menos próximos, que esas partes eran «competidores particularmente inmediatos» y no «competidores inmediatos».

118. Por último, en los apartados 249 y 250 de la sentencia recurrida, el Tribunal General acogió la alegación de CK Telekoms relativa a la escasa fuerza probatoria del análisis de la proximidad de la relación de competencia entre Three y O2. El Tribunal General justificó esta postura aduciendo que Three y O2 solo eran competidores relativamente próximos en una parte de los segmentos de un mercado concentrado que cuenta con cuatro operadores de redes móviles. Pues bien, ello sería insuficiente a la luz de las exigencias antes mencionadas, ya que, de otro modo, quedaría prohibida por principio toda concentración tras la cual el número de operadores pasara de cuatro a tres.

119. A este respecto, procede recordar que, cuando la Comisión apreció, en la Decisión controvertida, el criterio de la proximidad de la competencia entre las partes de la concentración, sobre la base de una evaluación cualitativa de los coeficientes de desvío basados en los datos de portabilidad de los números móviles,<sup>49</sup> aplicó, en particular, el punto 26 de las Directrices. Según dicho punto de las Directrices, tal criterio no es sino uno de los diversos factores pertinentes que pueden incidir en la probabilidad de que una concentración dé lugar a importantes efectos no coordinados. En virtud de la citada disposición, esta probabilidad debe evaluarse a la luz de una serie de factores que, considerados por separado, no son necesariamente determinantes ni, a estos efectos, han de ser concurrentes. Como confirma mi análisis de la segunda imputación de la tercera parte del tercer motivo de casación, expuesto en los puntos 127 a 131 a continuación, de conformidad con la mencionada disposición, el criterio de la proximidad de la competencia no es sino uno de los diversos factores apreciados por la Comisión en apoyo de su primera teoría del perjuicio.<sup>50</sup>

120. Además, del punto 28 de las Directrices se desprende que la proximidad de la competencia se aprecia en función del grado de sustituibilidad entre los productos de las empresas que se van a fusionar. Según dicho punto de las Directrices, por un lado, los productos pueden diferenciarse dentro de un mercado de referencia en el que algunos productos sean sustitutos más perfectos que otros y, por otro lado, cuanto mayor sea el grado de sustituibilidad entre los productos de dichas empresas, más probable es que estas vayan a subir los precios de una manera significativa.<sup>51</sup> Como se indica en el considerando 444 de la Decisión controvertida, el punto 29

<sup>49</sup> Véase el considerando 463 de la Decisión controvertida y el apartado 227 de la sentencia recurrida.

<sup>50</sup> Véase el resumen que figura en los apartados 128 a 136 de la sentencia recurrida.

<sup>51</sup> Véanse también los apartados 238 y 239 de la sentencia recurrida.

de dichas Directrices establece que el grado de sustituibilidad puede calcularse sobre la base, entre otras cosas, de los coeficientes de desviación,<sup>52</sup> a los cuales ha recurrido la Comisión en el presente asunto.

121. De ello se deduce que las Directrices parten de la premisa de que existen, ciertamente, distintos grados de proximidad de la competencia entre las partes de una operación de concentración. Pues bien, de ello no resulta sin embargo que, a efectos de la apreciación del criterio de la proximidad de la competencia como factor pertinente para concluir que existe un obstáculo significativo para una competencia efectiva el grado de proximidad pertinente deba ser, como se exige en los apartados 242, 247 y 249 de la sentencia recurrida, el correspondiente a «competidores particularmente inmediatos».

122. Por consiguiente, el Tribunal General no podía reprochar a la Comisión, ni siquiera implícitamente, haber soslayado, en la Decisión controvertida, los criterios que dicha institución se había marcado en los puntos 26, 28 y 29 de las Directrices. Ello me parece aún menos viable por cuanto el criterio de la proximidad de la competencia es solo un factor que debe tenerse en cuenta junto con otros factores pertinentes que permitan a la Comisión concluir que la concentración en cuestión puede surtir efectos no coordinados perjudiciales y, por tanto, dar lugar a un obstáculo significativo para la competencia efectiva. Pues bien, teniendo en cuenta únicamente ese factor, sin tomar en consideración los restantes factores apreciados por la Comisión, el Tribunal General no podía concluir que no se había probado la existencia de tal obstáculo.

123. Del mismo modo, contrariamente a lo que se desprende de una interpretación conjunta de los apartados 235, 241, 242, 245 y 247 de la sentencia recurrida, la supuesta exigencia del carácter «particularmente» inmediato de la relación competitiva de las partes de la concentración tampoco halla sustento en el tenor del considerando 25 del Reglamento n.º 139/2004, según el cual el artículo 2, apartado 3, de ese Reglamento exige la desaparición de «importantes presiones competitivas que las partes en la concentración ejercían entre sí», ni en el concepto de «obstáculo significativo para una competencia efectiva» como tal.

124. Como he expuesto en el punto 111 anterior, esta supuesta exigencia se basa en última instancia en el excesivo grado probatorio impuesto por el Tribunal General a la Comisión al objeto de demostrar la existencia de un obstáculo significativo para la competencia efectiva resultante de efectos no coordinados, que carece de toda justificación plausible (véanse los puntos 46 a 65 anteriores). Así pues, también en este contexto tiene consecuencias el hecho de que el Tribunal General no tuviera en cuenta el grado de prueba exigido, constatado en respuesta a los motivos primero y segundo. Esto se ve confirmado por la declaración que figura en el apartado 249 de la sentencia recurrida según la cual la demostración por la Comisión de que Three y O2 eran «competidores relativamente próximos» solo en una parte de los segmentos de un mercado concentrado que cuenta con cuatro operadores de redes móviles no es suficiente para apreciar la existencia de un obstáculo significativo para una competencia efectiva, ya que, de otro modo, quedaría prohibida por principio toda concentración tras la cual el número de operadores pasara de cuatro a tres.

<sup>52</sup> Conforme a la definición expuesta en la nota 39 que figura en el punto 29 de las Directrices, se trata del coeficiente de desvío del producto A al producto B, que mide la proporción de ventas que ha perdido el producto A debido a un incremento de precios y que ha sido absorbida por el producto B.

125. Por consiguiente, considero que el Tribunal General incurrió en error de Derecho al considerar, en el apartado 250 de la sentencia recurrida, que el análisis de la Comisión relativo a la proximidad de la relación de competencia entre Three y O2 estaba viciado.

126. En consecuencia, procede estimar la primera imputación de la tercera parte del tercer motivo de casación.

*b) Sobre la segunda imputación*

127. Mediante la segunda imputación de la tercera parte del tercer motivo de casación, la Comisión reprocha al Tribunal General haber desnaturalizado la Decisión controvertida y haber concluido por error, en particular en el apartado 249 de la sentencia recurrida, que, en dicha Decisión, la referida institución partió de la premisa de que la proximidad de la competencia entre Three y O2 en el mercado de referencia bastaba, por sí sola, para considerar que la concentración en cuestión daría lugar a un obstáculo significativo para la competencia efectiva. A este respecto, la Comisión aduce que, como señaló el propio Tribunal General en el apartado 227 de la sentencia recurrida, aquel no fue sino uno de los factores que la llevaron a concluir que esa concentración produciría efectos no coordinados.

128. A tenor del apartado 249 de la sentencia recurrida, en esencia, la demostración de la mera circunstancia de que Three y O2 son competidores relativamente próximos en una parte de los segmentos de un mercado concentrado que cuenta con cuatro operadores de redes móviles no basta ni para demostrar la desaparición de las importantes presiones competitivas que las partes de la concentración ejercen entre sí ni para apreciar la existencia de un obstáculo significativo para la competencia efectiva, ya que, de otro modo, quedaría prohibida por principio toda concentración tras la cual el número de operadores pasara de cuatro a tres.

129. Ciertamente, como alega la Comisión, la Decisión controvertida no contiene ningún motivo ni elemento contextual que permita interpretarla en el sentido de que afirma que la proximidad de la competencia entre Three y O2 bastaba, *por sí sola*, para considerar que la concentración en cuestión podía dar lugar a un obstáculo significativo para la competencia efectiva. Más bien, como se ha recordado en los puntos 119 a 121 anteriores, de una lectura conjunta de los considerandos 313, 321, 444 y 463 de dicha Decisión resulta que, en el marco de su primera teoría del perjuicio, la Comisión aplicó los criterios enunciados en los puntos 26, 28 y 29 de las Directrices que contemplan diversos factores, como el de la proximidad de la competencia determinada sobre la base de los coeficientes de desvío, para determinar que la concentración en cuestión podía tener efectos no coordinados en el mercado pertinente.

