



Recopilación de la Jurisprudencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL GENERAL (Sala Séptima ampliada)

de 23 de febrero de 2022*

«Responsabilidad extracontractual — Competencia — Mercados de servicios internacionales de entrega urgente de paquetes pequeños en el EEE — Concentración — Decisión por la que se declara la concentración incompatible con el mercado interior — Anulación de la Decisión mediante sentencia del Tribunal General — Derecho de defensa — Infracción suficientemente caracterizada de una norma jurídica que confiere derechos a los particulares — Relación de causalidad»

En el asunto T-834/17,

United Parcel Service, Inc., con domicilio social en Atlanta, Georgia (Estados Unidos), representada por el Sr. A. Ryan, Solicitor, y los Sres. F. Hoseinian, W. Knibbeler, A. Pliego Selie y F. Roscam Abbing, abogados,

parte demandante,

contra

Comisión Europea, representada por los Sres. N. Khan, P. Berghe, M. Farley y R. Leupold Henning, en calidad de agentes,

parte demandada,

que tiene por objeto un recurso basado en el artículo 268 TFUE por el que se solicita la reparación del perjuicio supuestamente sufrido por la demandante como consecuencia de la ilegalidad de la Decisión C(2013) 431 de la Comisión, de 30 de enero de 2013, por la que se declara una operación de concentración incompatible con el mercado interior y el funcionamiento del Acuerdo EEE (asunto COMP/M.6570 — UPS/TNT Express),

EL TRIBUNAL GENERAL (Sala Séptima ampliada),

integrado por el Sr. S. Pappasavvas, Presidente, y el Sr. R. da Silva Passos, la Sra. I. Reine, y los Sres. L. Truchot y M. Sampol Pucurull (Ponente), Jueces;

Secretaria: Sra. E. Artemiou, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 28 de octubre de 2020;

dicta la siguiente

* Lengua de procedimiento: inglés.

Sentencia

I. Antecedentes del litigio

- 1 En el Espacio Económico Europeo (EEE), la demandante, United Parcel Service, Inc. (en lo sucesivo, «UPS» o «demandante») y TNT Express NV (en lo sucesivo, «TNT») son dos sociedades presentes en los mercados de servicios internacionales de entrega urgente de paquetes pequeños.
- 2 El 26 de junio de 2012, la Comisión Europea publicó un anuncio de notificación previa de una operación de concentración (asunto COMP/M.6570 — UPS/TNT Express) (DO 2012, C 186, p. 9), en aplicación del artículo 4 del Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO 2004, L 24, p. 1), tal como se aplica por el Reglamento (CE) n.º 802/2004 de la Comisión, de 21 de abril de 2004 (DO 2004, L 133, p. 1).
- 3 El 11 de enero de 2013, la Comisión informó a UPS de que tenía la intención de prohibir la operación de concentración proyectada entre ella y TNT.
- 4 El 14 de enero de 2013, UPS publicó esta información mediante un comunicado de prensa.
- 5 El 18 de enero de 2013, el Comité consultivo previsto en el artículo 19 del Reglamento n.º 139/2004 emitió un dictamen favorable sobre el proyecto de Decisión de la Comisión por la que se declara incompatible la operación de concentración entre UPS y TNT.
- 6 El 30 de enero de 2013, la Comisión adoptó la Decisión C(2013) 431, por la que se declara una operación de concentración incompatible con el mercado interior y el funcionamiento del Acuerdo EEE (asunto COMP/M.6570 — UPS/TNT Express) (en lo sucesivo, «Decisión controvertida»). La Comisión consideró que la operación de concentración entre UPS y TNT constituiría un obstáculo significativo a la competencia efectiva en los mercados de los servicios en cuestión en quince Estados miembros, a saber, en Bulgaria, República Checa, Dinamarca, Estonia, Letonia, Lituania, Hungría, Malta, Países Bajos, Polonia, Rumanía, Eslovenia, Eslovaquia, Finlandia y Suecia.
- 7 Mediante comunicado de prensa del mismo día, UPS anunció que renunciaba a la operación de concentración proyectada.
- 8 El 5 de abril de 2013, UPS interpuso ante el Tribunal General un recurso de anulación de la Decisión controvertida, registrado con el número T-194/13, y una solicitud de procedimiento acelerado, solicitud que fue desestimada por el Tribunal.
- 9 El 7 de abril de 2015, FedEx Corp. anunció una oferta de compra de TNT.
- 10 El 4 de julio de 2015, la Comisión publicó un anuncio de notificación previa de una operación de concentración (asunto M.7630 — FedEx/TNT Express) (DO 2015, C 220, p. 15), relativo a la operación mediante la que FedEx debía adquirir TNT.