130. No obstante, el razonamiento del Tribunal General que figura en el apartado 249 de la sentencia recurrida es ambiguo y no debe entenderse necesariamente en el sentido de que reprocha a la Comisión haber considerado, en la Decisión controvertida, que tal prueba era suficiente *por sí sola*. Tal interpretación de la Decisión controvertida resulta tanto menos posible cuanto que, como señala, por otro lado, acertadamente la Comisión, el Tribunal General reconoció en el apartado 227 de la citada sentencia que la proximidad de la relación competitiva no era sino «otro factor utilizado por la Comisión para concluir que la concentración [en cuestión] daría lugar a efectos no coordinados».<sup>53</sup> Este razonamiento, más que constituir una desnaturalización del contenido de dicha Decisión, se inscribe en una apreciación viciada por una serie de errores de Derecho cometidos por el Tribunal General, en particular el constatado

<sup>53</sup> Véase asimismo el resumen de la primera teoría del perjuicio en los apartados 128 a 136 de la sentencia recurrida.

en los puntos 124 y 125 anteriores, en la medida en que exigió un grado de prueba excesivo, en particular en lo que respecta a cada uno de los elementos apreciados por dicho órgano jurisdiccional al objeto de determinar si servían para demostrar la existencia de un obstáculo significativo para la competencia efectiva.

131. En ese sentido, la segunda imputación se solapa con la primera imputación de la tercera parte del tercer motivo de casación (puntos 115 a 125 anteriores) y debe desestimarse por cuanto reprocha al Tribunal General haber desnaturalizado la Decisión controvertida.

*4. Sobre la cuarta parte del tercer motivo de casación, basada en el incumplimiento de la obligación de motivación relativa a la posible incompatibilidad de las Directrices con el Reglamento n.º 139/2004*

132. Mediante la cuarta parte del tercer motivo de casación, la Comisión alega, con carácter subsidiario, que, en la medida en que CK Telecoms no había impugnado ante el Tribunal General la compatibilidad de las Directrices con el artículo 2 del Reglamento n.º 139/2004, dicho órgano jurisdiccional no puede examinar esta cuestión de oficio.

133. A este respecto, basta con señalar, por una parte, que las partes primera a tercera de dicho motivo, invocadas con carácter principal, deben ser estimadas en lo esencial (véanse los puntos 82 a 131 anteriores) y, por otra parte, que el Tribunal General no declaró en la sentencia recurrida la incompatibilidad de dichas Directrices con el artículo 2 del Reglamento n.º 139/2004. De ello se deduce que no procede examinar la cuarta parte del tercer motivo de casación.

***E. Sobre el cuarto motivo de casación, basado en la desnaturalización de la argumentación desarrollada por la Comisión respecto a su análisis cuantitativo y en errores de Derecho***

*1. Sobre la operatividad del cuarto motivo de casación*

134. Mediante la primera parte del cuarto motivo de casación, la Comisión alega, por un lado, que el Tribunal General desnaturalizó las alegaciones formuladas por la institución en sus escritos de contestación y de réplica en primera instancia, en la medida en que dicho Tribunal declaró, en el apartado 273 de la sentencia recurrida, que era pacífico entre las partes que el incremento de los precios que podía resultar de la concentración en cuestión era del [confidencial] %, cuando dicha cifra fue cuestionada por la Comisión durante el procedimiento. Por otro lado, la Comisión reprocha al Tribunal General haber incurrido en error de Derecho en el citado apartado al concluir que ese incremento de los precios no era significativo porque era inferior al incremento de precios tomado en consideración en anteriores asuntos relativos a operaciones de concentración que la Comisión había autorizado bajo ciertas condiciones.

135. Mediante la segunda parte del cuarto motivo de casación, la Comisión alega, en esencia, que el Tribunal General la obligó erróneamente, en los apartados 277 a 279 de la sentencia recurrida, a incluir en su análisis UPP el aumento de eficiencia «estándar» que, según dicho órgano jurisdiccional, es propio de cada concentración.

136. La alegación de CK Telecoms de que el presente motivo de casación es inoperante no puede prosperar.

137. A este respecto, en primer lugar, procede recordar que, en los apartados 255 a 259 de la sentencia recurrida, el Tribunal General desestimó la alegación de CK Telecoms según la cual el análisis UPP carecía de toda fuerza probatoria y no podía utilizarse como prueba corroborante de la existencia de un obstáculo significativo para la competencia efectiva.

138. En segundo lugar, aun cuando el Tribunal General consideró en el apartado 268 de dicha sentencia que el análisis UPP no era un elemento de prueba determinante, no negó su fuerza probatoria. Por el contrario, declaró que tal análisis no bastaba para demostrar que la desaparición de las importantes presiones competitivas que las partes ejercían entre sí conllevaría un incremento significativo de los precios y, por ende, un obstáculo significativo para la competencia efectiva.

139. En tercer lugar, para llegar a la conclusión, en el apartado 282 de la sentencia recurrida, de que la Comisión no había demostrado con una probabilidad suficiente que los precios experimentarían tal incremento «significativo», el Tribunal General señaló, en el apartado 273 de dicha sentencia, que el incremento de precios que podía resultar de la concentración en cuestión era «según [CK Telecoms] y sin ser rebatida a este respecto por la Comisión, del [confidencial] %». Pues bien, este incremento de precios es inferior a los incrementos de precios aplicados en los asuntos COMP/M.6992 — Hutchison 3G UK/Telefonica Ireland (en lo sucesivo, «asunto irlandés») y COMP/M.7018 — Telefónica Deutschland/E-Plus (en lo sucesivo, «asunto alemán») —del 6,6 % y del 9,5 % respectivamente—, lo que no impidió a la Comisión autorizar tales operaciones de concentración, siempre que se respetaran ciertas condiciones.

140. En cuarto lugar, en los apartados 277 a 281 de la sentencia recurrida, el Tribunal General reprochó, en esencia, a la Comisión no haber incluido en su análisis UPP las eficiencias generadas por la concentración en cuestión, las cuales, sin embargo, son parte de dicho análisis. Por lo tanto, según el Tribunal General, esta es también la razón por la que la Comisión no había logrado demostrar la existencia de un obstáculo significativo para la competencia efectiva como consecuencia de una degradación de la calidad de la red, en la que se basaba en parte su segunda teoría del perjuicio.

141. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, no puede calificarse de inoperante la argumentación desarrollada por la Comisión para demostrar, en primer lugar, que había impugnado el porcentaje exacto del incremento de precios que podía resultar de la concentración en cuestión; en segundo lugar, que el Tribunal General comparó erróneamente el caso de autos con otros asuntos anteriormente examinados relativos a concentraciones, y, en tercer lugar, que no estaba obligada a incluir en su análisis UPP eficiencias como las indicadas en los apartados 277 a 279 de la sentencia recurrida. En efecto, cada una de estas tres imputaciones podría cuestionar la fundamentación jurídica de la conclusión que alcanzó el Tribunal General en el apartado 282 de la sentencia recurrida.

142. Por consiguiente, procede examinar dichas imputaciones en cuanto al fondo.

*2. Sobre la primera parte del cuarto motivo de casación, basada en una desnaturalización de la argumentación desarrollada por la Comisión en relación con el incremento de precios que podría resultar de la concentración en cuestión y en un error de Derecho del Tribunal General en su apreciación del análisis cuantitativo*

143. Mediante la primera imputación de la primera parte del cuarto motivo de casación, la Comisión reprocha al Tribunal General haber desnaturalizado las alegaciones desarrolladas en el punto 157 del escrito de contestación y en el punto 61 del escrito de dúplica en primera instancia al considerar erróneamente, en el apartado 273 de la sentencia recurrida, que constaba que el incremento de precios que podía resultar de la concentración en cuestión era del [confidencial] %, cuando dicha cifra había sido cuestionada por la Comisión durante el procedimiento.

144. Como se ha recordado en el punto 139 anterior, el Tribunal General señaló, en el apartado 273 de la sentencia recurrida, que la Comisión no había rebatido, en el curso del procedimiento, la alegación de CK Telecoms de que el incremento de precios que podía resultar de la concentración controvertida era del [confidencial] %.