- 11 El 8 de enero de 2016, la Comisión adoptó la Decisión por la que una operación de concentración se declara compatible con el mercado interior y el funcionamiento del Acuerdo EEE (asunto M.7630 — FedEx/TNT Express), de la que se publicó un resumen en el *Diario Oficial de la Unión Europea* (DO 2016, C 450, p. 12), relativa a la operación entre FedEx y TNT.
- 12 Mediante sentencia de 7 de marzo de 2017, United Parcel Service/Comisión (T-194/13, EU:T:2017:144), el Tribunal anuló la Decisión controvertida.
- 13 El 16 de mayo de 2017, la Comisión interpuso un recurso de casación contra la sentencia de 7 de marzo de 2017, United Parcel Service/Comisión (T-194/13, EU:T:2017:144), que el Tribunal de Justicia desestimó mediante sentencia de 16 de enero de 2019, Comisión/United Parcel Service (C-265/17 P, EU:C:2019:23).

II. Procedimiento y pretensiones de las partes

- 14 Mediante demanda presentada en la Secretaría del Tribunal General el 29 de diciembre de 2017, UPS interpuso el presente recurso.
- 15 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal el 29 de enero de 2018, la Comisión solicitó al Tribunal que suspendiera el procedimiento a la espera de que se resolviera el recurso de casación en el asunto C-265/17 P o, con carácter subsidiario, que adoptara una diligencia de ordenación del procedimiento dirigida a que el Tribunal determinase, en primer término, si concurrían los requisitos para que se generase la responsabilidad de la Unión Europea en virtud del artículo 340 TFUE, aparte de la existencia de un perjuicio, y, por lo tanto, en segundo término, si no era necesaria ninguna contribución de las partes por lo que atañe al importe del perjuicio alegado hasta nueva orden.
- 16 Mediante resolución de 6 de febrero de 2018, el Presidente de Sala decidió suspender el procedimiento hasta que se dictara sentencia en el asunto C-265/17 P. En cambio, el Tribunal no accedió a la solicitud de diligencias de ordenación del procedimiento de la Comisión.
- 17 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal el 25 de enero de 2019, la Comisión solicitó de nuevo la adopción de una diligencia de ordenación del procedimiento consistente en que el Tribunal determinara, con carácter preliminar, si concurrían los requisitos para que se generase la responsabilidad de la Unión en virtud del artículo 340 TFUE, excluyendo cualquier cuestión relativa a la existencia de cualquier tipo de perjuicio alegado por UPS y, por lo tanto, dispensase a las partes de abordar las cuestiones relativas al importe del perjuicio alegado hasta nueva orden.
- 18 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal el 14 de febrero de 2019, UPS se opuso a esta solicitud y el Tribunal no accedió a la solicitud de diligencias de ordenación del procedimiento de la Comisión.
- 19 Al modificarse la composición del Tribunal, mediante decisión de 17 de octubre de 2019, el Presidente del Tribunal, con arreglo al artículo 27, apartado 3, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal General, reatribuyó el asunto a un nuevo Juez Ponente, adscrito a la Sala Séptima.
- 20 A propuesta de la Sala Séptima, el Tribunal decidió, de conformidad con el artículo 28 del Reglamento de Procedimiento, remitir el asunto a una Sala ampliada.

- 21 A propuesta del Juez Ponente, el Tribunal (Sala Séptima ampliada) decidió abrir la fase oral del procedimiento y, en el marco de las diligencias de ordenación del procedimiento previstas en el artículo 89 del Reglamento de Procedimiento, formuló preguntas por escrito a las partes, a las que estas respondieron en el plazo señalado. El Tribunal también formuló una pregunta por escrito a las partes, invitándolas a responderla en la vista.
- 22 UPS solicita al Tribunal que:
- Le conceda una indemnización por importe de 1 742 millones de euros, más los intereses aplicables.
 - Le conceda una compensación por los impuestos con los que será gravada la indemnización obtenida, con arreglo al tipo impositivo aplicable en la fecha en que se dicte la sentencia del Tribunal.
 - Condene en costas a la Comisión.
- 23 La Comisión solicita al Tribunal que:
- Desestime el recurso.
 - Condene en costas a la demandante.

III. Fundamentos de Derecho

A. Sobre la admisibilidad de determinados motivos, alegaciones y elementos de prueba

- 24 La Comisión alega que los escritos de UPS son confusos y no se ajustan ni a lo dispuesto en el artículo 76, letra d), del Reglamento de Procedimiento, ni a lo dispuesto en el artículo 85 de dicho Reglamento y que, por consiguiente, deben declararse inadmisibles determinadas alegaciones y determinados elementos de prueba presentados en su apoyo.

1. Carácter confuso de la argumentación de UPS

- 25 La Comisión reprocha a UPS haber desarrollado su argumentación de manera dispersa, sin respetar la formulación de los motivos del recurso. La Comisión afirma que el recurso se basa en tres motivos, correspondientes a cada uno de los requisitos necesarios para que se genere la responsabilidad extracontractual de la Unión. Sin embargo, a su entender, UPS desarrolló varias alegaciones fuera del motivo con el que guardaban relación por su esencia. Así, según la Comisión, UPS formuló, en la demanda, alegaciones referentes a la ilegalidad en las partes dedicadas a la relación de causalidad. Asimismo, sostiene que, en la fase de réplica, UPS trató los dos conjuntos, invocando en la parte dedicada al perjuicio alegaciones relativas a los otros dos requisitos de la responsabilidad extracontractual de la Unión. La Comisión estima que el Tribunal no debe agrupar estas alegaciones, puesto que, formalmente, no corresponden al enunciado del motivo en cuyo marco se invocan.