145. Sin embargo, es preciso señalar que, en el punto 157 del escrito de contestación, la Comisión había cuestionado efectivamente esta cifra y había alegado que debía ser del [confidencial] %, extremo este que confirman los puntos 159 y 160 de dicho escrito y el punto 61 del escrito de dúplica. Por consiguiente, de conformidad con la jurisprudencia citada en el punto 99 anterior, de los documentos obrantes en autos se desprende manifiestamente que el Tribunal General, en el apartado 273 de la sentencia recurrida, no solo desnaturalizó las alegaciones de la Comisión desarrolladas en el punto 157 de dicho escrito de contestación, sino que también aplicó erróneamente las normas que regulan la carga y la práctica de la prueba al haber reconocido que un hecho pertinente, esto es, un posible incremento de precios del [confidencial] %, era pacífico entre las partes, cuando en realidad no lo era.<sup>54</sup>

146. Baste señalar en respuesta a la segunda imputación de la primera parte del presente motivo de casación que, aunque solo sea por esta razón, el Tribunal General no podía reprochar a la Comisión, en el apartado 273 de la sentencia recurrida, no haber demostrado de manera convincente que el incremento de precios que podía resultar de la concentración en cuestión no era significativo debido (implícitamente) a que dicho incremento era solo inferior en el [confidencial] % al considerado en el asunto irlandés (6,6 %) y muy inferior al considerado en el asunto alemán (9,5 %), en los que las concentraciones en cuestión habían sido autorizadas bajo condiciones. Tal enfoque, basado en un hecho no probado, es contrario a las normas relativas a la valoración de las pruebas y, por lo tanto, jurídicamente erróneo.

147. Además, a falta de una explicación en la sentencia recurrida sobre la comparabilidad de las situaciones en cuestión, el Tribunal General no podía basar esta conclusión en una comparativa con esos otros asuntos, en los que las partes en la concentración habían ofrecido compromisos y habían logrado disipar las dudas de la Comisión en materia de competencia. Así pues, dichos asuntos no eran necesariamente comparables al caso de autos, cuyas circunstancias específicas dieron lugar a la prohibición de la concentración en cuestión, en particular, sobre la base de la primera teoría del perjuicio. Por consiguiente, también por esta razón, el Tribunal General se equivocó al desestimar, en el apartado 273 de la sentencia recurrida, las pruebas que había aportado la Comisión en apoyo de esta teoría por no considerarlas convincentes.

<sup>54</sup> Por lo que se refiere a la aplicación de estas normas en el Derecho de la competencia, véanse, en particular, mis conclusiones presentadas en el asunto Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión (C-105/04 P, EU:C:2005:751), puntos 72 a 74.

148. En cambio, no considero que este error sea también, como alega la Comisión, una sustitución prohibida de su apreciación económica compleja, en el contexto de su análisis UPP, acerca del carácter significativo del incremento de precios. En efecto, del apartado 273 de la sentencia recurrida se desprende que al Tribunal General no le convencía la argumentación desarrollada por la Comisión. Así pues, para llegar a su conclusión, el Tribunal General se limitó a aplicar las normas relativas a la práctica y a la carga de la prueba y a hacer uso de su margen de discrecionalidad en la valoración de las pruebas, sin haber realizado, no obstante, él mismo un cálculo del carácter significativo del incremento de los precios.

149. Habida cuenta de las consideraciones que figuran en los puntos 145 a 147 anteriores, debe acogerse la primera parte del cuarto motivo de casación.

*3. Sobre la segunda parte del cuarto motivo de casación, basada en un error de Derecho en la medida en que el Tribunal General exigió a la Comisión que incluyera en su análisis UPP el aumento de eficiencia «estándar»*

150. Mediante la segunda parte del cuarto motivo de casación, la Comisión reprocha al Tribunal General haber considerado erróneamente, en los apartados 277 a 279 de la sentencia recurrida, que debería haber incluido en su análisis UPP el aumento de eficiencia «estándar» que, según dicho órgano jurisdiccional, es propio de cada concentración.

151. Efectivamente, adoptando una postura bastante innovadora, el Tribunal General estimó, en el apartado 277 de la sentencia recurrida, que cualquier concentración lleva aparejada un aumento de eficiencia cuya magnitud también depende de la presión competitiva externa. En su opinión, este incremento obedece en particular a la racionalización e integración de los procesos de producción y de distribución de la entidad fusionada, que pueden llevar a esta a reducir sus precios. Como se desprende de los apartados 278 y 279 de esa sentencia, el Tribunal General distinguió el citado aumento de eficiencia del aumento al que se refieren las Directrices cuya existencia incumbe a la parte notificante demostrar y el cual, en el presente asunto, la Comisión consideró insuficiente.<sup>55</sup> El Tribunal General precisó que, mientras que ese aumento de eficiencia debe examinarse en el marco de la apreciación global desde el punto de vista de la competencia de la concentración para comprobar si puede contrarrestar sus efectos restrictivos, el aumento de eficiencia «estándar» es propio de cada concentración y no es sino «un componente de un modelo cuantitativo que pretende apreciar si una concentración puede producir tales efectos restrictivos». De ello deduzco que el Tribunal General estimó que la Comisión estaba obligada a tomar en consideración el aumento de eficiencia «estándar» de manera sistemática y de oficio en todos los supuestos.

152. Esta nueva categoría del llamado aumento de la eficiencia «estándar» identificado por el Tribunal General, que dicho órgano jurisdiccional supone inherente a cada operación de concentración horizontal, corresponde a la tipología de eficiencias «por defecto» cuyo reconocimiento propugnan determinados autores, en particular economistas, para contrarrestar la incertidumbre derivada de un análisis UPP.<sup>56</sup> Así, se propone incluir en dicho análisis un «crédito» de un determinado porcentaje —por ejemplo, el 10 %—, en concepto de aumento de la

<sup>55</sup> Véanse los considerandos 1197, 1223 y 2340 y ss. de la Decisión controvertida.

<sup>56</sup> Véanse las referencias en Monti, G.: «EU Merger Control After *CK Telecoms UK Investments v. Commission*», *World Competition*, vol. 43, n.º 4, 2020, pp. 447, 453 a 456, en particular, la nota 34.

eficiencia «por defecto», directamente vinculado a la concentración, susceptible de compensar el porcentaje en términos de incremento de precios estimado en el contexto de un análisis UPP.<sup>57</sup>

153. Pues bien, el reconocimiento de tal categoría de eficiencias en materia de control de las concentraciones de la Unión no se desprende ni del Reglamento n.º 139/2004, ni del Reglamento (CE) n.º 802/2004,<sup>58</sup> ni de las Directrices. El Tribunal General tampoco indicó las bases jurídicas que podrían conducir al Tribunal de Justicia a reconocer la pertinencia de estas eficiencias y a constatar la obligación de la Comisión de tomarlas en consideración fuera del marco normativo aplicable, sin menoscabar por ello su facultad de apreciación en materia de gestión de la política de la competencia y de control de las concentraciones.

154. Ciertamente, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la Comisión debía tener en cuenta aspectos favorables a la competencia específicos vinculados a un acuerdo, invocados por las partes, en su contexto económico, para apreciar si esos supuestos aspectos favorables a la competencia podían cuestionar la apreciación de que dicho acuerdo constituye una restricción de la competencia «por el objeto» y evaluar la necesidad de centrar el examen en el análisis de una restricción de la competencia «por los efectos», en virtud del artículo 101, apartado 1, de la TFUE.<sup>59</sup> Sin embargo, el Tribunal de Justicia también ha precisado que tal enfoque no constituye una aplicación de una «rule of reason», reconocida en el Derecho de la competencia de los Estados Unidos, que supondría para la Comisión la obligación de efectuar de oficio una comparación entre todos los efectos favorables y contrarios a la competencia en el contexto solamente del apartado 1 del citado artículo,<sup>60</sup> puesto que tal comparación debe efectuarse en el marco de su apartado 3.<sup>61</sup>

155. Del mismo modo, no existe ninguna razón convincente para reconocer, fuera del marco normativo aplicable al control de las concentraciones, un deber de la Comisión de incluir, en su apreciación de la existencia de un obstáculo significativo para la competencia efectiva, en particular resultante de los efectos no coordinados horizontales generados por una operación de concentración en un mercado oligopolístico, un examen «por defecto» de las eficiencias del tipo que exige el Tribunal General en el presente asunto. A lo sumo, corresponde a la Comisión, en el ejercicio de su facultad de apreciación en este ámbito, en particular en el contexto de una eventual revisión de las Directrices, comprobar la necesidad de realizar de oficio tal análisis.