- 26 En el caso de autos, es cierto que UPS desarrolló en la demanda una parte de su argumentación relativa a las ilegalidades alegadas en el marco de motivos relativos a los demás requisitos necesarios para que se genere la responsabilidad extracontractual de la Unión, en particular, en el relativo a la relación de causalidad. Si bien tal falta de coherencia puede contribuir a que el recurso sea confuso, no puede implicar su inadmisibilidad, ni siquiera parcial, si los elementos esenciales de hecho y de Derecho en los que se basan las pretensiones se exponen de manera sumaria, clara y precisa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y en el artículo 76, letra d), del Reglamento de Procedimiento, permitiendo así a la parte demandada salvaguardar sus derechos y al Tribunal resolver el litigio. Para atenerse a estos requisitos, toda demanda que tenga por objeto, como en el presente asunto, la reparación de los daños presuntamente causados por instituciones de la Unión deberá contener los elementos que permitan identificar tanto el comportamiento que el demandante reprocha a las instituciones como las razones por las que estima que existe una relación de causalidad entre dicho comportamiento y el perjuicio que alega haber sufrido (véase la sentencia de 14 de diciembre de 2005, FIAMM y FIAMM Technologies/Consejo y Comisión, T-69/00, EU:T:2005:449, apartado 68 y jurisprudencia citada).
- 27 Pues bien, aunque la organización de determinadas alegaciones de hecho y de Derecho presentadas por la demandante carece de rigor, no es menos cierto que el Tribunal, al igual que la Comisión, están en condiciones de identificar los elementos de hecho y de Derecho en los que se basan las pretensiones de la demandante. Por otra parte, la Comisión no invoca ninguna regla específica en apoyo de su afirmación de que el Tribunal no puede reagrupar, según su esencia, las alegaciones presentadas formalmente de manera dispersa. En cualquier caso, tal afirmación es difícilmente conciliable con el hecho de que, en el examen de los motivos del recurso, el Tribunal no está en absoluto obligado a seguir, en su razonamiento, el orden en el que tales motivos fueron expuestos (sentencia de 25 de marzo de 2010, Sviluppo Italia Basilicata/Comisión, C-414/08 P, EU:C:2010:165, apartado 57). El Tribunal puede, atendiendo a la esencia de la argumentación, proceder a su reclasificación (véanse, en este sentido, las sentencias de 19 de noviembre de 1998, Parlamento/Gaspari, C-316/97 P, EU:C:1998:558, apartado 21, y de 28 de julio de 2011, Mediaset/Comisión, C-403/10 P, no publicada, EU:C:2011:533, apartados 92 y 93). Por tanto, también puede, atendiendo a la esencia de la argumentación, proceder a su examen según un orden diferente de aquel en el que se presentó.
- 28 En estas circunstancias, desestimar una parte de la argumentación de la demandante basándose únicamente en que su esencia no se corresponde exactamente con el título de la sección del escrito en la que dicha argumentación se expone sería caer en un formalismo excesivo, que podría constituir un obstáculo al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»).
- 29 La causa de inadmisión de la Comisión basada en el carácter confuso del recurso es infundada y debe ser desestimada.

2. Infracción del artículo 76, letra d), del Reglamento de Procedimiento

- 30 La Comisión sostiene que los escritos de UPS no son conformes con el artículo 76, letra d), del Reglamento de Procedimiento, lo que conlleva, a su juicio, la inadmisibilidad de determinadas alegaciones y determinados elementos de prueba.

- 31 A este respecto, debe recordarse que, en virtud del artículo 21 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, aplicable al Tribunal General en virtud del artículo 53, párrafo primero, del mismo Estatuto, y del artículo 76, letra d), del Reglamento de Procedimiento, la demanda deberá contener el objeto del litigio y la exposición sumaria de los motivos invocados.
- 32 Con el fin de garantizar la seguridad jurídica y una buena administración de justicia, esa exposición sumaria de los motivos de la parte demandante debe ser suficientemente clara y precisa para permitir a la parte demandada preparar su defensa y al órgano jurisdiccional competente resolver el recurso (sentencia de 11 de septiembre de 2014, MasterCard y otros/Comisión, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, apartado 41).
- 33 En este sentido, para declarar la admisibilidad de un recurso ante el Tribunal es preciso, en particular, que los elementos esenciales de hecho y de Derecho sobre los que esté basado consten, al menos sucintamente, pero de manera coherente y comprensible, en el propio tenor de la demanda. Si bien ciertos extremos específicos del texto pueden apoyarse y completarse mediante remisiones a pasajes determinados de documentos adjuntos, una remisión global a otros escritos, aunque figuren como anexo de la demanda, no puede paliar la falta de los elementos esenciales de la argumentación jurídica que en virtud de las disposiciones antes citadas deben figurar en la demanda (sentencia de 11 de septiembre de 2014, MasterCard y otros/Comisión, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, apartado 40).
- 34 No incumbe al Tribunal buscar e identificar, en los anexos, los motivos que a su juicio podrían constituir el fundamento del recurso, puesto que los anexos tienen una función puramente probatoria e instrumental (sentencias de 17 de septiembre de 2007, Microsoft/Comisión, T-201/04, EU:T:2007:289, apartado 94, y de 9 de marzo de 2015, Deutsche Börse/Comisión, T-175/12, no publicada, EU:T:2015:148, apartado 354). Los mismos requisitos se imponen cuando se formula un argumento en apoyo de un motivo planteado ante el Tribunal (sentencias de 11 de septiembre de 2014, MasterCard y otros/Comisión, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, apartado 41, y de 16 de septiembre de 2020, BP/FRA, C-669/19 P, no publicada, EU:C:2020:713, apartado 54).