156. Pues bien, en el estado actual del Derecho de la Unión, el considerando 29 del Reglamento n.º 139/2004 se limita a enunciar las posibles eficiencias invocadas y motivadas por las empresas afectadas que la Comisión debe tener en cuenta para determinar la repercusión de una concentración sobre la competencia en el mercado interior, a las que el Tribunal General hace referencia en el apartado 279 de la sentencia recurrida. Asimismo, conforme a la sección 9 del anexo I del Reglamento n.º 802/2004, incumbe a la empresa afectada facilitar una descripción de cada una de esas eficiencias invocadas, acompañándola de los documentos acreditativos correspondientes. Por último, los criterios pertinentes para tener en consideración dichas eficiencias figuran en los puntos 76 a 88 de las Directrices.

<sup>57</sup> Monti, G. (nota 56 de las presentes conclusiones), p. 455.

<sup>58</sup> Reglamento de la Comisión, de 7 de abril de 2004, por el que se aplica el Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO 2004, L 133, p. 1).

<sup>59</sup> Sentencia de 30 de enero de 2020, Generics (UK) y otros (C-307/18, EU:C:2020:52), apartados 103 y 105; véanse, asimismo, mis conclusiones presentadas en el asunto Generics (UK) y otros (C-307/18, EU:C:2020:28), puntos 158 a 166.

<sup>60</sup> Sentencia de 30 de enero de 2020, Generics (UK) y otros (C-307/18, EU:C:2020:52), apartado 104; véanse, asimismo, mis conclusiones presentadas en el asunto Generics (UK) y otros (C-307/18, EU:C:2020:28), puntos 148 y ss.

<sup>61</sup> Véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal General de 18 de septiembre de 2001, M6 y otros/Comisión (T-112/99, EU:T:2001:215), apartados 77 y 78, y de 30 de junio de 2016, CB/Comisión (T-491/07 RENV, no publicada, EU:T:2016:379), apartados 69 y 70.

157. En estas circunstancias, considero que el Tribunal General incurrió en error de Derecho al exigir a la Comisión, en los apartados 277 a 279 de la sentencia recurrida, que incluyese en su análisis UPP el aumento de eficiencia «estándar», no previsto por dicha normativa.

158. Por consiguiente, debe estimarse asimismo la segunda parte del cuarto motivo de casación y, en consecuencia, este motivo en su totalidad.

***F. Sobre el quinto motivo de casación, basado en un error de Derecho en la medida en que el Tribunal General no apreció el conjunto de factores y pruebas pertinentes***

159. Mediante el quinto motivo de casación, la Comisión reprocha al Tribunal General no haber examinado si los factores y pruebas pertinentes valorados conjuntamente permitían considerar que dicha institución había conseguido demostrar, en el presente asunto, la existencia de un obstáculo significativo para la competencia efectiva. Según dicha institución, el Tribunal General se limitó erróneamente a examinar algunos de los factores y pruebas en apoyo de la primera teoría del perjuicio y de la cuestión de si, considerados aisladamente, eran suficientes a tal efecto. A este respecto, aduce que el Tribunal General desnaturalizó la Decisión controvertida, sustituyó la apreciación económica de la Comisión por la suya propia, aplicó erróneamente los criterios jurídicos pertinentes e incumplió su obligación de motivación.

160. Con carácter preliminar, considero que, contrariamente a lo que alega CK Telecoms, el presente motivo de casación no es inadmisible ni inoperante por el hecho de que la Comisión solicite al Tribunal de Justicia que declare que el Tribunal General debe subsanar las deficiencias que se indican en la Decisión controvertida y examinar de nuevo la concentración en cuestión. La Comisión plantea en su Decisión una cuestión jurídica relativa a la exhaustividad del examen de los factores jurídicos y de las pruebas pertinentes llevado a cabo por el Tribunal General y, por tanto, referente a las normas que regulan la práctica y la valoración de las pruebas. Pues bien, esta cuestión jurídica puede afectar a la procedencia de la apreciación del Tribunal General según la cual la Comisión no demostró, de modo suficiente en Derecho, la existencia de un obstáculo significativo para una competencia efectiva. En efecto, la Comisión reprocha al Tribunal General no haber efectuado ni un análisis global ni una ponderación conjunta de todos esos factores y pruebas, apreciados en la Decisión controvertida en el marco de las diferentes teorías del perjuicio, sino haberse limitado a examinar determinados factores y elementos subyacentes a la primera teoría del perjuicio y su carácter suficiente a tal efecto.

161. En cuanto al fondo, es preciso recordar que la Comisión está obligada a fundamentar una decisión por la que se declare que una operación de concentración supone o no un obstáculo significativo para la competencia efectiva mediante pruebas suficientemente significativas y concordantes,<sup>62</sup> en el bien entendido de que, como se ha señalado en el punto 55 anterior, las exigencias de prueba son perfectamente simétricas a este respecto.<sup>63</sup>

162. Por su parte, el juez de la Unión debe verificar no solo la exactitud material de los elementos probatorios invocados, su fiabilidad y su coherencia, sino también comprobar si tales elementos constituyen el conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar una situación compleja y si son adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de los

<sup>62</sup> Véase, en este sentido, la sentencia de 10 de julio de 2008, Bertelsmann y Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392), apartado 50 y jurisprudencia citada.

<sup>63</sup> Véase, en este sentido, la sentencia de 10 de julio de 2008, Bertelsmann y Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392), apartados 46 y 51.

mismos.<sup>64</sup> Por consiguiente, ese juez está, en principio, obligado a verificar el carácter probatorio del *conjunto* de los elementos de prueba pertinentes y concordantes, aunque impugnados por las partes demandantes, en los que se basa la Comisión para demostrar la existencia de un obstáculo significativo para una competencia efectiva. Por lo demás, en el apartado 76 de la sentencia recurrida, el Tribunal General parece haber hecho suyos estos principios.

163. Al igual que ocurre con las exigencias de prueba que rigen la aplicación del artículo 101, apartado 1, TFUE,<sup>65</sup> es ciertamente posible que cada una de las pruebas aportadas por la Comisión no sea suficiente en sí misma para demostrar que una operación de concentración produce efectos no coordinados que dan lugar a un obstáculo significativo para la competencia efectiva. Sin embargo, es posible que tal demostración se deduzca de un conjunto de factores y elementos de prueba, apreciados globalmente. Esto se corresponde con el enfoque de la Comisión definido en el punto 26 de las Directrices, según el cual hay diversos factores que, aunque considerados por separado no son necesariamente determinantes, pueden incidir en la probabilidad de que una concentración dé lugar a importantes efectos no coordinados, sin que sea necesario que todos estos factores, que no se enumeran exhaustivamente en los puntos 27 a 38 de dichas Directrices, concurran para que tales efectos resulten probables.<sup>66</sup> Además, como se ha indicado en los puntos 64, 97 y 119 anteriores y se ha reconocido en el apartado 287 de la sentencia recurrida, la Comisión siguió este enfoque en la Decisión controvertida.<sup>67</sup>

164. A la inversa, no se excluye que determinados factores o elementos de prueba puedan ser particularmente importantes, incluso decisivos, en el contexto del análisis destinado a demostrar la existencia de un obstáculo significativo para la competencia efectiva. Por consiguiente, en tal supuesto, puede bastar con que el juez de la Unión constatare el carácter insuficientemente probatorio de tales factores o elementos de prueba decisivos para invalidar el enfoque de la Comisión.

165. Esta última premisa parece haber guiado al Tribunal General, al menos implícitamente, en sus conclusiones desarrolladas en los apartados 149, 171 a 173, 249 y 268 de la sentencia recurrida, rebatidas por la Comisión en el contexto del presente motivo de casación, mediante las cuales declaró, en esencia, que el elemento o la prueba examinados, respectivamente, no bastaba por sí solo para acreditar la existencia de un obstáculo significativo para la competencia efectiva.