a) Sobre la admisibilidad de la argumentación de UPS sobre la vulneración de los derechos procedimentales

- 35 La Comisión sostiene que procede declarar la inadmisibilidad de la argumentación mediante la cual UPS sostiene que sus derechos procedimentales fueron vulnerados debido a que no se les comunicaron los criterios de evaluación de las eficiencias antes de la adopción de la Decisión controvertida. A su entender, UPS se limitó, en el apartado 42 de la demanda, a formular críticas generales y abstractas contra la Decisión controvertida y determinados actos anteriores a esta. Según la Comisión, al no haber identificado con precisión los pasajes controvertidos, esta argumentación no se ajusta a las exigencias del artículo 76, letra d), del Reglamento de Procedimiento.
- 36 Es preciso señalar, no obstante, que de la lectura del apartado 42 de la demanda se desprende que UPS reprocha a la Comisión, en esencia, no haber analizado seriamente el carácter verificable de las eficiencias alegadas, ni haber enunciado por anticipado los criterios conforme a los cuales se evaluarían esas eficiencias. UPS denuncia, pues, una omisión en el análisis de la Comisión y una falta de información sobre el objeto y el nivel de prueba exigidos. Por consiguiente, no puede reprocharse a UPS no haber identificado con precisión en la demanda, entre los actos adoptados por la Comisión, elementos cuya ausencia denuncia UPS.

- 37 Por otra parte, procede señalar que dicho apartado 42 de la demanda se refiere a determinados pasajes del pliego de cargos y de la Decisión controvertida. UPS designó, por tanto, con precisión los elementos que considera pertinentes para compararlos entre ellos y demostrar que la Comisión no desveló su análisis de las eficiencias hasta la fase de la Decisión controvertida.
- 38 De ello se deduce que las causas de inadmisión invocadas por la Comisión carecen de fundamento y, en consecuencia, deben desestimarse.

b) Sobre la admisibilidad de la argumentación de UPS sobre el error de apreciación de los efectos de la concentración sobre los precios

1) Apartados 34 a 37 de la demanda

- 39 La Comisión sostiene que la argumentación de UPS relativa al análisis de los efectos de la concentración sobre los precios, expuesta en los apartados 34 a 37 de la demanda, es tan lacónica que no responde a las exigencias del artículo 76, letra d), del Reglamento de Procedimiento. A su juicio, la demanda no expone las razones por las que UPS considera que el modelo econométrico utilizado por la Comisión estaba viciado.
- 40 Sin embargo, procede señalar que, en los apartados 34 a 37 de la demanda, UPS alega que el análisis de la concentración sobre los precios adolece de graves errores. De la lectura de estos apartados y de la demanda considerada en su conjunto se desprende claramente que UPS sostiene que la Comisión se apartó sensiblemente de la práctica econométrica habitual al utilizar, en la fase de estimación, un tipo de variable de concentración distinto del utilizado en la fase de previsión e invoca, como prueba, los informes de dos expertos (anexos A.8 y A.9 de la demanda). Aunque los apartados 34 a 37 de la demanda están redactados de manera concisa, resumen, en términos claros y precisos, la esencia de las críticas de carácter técnico formuladas contra las opciones metodológicas elegidas por la Comisión. Esta exposición sumaria se ve respaldada por la remisión a los informes de dichos expertos (anexos A.8 y A.9 de la demanda), que contienen explicaciones exhaustivas de los errores técnicos alegados.
- 41 De los antedichos elementos se desprende que los apartados 34 a 37 de la demanda responden a las exigencias del artículo 76, letra d), del Reglamento de Procedimiento. En consecuencia, procede desestimar por infundada la causa de inadmisión invocada por la Comisión.