166. Pues bien, como se desprende de la apreciación que figura en los puntos 93 a 100 y 118 a 122 de las presentes conclusiones, el apartado 171 de la sentencia recurrida, que se refiere al examen del concepto de «fuerza competitiva importante», por una parte, y el apartado 249 de esa sentencia, relativo al examen del criterio de proximidad de la competencia, por otra, adolecen de errores de Derecho. En efecto, en esos apartados, el Tribunal General reprocha erróneamente a la Comisión haber considerado estos dos factores suficientes por sí solos para demostrar la existencia de un obstáculo significativo para la competencia efectiva. Al hacerlo, en su valoración de las pruebas, el Tribunal General les atribuyó, por error, una importancia excesiva, e incluso los calificó de decisivos a efectos de la primera teoría del perjuicio, aun cuando la Comisión solo los examinó como algunos entre otros factores para demostrar la existencia de tal obstáculo.

<sup>64</sup> Sentencias de 15 de febrero de 2005, Comisión contra Tetra Laval (C-12/03 P, EU:C:2005:87), apartado 39, y de 10 de julio de 2008, Bertelsmann y Sony Corporation of America contra Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392), apartado 145.

<sup>65</sup> Véase la sentencia de 26 de enero de 2017, *Commission/Keramag Keramische Werke y otros* (C-613/13 P, EU:C:2017:49), apartado 52 y jurisprudencia citada.

<sup>66</sup> Véase asimismo, en este sentido, la sentencia de 9 de julio de 2007, *Sun Chemical Group y otros/Comisión* (T-282/06, EU:T:2007:203), apartados 56 y 57.

<sup>67</sup> Véanse, en particular, los considerandos 1175 a 1225, y especialmente los considerandos 1226 y 1227 de la Decisión controvertida.

167. Además, como alega la Comisión, el Tribunal General solo valoró algunos de los factores y elementos de prueba en los que se sustenta la conclusión en la Decisión controvertida relativa a la existencia de un obstáculo significativo para la competencia efectiva. Así, mientras que los apartados 128 a 136 de la sentencia recurrida resumen los puntos esenciales de las consideraciones que se desarrollan en esa Decisión en relación con la primera teoría del perjuicio,<sup>68</sup> el Tribunal General consideró que bastaba invalidar dicha teoría y, por ende, la mencionada Decisión en su totalidad, en particular debido a que los dos factores recordados en el punto 166 anterior no eran tan relevantes como para fundamentar el carácter «significativo» de los efectos no coordinados identificados y del obstáculo a una competencia efectiva derivado de estos. Por consiguiente, declinó apreciar el carácter probatorio de los restantes factores y elementos de prueba examinados a tal efecto en los considerandos 330 a 1174 de la Decisión controvertida.

168. Del mismo modo, en el apartado 268 de la sentencia recurrida, por lo que respecta a esa misma teoría del perjuicio, el Tribunal General consideró que el análisis UPP no era un elemento de prueba determinante y que no bastaba para demostrar que la desaparición de las importantes presiones competitivas que las partes ejercían entre sí conllevaría un incremento significativo de los precios y, por lo tanto, un obstáculo significativo para la competencia efectiva.

169. Por otra parte, como alega la Comisión, el Tribunal General estimó, en el apartado 455 de la sentencia recurrida, que no era necesario pronunciarse sobre el carácter independiente o interdependiente de las tres teorías del perjuicio o sobre las demás alegaciones y motivos invocados por CK Telecoms. Por consiguiente, dicho órgano jurisdiccional no efectuó por sí mismo un análisis conjunto de los diversos factores y elementos de prueba, cuestionados por CK Telecoms, en los que se sustentaban esas teorías y en los que se basaba la conclusión final de la Decisión controvertida relativa a la existencia de un obstáculo significativo para la competencia efectiva.

170. Por último, se desprende, en particular, de los apartados 291, 397, 417, 418, y 454 de la sentencia recurrida, así como del punto 32 anterior, que el Tribunal General resolvió el litigio apreciando y estimando o desestimando solo una parte de los motivos, imputaciones y alegaciones formulados por CK Telecoms.

171. De ello se desprende que la Comisión puede reprochar fundadamente al Tribunal General haber realizado, a efectos de la anulación de la Decisión controvertida, una apreciación selectiva y desequilibrada, e incluso incompleta, de los factores y elementos de prueba, calificados sin embargo de pertinentes en dicha Decisión a la luz de los puntos 26 a 38 de las Directrices, y de los motivos y alegaciones invocados por CK Telecoms a este respecto. Pues bien, tal enfoque es contrario a las exigencias que rigen el control jurisdiccional de los elementos de prueba, recordadas en los puntos 162 y 163 anteriores.

<sup>68</sup> Véanse los considerandos 330 a 1174 de la Decisión controvertida. En particular, el Tribunal General tuvo en consideración los factores y elementos de prueba siguientes: antes de la concentración, O2 ejercía una presión competitiva importante y, sin concentración, seguiría ejerciéndola (considerandos 778 a 872 de la Decisión controvertida; véase el apartado 132 de la sentencia recurrida); la entidad fusionada tendrá menos incentivos para ejercer una competencia agresiva tras la operación de concentración (considerandos 873 a 906 de la Decisión controvertida; véase el apartado 133 de la sentencia recurrida); los dos operadores de redes móviles restantes han centrado la competencia principalmente en la producción de valor y en la conservación de la clientela y es poco probable que tengan la misma capacidad competitiva tras la concentración en cuestión y, en cualquier caso, es poco probable que ejerzan una competencia intensa (considerandos 907 a 960 de la Decisión controvertida; véase el apartado 135 de la sentencia recurrida); los no ORM no pueden compensar la importante pérdida de competencia derivada de la concentración en cuestión y es probable que la limitada presión competitiva que ejercen sea aún menor después de dicha concentración (considerandos 961 a 1148 de la Decisión controvertida; véase el apartado 136 de la sentencia recurrida). En cambio, el Tribunal General no recordó el contenido de los considerandos 1149 a 1174 de la Decisión controvertida relativos a la competencia ejercida por los minoristas especializados independientes.

172. CK Telecoms no puede cuestionar esta conclusión basándose en los apartados 284 a 291 de la sentencia recurrida relativos a la evaluación conjunta de los efectos no coordinados, aun cuando la Comisión no haya impugnado esta apreciación en su recurso de casación.

173. Ciertamente, en apoyo del presente motivo de casación, la Comisión solo tiene en cuenta marginalmente dicha apreciación.<sup>69</sup> Tampoco ha cuestionado directamente el apartado 289 de esa sentencia, en el que el Tribunal General reprochó a la Comisión no haber «precisado, en la Decisión [controvertida] si los efectos no coordinados identificados son “significativos” o generarían [...] un obstáculo significativo para la competencia efectiva, como afirma en el considerando 1227 de [esa] Decisión».<sup>70</sup>

174. No obstante, es preciso señalar que, en los apartados 284 a 291 de la sentencia recurrida, el Tribunal General se limitó a responder a la imputación formulada por CK Telecoms según la cual la Comisión no «precisó», en el contexto de su apreciación global, las razones que la llevaron a considerar «significativos» los supuestos efectos no coordinados y, por ende, el supuesto obstáculo para una competencia efectiva.<sup>71</sup> El hecho de que el apartado 288 de dicha sentencia mencione a tal efecto tres factores pertinentes para esa apreciación no implica que el Tribunal General haya realizado un nuevo examen de su carácter probatorio. Así lo confirma la formulación empleada al inicio del apartado 289 de la citada sentencia («con independencia del valor probatorio de este abanico de pruebas y de circunstancias»). Por lo tanto, el examen del Tribunal General a este respecto corresponde más bien al de una motivación insuficiente en la Decisión controvertida en apoyo de la apreciación conjunta de los factores y elementos de prueba pertinentes, como también lo demuestran el empleo del verbo «precisar» y el de la expresión «referencia sumaria».

175. De ello se deduce que, contrariamente a lo que opina CK Telecoms, los apartados 284 a 291 de la sentencia recurrida no permiten demostrar que el Tribunal General haya cumplido su obligación de examinar tales pruebas, mencionada en los puntos 162 y 163 anteriores.

176. De ello deduzco que el Tribunal General incurrió en error de Derecho al obviar el alcance del examen que debería haber llevado a cabo en lo que respecta al conjunto de factores y elementos de prueba pertinentes en los que se basó la Decisión controvertida para demostrar la existencia de un obstáculo significativo para la competencia efectiva.

177. En consecuencia, debe estimarse el presente motivo de casación, sin que sea necesario pronunciarse sobre la cuestión de si, al proceder de este modo, el Tribunal General también sustituyó la apreciación económica de la Comisión por la suya propia, no tuvo en cuenta los criterios jurídicos pertinentes o incumplió su obligación de motivación.