2) Remisión al anexo A.12 de la demanda

- 42 La Comisión alega que UPS se refirió, en el apartado 34 de la demanda, al anexo A.12 de dicha demanda, que consiste en un escrito presentado en el asunto que dio lugar a la sentencia de 7 de marzo de 2017, *United Parcel Service/Comisión* (T-194/13, EU:T:2017:144), sin identificar los pasajes que pretendía específicamente invocar. Por consiguiente, a su juicio, esta infracción del artículo 76, letra d), del Reglamento de Procedimiento conlleva la inadmisibilidad de dicho documento.
- 43 Sin embargo, al referirse, en el apartado 34 de la demanda, a un documento (anexo A.12 de la demanda) aportado en el marco del asunto que dio lugar a la sentencia de 7 de marzo de 2017, *United Parcel Service/Comisión* (T-194/13, EU:T:2017:144), UPS no trató de subsanar ninguna deficiencia de la exposición que figura en los apartados 34 a 37 de la demanda mediante una remisión global a la lectura de dicho documento. Por el contrario, UPS subrayó de esta manera

que sus críticas contra el modelo econométrico utilizado ya se habían formulado en el marco de dicho asunto. En efecto, este anexo A.12 está constituido por las observaciones de UPS, de 8 de junio de 2016, sobre las respuestas de la Comisión de 26 de abril de 2016 a las preguntas formuladas por el Tribunal en dicho asunto. En el marco de estas observaciones, UPS había denunciado, en efecto, el uso en la fase de predicción de un modelo distinto del utilizado en la fase de estimación. UPS alegaba que la Comisión había actuado de este modo de forma no convencional y arbitraria. Esta argumentación, que, como se desprende de los documentos aportados en el presente asunto, también había sido desarrollada por UPS en el marco del procedimiento de casación en el asunto que dio lugar a la sentencia de 16 de enero de 2019, Comisión/United Parcel Service (C-265/17 P, EU:C:2019:23), es, en esencia, idéntica a la expuesta en los apartados 34 a 37 de la demanda.

44 De estos elementos contextuales se desprende que UPS reiteró así las imputaciones formuladas en el asunto que dio lugar a la sentencia de 7 de marzo de 2017, United Parcel Service/Comisión (T-194/13, EU:T:2017:144), respecto a la validez del modelo econométrico utilizado en apoyo de la Decisión controvertida y que estos elementos contienen una exposición suficientemente clara y precisa de la argumentación. Por tanto, la Comisión no puede afirmar que no podía comprender su contenido ni preparar su defensa. La causa de inadmisión invocada por la Comisión debe desestimarse.

3) Remisión a los anexos A.8 y A.9 de la demanda y a los anexos C.1 y C.2 de la réplica

45 La Comisión sostiene que UPS se limitó a remitirse de manera general a la lectura de determinados anexos en lugar de desarrollar su argumentación de manera clara y precisa en sus escritos. En respuesta a las preguntas escritas del Tribunal, la Comisión afirma, en primer lugar, que en el apartado 22 del escrito de contestación negó la admisibilidad de los anexos A.8 y A.9 de la demanda. A su entender, las razones por las que UPS estima que el modelo econométrico utilizado es erróneo deberían figurar en la propia demanda, de conformidad con el artículo 76, letra d), del Reglamento de Procedimiento. Pues bien, según la Comisión, las explicaciones dadas en el apartado 36 de la demanda son insuficientes a este respecto. La Comisión estima que una remisión general a los anexos A.8 y A.9 de la demanda no puede colmar esa laguna, dejándole en una situación en la que ha de adivinar las alegaciones que UPS desea formular. La Comisión indica que ha subrayado este extremo en la dúplica. En segundo lugar, la Comisión alega que UPS no podía subsanar esas deficiencias en la fase de réplica identificando con mayor precisión los pasajes pertinentes de los anexos A.8 y A.9 de la demanda y de los anexos C.1 y C.2 de la réplica.

46 Sin embargo, procede señalar que, en los apartados 24 a 29 del escrito de contestación, la Comisión refutó de manera detallada el contenido de esos informes periciales. Esto demuestra que la Comisión estaba en condiciones de garantizar la defensa de sus intereses y que, por lo demás, no consideró necesario, en la fase de contestación, presentar a su vez uno o varios informes periciales con el fin de contradecir los de UPS y aclarar así al Tribunal General los aspectos técnicos del modelo econométrico utilizado.

47 En los apartados 25 a 41 de la dúplica, la Comisión respondió ampliamente a las alegaciones formuladas por UPS en los apartados 45 a 49 de la réplica y apoyadas por los dos informes de los referidos expertos (anexos A.8 y A.9 de la demanda) y sus dos dictámenes complementarios (anexos C.1 y C.2 de la réplica). En cuanto a la alegación de la Comisión según la cual la remisión a los anexos C.1 y C.2 de la réplica no es lo suficientemente precisa, ha de señalarse que se ve directamente contradicha por el hecho de que la Comisión identificó, en la nota a pie de página 32 de la dúplica, los pasajes de dichos anexos específicamente invocados por UPS en la réplica.

Para refutar las alegaciones relativas a la validez de su modelo, la Comisión presentó, como anexo a la dúplica, dos informes de un experto (anexos D.5 y D.6 de la dúplica), cuya admisibilidad se examinará más adelante a la luz del artículo 85, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento.

48 En estas circunstancias, la Comisión no puede afirmar que no pudo preparar su defensa. Por tanto, UPS no infringió el artículo 76, letra d), del Reglamento de Procedimiento al referirse en sus escritos a los anexos A.8 y A.9 de la demanda y a los anexos C.1 y C.2 de la réplica para fundamentar los aspectos técnicos de sus críticas dirigidas contra el modelo econométrico utilizado por la Comisión. Dado que la causa de inadmisión invocada por la Comisión a este respecto carece de fundamento, debe desestimarse.