<sup>69</sup> Véase el punto 116, en la nota 53, de su recurso de casación y los puntos 146 y 147 del escrito de contestación de CK Telecoms.

<sup>70</sup> En el punto 120 de su recurso de casación, sin referirse empero directamente al apartado 289 de la sentencia recurrida, la Comisión se limita a afirmar que el umbral de apreciabilidad del carácter «significativo» hace referencia al concepto de «obstáculo significativo para una competencia efectiva», tal como se aplica en las Directrices, y no, de manera individual, a las diferentes constataciones que forman parte de una teoría del perjuicio. Del mismo modo, en la nota 68 que figura en el punto 127 de dicho recurso de casación, la Comisión solo menciona a modo de ejemplo el hecho de que el Tribunal General «no analizase si, junto con los demás efectos negativos derivados de la concentración [en cuestión], el perjuicio global para la competencia que podría resultar de la concentración sería significativo».

<sup>71</sup> Mediante la séptima parte del primer motivo en primera instancia, a la que se responde en los apartados 286 a 291 de la sentencia recurrida, CK Telecoms denunció, en esencia, que la Comisión no había llevado a cabo una evaluación global de la existencia de efectos no coordinados ni había motivado su conclusión, en los considerandos 1226 y 1227 de la Decisión controvertida, de que las supuestas presiones eliminadas por la concentración en cuestión serían significativas en el sentido del punto 25 de las Directrices y de que los supuestos obstáculos para la competencia resultantes de la concentración serían significativos en el sentido del artículo 2, apartado 3, del Reglamento n.º 139/2004.

## ***G. Sobre el sexto motivo de casación, basado en la desnaturalización de la Decisión controvertida y en el incumplimiento de la obligación de motivación***

### *1. Sobre la operatividad del sexto motivo de casación*

178. Mediante su sexto motivo de casación, la Comisión reprocha al Tribunal General, por una parte, haber desnaturalizado la Decisión controvertida al concluir, en los apartados 358 a 361 de la sentencia recurrida, que no había examinado una posible degradación de la calidad de la red de la entidad fusionada a raíz de la concentración en cuestión y, por otra parte, haber incumplido su obligación de motivación al estimar la sexta parte del tercer motivo invocado en primera instancia.

179. CK Telecoms replica que el sexto motivo de casación es inoperante porque la Comisión no rebate las principales consideraciones del Tribunal General relativas a la segunda teoría del perjuicio. Más concretamente, no cuestiona las consideraciones que se indican en los apartados 325, 330, 340, 344, 346 y 347 de la sentencia recurrida, que llevaron al Tribunal General a estimar, en el apartado 348 de dicha sentencia, que la Comisión había concluido equivocadamente que un trastrueque duradero de un acuerdo de uso compartido de redes podría constituir un obstáculo significativo para la competencia ejercida por un socio de tal acuerdo. La Comisión tampoco cuestiona las principales consideraciones del Tribunal General, desarrolladas en los apartados 362 a 397 de la sentencia recurrida, relativas a los efectos de la concentración en cuestión sobre BT/EE y Vodafone. Pues bien, todas estas consideraciones no cuestionadas llevaron al Tribunal General a desestimar la segunda teoría del perjuicio.

180. Como alega la Comisión, en la Decisión controvertida, en particular en el marco de su segunda teoría del perjuicio, dicha institución no llegó a la conclusión de que existiera un obstáculo significativo para una competencia efectiva basándose únicamente en una divergencia de los intereses de los socios de un acuerdo de uso compartido de redes, ya que tal divergencia no fue sino uno de los factores que había tenido en consideración en su análisis.<sup>72</sup> Así pues, el hecho de que la Comisión no se oponga en el contexto del presente motivo de casación a las consideraciones que figuran en los apartados 347 y 348 de la sentencia recurrida no puede hacer que este motivo resulte inoperante. En efecto, de dichas consideraciones se desprende, en esencia, que una posible divergencia de los intereses de los socios de un acuerdo de uso compartido de redes y un trastrueque de los acuerdos de uso compartido de redes preexistentes no constituyen, como tales, un obstáculo significativo para la competencia. Por consiguiente, la Comisión concluyó erróneamente que tal trastrueque duradero podría constituir un obstáculo significativo para la competencia ejercida por parte del socio de tal acuerdo. Pues bien, el presente motivo de casación se refiere asimismo a los restantes factores que la Comisión tomó en consideración para demostrar, en el marco de la segunda teoría del perjuicio, que la concentración controvertida daría lugar a un obstáculo significativo para la competencia efectiva.

181. Por otro lado, como se expone, en particular, en el apartado 361 de la sentencia recurrida, el Tribunal General examinó, en los apartados 362 a 397 de dicha sentencia, si el análisis de la Comisión relativo a los efectos de la concentración sobre BT/EE y sobre Vodafone se basaba en un «razonamiento particularmente sólido y convincente». A tal efecto, el Tribunal General partió de la premisa, expuesta en los apartados 358 a 361 de dicha sentencia y cuestionada en el contexto de la primera parte del presente motivo de casación, de que la Decisión controvertida no incluía un análisis de «una degradación de los servicios ofrecidos o de la calidad de su propia red por parte de la entidad fusionada». Pues bien, dado que estas consideraciones constituyen el fundamento

<sup>72</sup> Véanse los considerandos 1228 y ss. de la Decisión controvertida.

mismo de la apreciación del Tribunal General sobre el valor probatorio de las pruebas examinadas en la Decisión controvertida para demostrar los efectos de la concentración en cuestión sobre BT/EE y sobre Vodafone, realizada en los apartados 362 a 397 de esa misma sentencia, el mero hecho de que la Comisión no cuestione esta última apreciación no implica que el sexto motivo de casación sea inoperante.

182. Por consiguiente, procede examinar el fundamento de las dos partes del presente motivo de casación.

## *2. Sobre la primera parte del sexto motivo de casación, basada en la desnaturalización de la Decisión controvertida*

183. Mediante la primera parte del sexto motivo de casación, la Comisión alega que el Tribunal General desnaturalizó la Decisión controvertida y concluyó, por error, que debía desestimarse la segunda teoría del perjuicio al considerar erróneamente, en los apartados 358 a 361 de la sentencia recurrida, que la referida institución no había llevado a cabo la apreciación de una posible degradación de la calidad de la red de la entidad fusionada. La Comisión precisa, en esencia, que, en particular, en los considerandos 1558 a 1562 y 1732 a 1742 de dicha Decisión, apreció el riesgo de reducción de la calidad de la red de la entidad fusionada y la consiguiente debilitación de la presión competitiva ejercida sobre los demás operadores de redes móviles que acarrearía la concentración.

184. CK Telecoms recuerda que la segunda teoría del perjuicio comprende dos sub-teorías relativas a los acuerdos de uso compartido de redes. Los apartados 358 a 361 de la sentencia recurrida, impugnados por la Comisión, forman parte del análisis del Tribunal General relativo a la primera sub-teoría del perjuicio, esto es, aquella según la cual existiría una reducción de la presión competitiva ejercida por los demás competidores —ya sea BT/EE o Vodafone— sobre la entidad fusionada. Según CK Telecoms, ninguno de los considerandos de la Decisión controvertida invocados por la Comisión —que dicha institución estima que incluyen un análisis de la degradación de la red de la entidad fusionada— se refiere a la primera sub-teoría. Los referidos considerandos versan únicamente sobre la segunda sub-teoría del perjuicio, es decir, la relativa a la eventual reducción de las inversiones de todo el sector como consecuencia de una mayor transparencia que fue examinada en los apartados 398 a 418 de la sentencia recurrida.

185. Con carácter preliminar, es preciso recordar que, como se desprende del apartado 292 de la sentencia recurrida, en el curso del procedimiento administrativo, Three presentó dos planes de consolidación de las redes: el «plan [A]» y el «plan [B]». <sup>73</sup> Esos planes se basaban en la existencia de dos acuerdos de uso compartido de redes, por una parte, entre BT/EE y Three —conocido como MBNL—, y, por otra parte, entre Vodafone y O2 —conocido como Beacon—, a través de los cuales esos operadores habían consolidado sus redes respectivas para poder compartir los costes del despliegue de sus redes, sin por ello dejar de competir en el nivel minorista. En virtud de dichos planes, no se esperaba que la entidad fusionada mantuviera dos redes separadas a largo plazo, sino que, como se indica en los apartados 410, 413 y 416 de la sentencia recurrida, se preveía la creación de una sola red consolidada.