4) Apartado 84 de la demanda

49 La Comisión sostiene que la argumentación mediante la cual UPS critica, en el apartado 84 de la demanda, la utilización de los datos de cobertura de los mercados de FedEx de 2012 en vez de los relativos al año 2015 es inadmisibles a la luz del artículo 76, letra d), del Reglamento de Procedimiento. Afirma que esta argumentación no figura en la demanda, sino en los escritos presentados en el asunto que dio lugar a la sentencia de 7 de marzo de 2017, *United Parcel Service/Comisión* (T-194/13, EU:T:2017:144), sin indicar con precisión los pasajes de estos escritos en los que UPS pretende apoyarse.

50 Sin embargo, es preciso señalar que, en el apartado 84 de la demanda, UPS reprochó a la Comisión de manera clara y precisa haber utilizado, en el marco de su análisis de los efectos de la concentración sobre los precios, datos relativos a la situación de FedEx en 2012, a pesar de que disponía de las proyecciones de FedEx relativas al año 2015.

51 En estas circunstancias, no puede considerarse que UPS haya intentado paliar una imprecisión de la demanda mediante una remisión global a los escritos presentados en el asunto que dio lugar a la sentencia de 7 de marzo de 2017, *United Parcel Service/Comisión* (T-194/13, EU:T:2017:144). No solo la argumentación de UPS se enunciaba de manera inteligible, sino que también era conocida por la Comisión desde el procedimiento en dicho asunto. Por otra parte, procede señalar que la propia Comisión se remitió a la lectura de sus escritos en este asunto, en respuesta a las alegaciones de UPS. Por consiguiente, la Comisión no puede alegar que no pudo preparar su defensa. Habida cuenta de la identidad de las partes y del fundamento jurídico, a saber, las ilegalidades reprochadas a la Comisión, que existe entre el recurso de anulación y la presente demanda de indemnización, procede declarar la admisibilidad de las remisiones que efectúa la argumentación de la demanda, en sí misma admisible, a la exposición de los motivos formulados en apoyo del recurso de anulación y presentados como anexo de la demanda en el presente asunto (véase, por analogía, la sentencia de 11 de julio de 2007, *Schneider Electric/Comisión*, T-351/03, EU:T:2007:212, apartado 96). Por consiguiente, debe desestimarse la causa de inadmisión invocada por la Comisión.

c) Sobre la admisibilidad de la argumentación de UPS relativa al error de apreciación de las eficiencias

1) Apartado 46 de la demanda

- 52 La Comisión sostiene que es inadmisibile, por ser contraria al artículo 76, letra d), del Reglamento de Procedimiento, la argumentación mediante la cual UPS, en el apartado 46 de la demanda, afirma, en primer lugar, que las pruebas aportadas durante el procedimiento administrativo excluían una decisión de incompatibilidad, en segundo lugar, que la Comisión aceptó las sinergias en principio y, en tercer lugar, que si la Comisión hubiera aplicado a las eficiencias el enfoque seguido posteriormente en el control de la concentración entre FedEx y TNT, habría debido aceptar una proporción mucho mayor de las sinergias alegadas. La Comisión estima que estas alegaciones no están suficientemente fundamentadas y subraya que ya las ha refutado en el asunto que dio lugar a la sentencia de 7 de marzo de 2017, *United Parcel Service/Comisión* (T-194/13, EU:T:2017:144).
- 53 Sin embargo, es preciso señalar que estas críticas de la Comisión se refieren más bien a la cuestión de si las alegaciones de UPS, en el apartado 46 de la demanda, relativas al análisis de las eficiencias, están suficientemente fundamentadas para convencer al Tribunal que a la cuestión de si la demanda contiene la exposición concisa de los motivos exigida por el artículo 76, letra d), del Reglamento de Procedimiento.
- 54 En cualquier caso, es preciso señalar que el apartado 46 de la demanda está redactado en términos suficientemente claros y precisos para permitir a la parte demandada preparar su defensa y al Tribunal pronunciarse sobre el recurso. Así, la Comisión respondió de forma exhaustiva a la argumentación de UPS en los apartados 55 a 97 del escrito de contestación. Por tanto, la argumentación de la Comisión carece de fundamento.