<sup>73</sup> Datos confidenciales entre corchetes a los que se hace referencia, en la versión pública de la sentencia recurrida, como «planes [A] y [B]».

186. En el marco de la segunda teoría del perjuicio relativa a los acuerdos de uso compartido de redes, la Comisión desarrolló dos sub-teorías.<sup>74</sup> La primera de esas sub-teorías consiste, en esencia, en considerar que la concentración en cuestión podría dar lugar a una reducción de la presión competitiva ejercida por los demás competidores, esto es, BT/EE o Vodafone, sobre la entidad fusionada,<sup>75</sup> mientras que la segunda contempla la situación de un uso compartido de redes generado por la operación, que llevaría a una reducción de las inversiones en el sector de la infraestructura de redes. En efecto, del considerando 1233 de la Decisión controvertida se desprende que tal concentración podría traducirse en una reducción de las sinergias que afectaría a los socios de los acuerdos de uso compartido de redes y permitiría un comportamiento de inversión oportunista por parte de la entidad resultante de la concentración, lo cual reduciría las inversiones en el sector y, por consiguiente, el grado de competencia efectiva que existiría de no haberse llevado a cabo la operación.<sup>76</sup> Además, tras haber señalado, en los considerandos 1235 a 1243 de esa Decisión, la importancia de una coincidencia de los intereses entre las partes de un acuerdo de uso compartido de redes, la Comisión examinó a la luz de las dos sub-teorías del perjuicio mencionadas, en los considerandos 1244 a 1784 de dicha Decisión, los planes de consolidación de las redes.

187. La posible evolución del mercado a raíz de la concentración en cuestión se expone en los considerandos 1368 a 1784 de la Decisión controvertida, cuyos considerandos 1391 a 1567 se refieren a los efectos del plan [A] y los considerandos 1598 a 1749 a los del plan [B]. En este contexto, la Comisión examinó, respectivamente, dichos efectos, en primer término, sobre BT/EE, y en particular sobre la red MBNL; en segundo término, sobre Vodafone, y en concreto sobre la red Beacon, y, por último, sobre la inversión global en las redes de que se trata. Además, en su análisis de la incidencia de esos planes sobre la inversión global en las redes respectivas, la Comisión señaló, en particular, en los considerandos 1556 a 1562 y en los considerandos 1732 a 1742 de la Decisión controvertida, respectivamente, que la transparencia reforzada de las inversiones entre los operadores de redes móviles podría reducir sus incentivos para invertir en las redes y, por consiguiente, influir significativamente de modo negativo en las mencionadas redes en el sector.

188. En particular, por una parte, en los considerandos 1559 a 1561 y 1734 de la Decisión controvertida, la Comisión consideró, en esencia, que, debido a esa transparencia reforzada, la entidad fusionada podría conocer las inversiones en tecnología de BT/EE en favor de la red MBNL y, de este modo, decidir aplicar ella misma esa tecnología en beneficio de la red Beacon [*confidencial*]. A la inversa, según la Comisión, Vodafone podría reparar en la intención de la entidad fusionada de implantar dicha tecnología y, por ende, verse incentivada a no realizar tales inversiones en tecnología hasta que lo hiciera la entidad fusionada. Por otra parte, en los considerandos 1735 y 1736 de dicha Decisión, la Comisión estimó que, en virtud del plan [B], la entidad fusionada podría conocer las inversiones previstas por BT/EE o por Vodafone y tener un aliciente para llevar a cabo inversiones análogas, tanto en el este como en el oeste [*confidencial*]. En el considerando 1737 de la citada Decisión, concluyó que la transparencia reforzada implicaría que BT/EE y Vodafone pudieran esperar a que la entidad fusionada llevara a cabo tales inversiones en el desarrollo de nuevas tecnologías importantes, antes de realizar sus propias inversiones.

<sup>74</sup> Véanse los considerandos 1229 a 1234 de la Decisión controvertida y el apartado 295 de la sentencia recurrida.

<sup>75</sup> Véase el considerando 1232 de la Decisión controvertida y el apartado 298 de la sentencia recurrida.

<sup>76</sup> Véase asimismo el apartado 299 de la sentencia recurrida.

189. Conforme a la premisa que figura en el considerando 1275 de la Decisión controvertida, según la cual otra forma de reducir la presión competitiva ejercida por un socio de un acuerdo de uso compartido de redes consiste en degradar la calidad de la red bloqueando o frustrando las inversiones en la red por otro socio de ese acuerdo, la Comisión efectuó un análisis de la posible degradación de la calidad tanto de la red MBNL como de la red Beacon estableciendo una relación entre el bloqueo o la frustración de las inversiones, por una parte, y dicha degradación de la calidad, por otra. Además, de ello se desprende que la Comisión consideró desde el principio que la reducción de la presión competitiva podría consistir, en particular, en tal degradación por parte de la entidad fusionada de la calidad de su propia red, como se indica en el apartado 358 de la sentencia recurrida.

190. Por lo tanto, de la motivación de la Decisión controvertida se desprende manifiestamente que el Tribunal General reprochó erróneamente a la Comisión, en los apartados 358 y 361 de la sentencia recurrida, por una parte, no haber analizado, en esa Decisión, «los efectos no coordinados de la concentración [en cuestión] en relación con un posible ejercicio del poder de mercado, en forma de una degradación de los servicios ofrecidos o de la calidad de su propia red por parte de la entidad fusionada». Por otra parte, el Tribunal General también consideró erróneamente que «la inexistencia de un examen en profundidad de estas cuestiones representa un defecto en [su] análisis en la Decisión [controvertida], que necesitaría, para prosperar, un razonamiento particularmente sólido y convincente en lo referente a los efectos sobre los competidores».

191. Esta apreciación no queda desvirtuada por la alegación formalista planteada por CK Telecoms según la cual, desde el punto de vista de la estructura de la Decisión controvertida, la Comisión apreció los efectos de los planes [A] y [B] sobre la inversión global en las redes respectivas bajo dos epígrafes distintos.

192. Ciertamente, por una parte, «los efectos del plan [A o B] sobre la inversión global en las redes» se examinan, respectivamente, en los considerandos 1555 y siguientes y en los considerandos 1725 y siguientes de dicha Decisión, esto es, en el contexto de la apreciación de la *segunda* sub-teoría del perjuicio. Por otra parte, los apartados 358 a 361 de la sentencia recurrida, rebatidos por la Comisión, exponen consideraciones generales del Tribunal General relativas a la *primera* sub-teoría del perjuicio según la cual podría producirse una reducción de la presión competitiva ejercida sobre los competidores de la entidad fusionada. Sin embargo, en su análisis de los efectos de ambos planes de consolidación de tales redes sobre BT/EE y Vodafone y sobre la inversión global en las redes, recordada en los puntos 187 y 188 anteriores, la Comisión no estableció formalmente una distinción en función de la sub-teoría propuesta, sino que, por el contrario, realizó referencias cruzadas a las diferentes partes pertinentes de la Decisión controvertida.<sup>77</sup>

193. En conclusión, considero que el Tribunal General desnaturalizó el contenido de la Decisión controvertida y que procede estimar la primera parte del sexto motivo de casación.

<sup>77</sup> Véanse los considerandos 1733 y 1737 de la Decisión controvertida.

### *3. Sobre la segunda parte del sexto motivo de casación, basada en el incumplimiento de la obligación de motivación*

194. Mediante la segunda parte del sexto motivo de casación, la Comisión alega que el Tribunal General incumplió su obligación de motivación. Los fundamentos de la sentencia recurrida ni permiten a la Comisión conocer las razones por las que el Tribunal General estimó la sexta parte del tercer motivo invocado en primera instancia ni al Tribunal de Justicia ejercer su facultad de control de la sentencia recurrida a este respecto.

195. A modo de recordatorio, mediante la sexta parte del tercer motivo invocada ante el Tribunal General, CK Telecoms había reprochado a la Comisión haber incurrido en un error de Derecho y en errores manifiestos de apreciación en su análisis de los efectos de la concentración controvertida sobre las inversiones en las redes, en particular en relación con el mecanismo previsto en el plan [B] que daba lugar a una transparencia reforzada de las inversiones entre los operadores de redes móviles que podría reducir sus incentivos para invertir en esas redes.<sup>78</sup> Más concretamente, según CK Telecoms, tales errores consistían, por una parte, en la errónea calificación por parte de la Comisión de sus inquietudes como referidas a los «efectos no coordinados», a pesar de que guardaban relación con los «efectos coordinados», en el sentido del punto 22 de las Directrices, y, por otra parte, en el hecho de no tener en consideración que el objeto de los compromisos ofrecidos por CK Telecoms no era abordar la cuestión relativa la reducción de dichas inversiones en las citadas redes.