2) Remisión al anexo C.6 de la réplica

- 55 La Comisión sostiene que, en el apartado 82 de la réplica, UPS se remite a extractos del formulario de notificación de la concentración que se adjuntan al anexo C.6 de la réplica, sin identificar con precisión los pasajes pertinentes de dicho anexo que invoca. A su entender, tal remisión es contraria al artículo 76, letra d), del Reglamento de Procedimiento.
- 56 Sin embargo, procede señalar que, en los apartados 41 a 46 de la demanda, UPS expuso de manera ciertamente concisa, pero clara y precisa, la argumentación mediante la que reprocha a la Comisión no haber divulgado durante el procedimiento administrativo los criterios que esta última pretendía aplicar para evaluar las eficiencias alegadas. En particular, en el apartado 44 de la demanda, UPS alegó, por una parte, que la Comisión, antes de adoptar su Decisión, estaba obligada a exponer sus objeciones en cuanto al carácter verificable de las eficiencias alegadas y a ofrecer a las partes que habían notificado una concentración una posibilidad real de presentar sus observaciones al respecto. Por otra parte, UPS sostuvo que el expediente demostraba que había proporcionado elementos de prueba tangibles en lo que atañe a las eficiencias desde el momento de la notificación por medio del formulario CO. Asimismo, en el apartado 82 de la réplica, UPS se refirió expresamente a la sección pertinente del formulario CO y, en particular, al apartado 96 de este.

57 Esta formulación de las imputaciones de UPS responde a los requisitos de claridad y precisión exigidos por el artículo 76, letra d), del Reglamento de Procedimiento. En estas circunstancias, la Comisión no puede sostener razonablemente que no pudo preparar su defensa, sin perjuicio de la cuestión de si la presentación del anexo C.6 de la réplica en la fase de presentación de esta era extemporánea y, en consecuencia, inadmisibles, que será examinada más adelante a la luz del artículo 85 del Reglamento de Procedimiento.

58 De ello se deduce que procede desestimar la causa de inadmisión propuesta por la Comisión.

3) Remisión a los anexos C.7 y C.37 de la réplica

59 La Comisión sostiene que UPS, infringiendo el artículo 76, letra d), del Reglamento de Procedimiento, se refirió, de manera general, a su declaración de 4 de julio de 2019 relativa a las sinergias (anexo C.7 de la réplica), en los apartados 90, 92 y 107 de la réplica, sin precisar los pasajes pertinentes que invocaba. Alega la misma argumentación contra la remisión efectuada en los apartados 106 y 108 a 110 de la réplica, de manera supuestamente insuficientemente precisa, al segundo informe pericial emitido por FTI Consulting con el fin de evaluar tres informes periciales presentados por la Comisión como anexo a su escrito de contestación (en lo sucesivo, «segundo informe FTI») (anexo C.37 de la réplica).

60 Sin embargo, es preciso señalar que los apartados 90 a 98 de la réplica contienen una exposición detallada y minuciosa de las alegaciones mediante las que UPS refuta el primer informe pericial emitido por Oxera para evaluar las sinergias que UPS esperaba obtener de la adquisición de TNT (en lo sucesivo, «primer informe Oxera») (anexo B.7 del escrito de contestación) aportado a los autos por la Comisión en la fase del escrito de contestación. Esta argumentación de UPS está respaldada y completada en sus diversas dimensiones técnicas por el anexo C.7 de la réplica, en el que se exponen los métodos utilizados por UPS para evaluar las eficiencias. Contrariamente a lo que sostiene la Comisión, UPS no eludió su obligación de exponer su argumentación, de forma concisa, pero clara y precisa, realizando una remisión global e imprecisa al anexo C.7 de la réplica o utilizando dicho documento para una función distinta de la puramente probatoria e instrumental. Por consiguiente, la Comisión no puede afirmar que UPS infringió lo dispuesto en el artículo 76, letra d), del Reglamento de Procedimiento.

61 En cuanto a la remisión al segundo informe FTI (anexo C.37 de la réplica), procede señalar asimismo que los apartados 108 a 110 de la réplica contienen una exposición concisa, clara y precisa de la argumentación mediante la cual UPS rebate los dos informes periciales presentados por la Comisión (primer informe Oxera, en el anexo B.7 del escrito de contestación, y primer informe Schoutens, en el anexo B.39 de dicho escrito). Por razones análogas a las que acaban de exponerse en relación con la remisión al anexo C.7 de la réplica, carece de fundamento la alegación de la Comisión basada en una infracción del artículo 76, letra d), del Reglamento de Procedimiento.

62 Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, las imputaciones de la Comisión basadas en la infracción del artículo 76, letra d), del Reglamento de Procedimiento carecen de fundamento y, por tanto, deben desestimarse.