196. En los apartados 402 a 407 de la sentencia recurrida, el Tribunal General examinó, en primer lugar, los considerandos de la Decisión controvertida relativos a la posible reducción de las inversiones globales en dichas redes como consecuencia de esa transparencia reforzada. A continuación, el Tribunal General consideró, en el apartado 408 de dicha sentencia, que se enfrentaba a «una dificultad particular en el presente asunto, relativa al control judicial que el Tribunal [debía] ejercer sobre la Decisión [controvertida], derivada del hecho de que la Comisión no [había] definido el marco temporal adecuado dentro del cual pretendía demostrar la existencia de un obstáculo significativo para la competencia efectiva».

197. Además, en el apartado 410 de la sentencia recurrida se indica que ha quedado demostrado, en particular en los considerandos 1239 y 1244 de la Decisión controvertida, que, con independencia de cuál sea el plan de consolidación de la red por el que opten finalmente las partes de la concentración, estas no mantendrían a largo plazo dos redes separadas<sup>79</sup> y que «no parece que la referencia a largo plazo haya sido considerada [por la Comisión] como marco temporal adecuado para evaluar los efectos de la concentración en la Decisión [controvertida]».

198. En el apartado 415 de la sentencia recurrida se precisa que «el análisis de los efectos de una operación de concentración en un mercado oligopolístico en el sector de las telecomunicaciones, que necesita inversiones a largo plazo, y en el que los consumidores quedan vinculados por contratos de varios años de duración, es un análisis prospectivo dinámico que exige que se tomen en cuenta eventuales efectos coordinados o unilaterales en un lapso de tiempo relativamente amplio en el futuro».

199. El Tribunal General concluyó, en esencia, en los apartados 416 y 417 de la sentencia recurrida, que, habida cuenta de que las partes de la concentración no mantendrían a largo plazo dos redes separadas, la Comisión había incurrido en error de Derecho al calificar de efecto no

<sup>78</sup> Véanse los considerandos 1732 a 1742 de la Decisión controvertida y los apartados 398 y 399 de la sentencia recurrida.

<sup>79</sup> Véase asimismo el apartado 416 de la sentencia recurrida.

coordinado la incidencia de una transparencia reforzada en la inversión global en las redes, «en la medida en que [la segunda sub-teoría] se basa en la hipótesis [errónea] de la existencia de dos redes separadas».

200. Sin embargo, hay que señalar que CK Telecoms no reprochó a la Comisión ni en su escrito de demanda<sup>80</sup> ni en su escrito de réplica<sup>81</sup> en primera instancia que la mencionada institución no hubiera precisado o analizado el marco temporal adecuado dentro del cual pretendía demostrar la existencia de efectos no coordinados y de un obstáculo significativo para la competencia efectiva. Por el contrario, como se desprende del punto 195 anterior, la apreciación del Tribunal General recordada en el punto 199 no se refleja en las imputaciones invocadas por CK Telecoms. En efecto, el razonamiento desarrollado por el Tribunal General en los apartados 408 y 415 de la sentencia recurrida, recordado en el punto 196 anterior, indica que dicho Tribunal abordó de oficio<sup>82</sup> la imputación basada en la falta de precisión del «marco temporal» y en el análisis de los efectos no coordinados «a largo plazo».

201. De ello se deduce que la respuesta del Tribunal General a la sexta parte del tercer motivo invocada ante él, desarrollada en los apartados 398 a 416 de la sentencia recurrida y basada en un aspecto que planteó de oficio, no se corresponde ni con las imputaciones formuladas por CK Telecoms ni con la conclusión que figura en el apartado 417 de dicha sentencia sobre cuya base el Tribunal General estimó dicha parte. Por consiguiente, los referidos apartados están viciados por una motivación contradictoria que infringe la obligación de motivación de las sentencias.<sup>83</sup>

202. En consecuencia, procede estimar también la segunda parte del sexto motivo de casación y, por ende, este motivo en su totalidad.

## V. Devolución del asunto al Tribunal General

203. De conformidad con el artículo 61 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuando se estime el recurso de casación, el Tribunal de Justicia anulará la resolución del Tribunal General. El Tribunal de Justicia podrá o bien resolver él mismo definitivamente el litigio, cuando su estado así lo permita, o bien devolver el asunto al Tribunal General para que este último lo resuelva de nuevo.

204. De todas las consideraciones anteriores se desprende que el recurso de casación es fundado y que la sentencia recurrida debe anularse en su totalidad, en particular, sobre la base de los errores de Derecho señalados en la apreciación de los motivos de casación primero a tercero.

205. Pues bien, con independencia de la cuestión de si el Tribunal de Justicia debe valorar también los demás motivos de casación a efectos de tal anulación, considero que no dispone de los elementos necesarios para pronunciarse definitivamente sobre todos los motivos invocados en primera instancia. Por último, se desprende, en particular, de los apartados 291,<sup>84</sup> 397,<sup>85</sup> 417,

<sup>80</sup> Véanse los puntos 205 a 215 del escrito de demanda.

<sup>81</sup> Véanse los puntos 133 a 138 del escrito de réplica.

<sup>82</sup> A falta de denuncia expresa de la Comisión en este sentido, no es necesario examinar si este enfoque vulnera el principio «*ne ultra petita*»; véase, a este respecto, la sentencia de 14 de noviembre de 2017, *British Airways/Comisión* (C-122/16 P, EU:C:2017:861), apartado 81 y jurisprudencia citada.

<sup>83</sup> Véanse las sentencias de 19 de enero de 2017, *Comisión/Total y Elf Aquitaine* (C-351/15 P, EU:C:2017:27), apartado 19 y jurisprudencia citada, y de 11 de junio de 2020, *Comisión/Di Bernardo* (C-114/19 P, EU:C:2020:457), apartado 55 y jurisprudencia citada.

<sup>84</sup> Este apartado estima el primer motivo invocado por CK Telecoms, sin pronunciarse, no obstante, sobre las partes sexta y séptima de este.

<sup>85</sup> Este apartado se limita a estimar las partes tercera, cuarta y quinta del tercer motivo invocado por CK Telecoms.

418,<sup>86</sup> y 454<sup>87</sup> de la sentencia recurrida, así como del punto 32 de las presentes conclusiones, que el Tribunal General resolvió el litigio apreciando y estimando o desestimando solo una parte de los motivos, imputaciones y alegaciones formulados por CK Telecoms. Además, no se pronunció sobre el quinto motivo por el que se cuestionaba la apreciación de determinados compromisos ofrecidos por dicha empresa.<sup>88</sup> Por último, al actuar de este modo, el Tribunal General evitó pronunciarse sobre la totalidad de los factores y pruebas que la Comisión apreció en la Decisión controvertida<sup>89</sup> para llegar a la conclusión de que la operación de concentración en cuestión daba lugar a efectos no coordinados y cumplía los requisitos de un obstáculo significativo para la competencia efectiva, en el sentido del artículo 2, apartado 3, del Reglamento n.º 139/2004, los cuales fueron cuestionados por CK Telecoms.

206. Por consiguiente, considero, al igual que la Comisión, que el estado del asunto no permite resolverlo y que debe devolverse al Tribunal General, con reserva de las costas, para que este se pronuncie sobre el litigio en su totalidad.

## VI. Conclusión

207. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que resuelva lo siguiente:

- 1) Anular la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 28 de mayo de 2020, CK Telecoms UK Investments/Comisión (T-399/16, EU:T:2020:217).
- 2) Devolver el asunto al Tribunal General.
- 3) Reservar la decisión sobre las costas.

<sup>86</sup> Estos apartados estiman la sexta parte del tercer motivo, sin pronunciarse, no obstante, sobre las «restantes partes de este motivo», es decir, sus partes primera, segunda y séptima.

<sup>87</sup> Este apartado estima las tres primeras partes del cuarto motivo, sin pronunciarse, no obstante, sobre las partes cuarta, quinta y sexta de dicho motivo.

<sup>88</sup> Véanse los apartados 125 y 455 de la sentencia recurrida.

<sup>89</sup> Véanse en particular, los puntos 122 y 180 de las presentes conclusiones.