3. Infracción del artículo 85 del Reglamento de Procedimiento

- 63 La Comisión alega la inadmisibilidad de varios elementos de prueba presentados extemporáneamente por UPS, lo que esta última niega, objetando a su vez que determinadas pruebas aportadas extemporáneamente a los autos por la Comisión son inadmisibles.
- 64 Para pronunciarse sobre estas imputaciones, procede recordar que, con arreglo al artículo 76, letra f), del Reglamento de Procedimiento, toda demanda debe contener las pruebas y la proposición de prueba, si ha lugar. Según el artículo 81, apartado 1, de dicho Reglamento, el escrito de contestación deberá contener los motivos y alegaciones invocados, así como las pruebas y la proposición de prueba, si ha lugar.
- 65 El artículo 85, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento precisa que las pruebas y la proposición de prueba se presentarán en el primer turno de escritos de alegaciones. El artículo 85, apartado 2, de dicho Reglamento añade que en la réplica y en la dúplica las partes podrán aún aportar pruebas o proponer pruebas en apoyo de sus alegaciones, a condición de que justifiquen el retraso con que lo hacen.
- 66 Si bien, conforme a la regla de caducidad prevista en el artículo 85, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento, las partes deben motivar el retraso que se produzca en la presentación de sus pruebas o proposiciones de prueba nuevas, el juez de la Unión tiene la facultad de controlar la procedencia del motivo del retraso en la presentación de dichas pruebas o proposiciones de pruebas y, según el caso, el contenido de estas últimas y, asimismo, si dicha presentación extemporánea no está suficientemente justificada con arreglo a Derecho o fundamentada, la facultad de excluirlas. La presentación extemporánea, por una parte, de pruebas o proposiciones de prueba puede estar justificada, en particular, por el hecho de que esa parte no pudiera disponer anteriormente de las pruebas de que se trata o si las presentaciones extemporáneas de la parte contraria justifican que el expediente se complete, de modo que se garantice el respeto del principio de contradicción (sentencia de 16 de septiembre de 2020, BP/FRA, C-669/19 P, no publicada, EU:C:2020:713, apartado 41).

a) Sobre la admisibilidad de los anexos C.6, C.7 y C.37 de la réplica

- 67 La Comisión sostiene que UPS presentó los anexos C.6, C.7 y C.37 de la réplica con la única finalidad de colmar las lagunas de la demanda. A su juicio, tal presentación extemporánea e injustificada debería dar lugar a la inadmisibilidad de dichos anexos con arreglo al artículo 85 del Reglamento de Procedimiento.
- 68 Sin embargo, como se ha señalado anteriormente, del apartado 82 de la réplica se desprende que el anexo C.6 de la réplica se presenta para refutar la argumentación de la Comisión en el apartado 47 del escrito de contestación, según la cual UPS no abordó la cuestión de las eficiencias en el formulario CO. El anexo C.7 de la réplica tiene por objeto refutar el primer informe Oxera (anexo B.7 del escrito de contestación) presentado por la Comisión. El segundo informe FTI (anexo C.37 de la réplica) tiene por objeto invalidar otros dos informes periciales presentados por la Comisión (primer informe Oxera, en el anexo B.7 del escrito de contestación, y primer informe Schoutens, en el anexo B.39 de dicho escrito).
- 69 Pues bien, la norma de caducidad prevista en el artículo 85, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento no afecta a la prueba en contrario ni a la ampliación de la proposición de prueba formuladas a raíz de la prueba en contrario aportada por la parte adversa en el escrito de

contestación a la demanda (sentencia de 17 de diciembre de 1998, Baustahlgewebe/Comisión, C-185/95 P, EU:C:1998:608, apartado 72, y auto de 21 de mayo de 2019, Le Pen/Parlamento, C-525/18 P, no publicado, EU:C:2019:435, apartado 48).

- 70 Por consiguiente, los anexos C.6, C.7 y C.37 no pueden considerarse inadmisibles con arreglo al artículo 85, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento.

b) Sobre la admisibilidad de los informes del experto en econometría presentados por la Comisión

- 71 En respuesta a las preguntas escritas del Tribunal, UPS niega la admisibilidad de los dos informes de un experto en econometría presentados por la Comisión como anexo a la dúplica (anexos D.5 y D.6 de la dúplica). UPS alega, en esencia, que la Comisión presentó esos informes extemporáneamente y sin justificación.
- 72 La Comisión sostiene que esos dos informes son admisibles.
- 73 Sin embargo, procede recordar que, con arreglo al artículo 81, apartado 1, y al artículo 85, apartados 1 y 2, del Reglamento de Procedimiento, los motivos y alegaciones, así como las pruebas y la proposición de prueba deben, en principio, formularse en el escrito de contestación, debiendo la parte demandada motivar el retraso en la presentación de pruebas o de proposición de prueba nuevas, so pena de que se desestimen (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de noviembre de 2007, Hungría/Comisión, T-310/06, EU:T:2007:343, apartado 164 y jurisprudencia citada).
- 74 En el caso de autos, la Comisión presentó, en la fase de dúplica, los dos informes de un economista, fechados el 16 de octubre de 2019, es decir, con posterioridad a la presentación del escrito de contestación. La Comisión presentó dichos informes para apoyar su respuesta a motivos y alegaciones desarrollados, no en la réplica, sino en la demanda.
- 75 En efecto, la Comisión declaró, en los apartados 26 y 27 de la dúplica, que pretendía responder a la argumentación desarrollada por UPS en los apartados 35 y 36 de la demanda, mediante la cual esta última planteaba esencialmente la cuestión de si era aceptable la diferencia de naturaleza entre la variable de concentración utilizada en la fase de estimación y la utilizada en la fase de previsión, habida cuenta de las circunstancias específicas de la operación proyectada. A tal fin, la Comisión formuló, en esencia, dos alegaciones. La primera, enunciada en los apartados 28 a 50 de la dúplica, consiste en alegar que ninguno de los modelos econométricos sucesivamente propuestos por UPS durante el procedimiento administrativo era aceptable. Para apoyar esta alegación, la Comisión presentó el primer informe del referido experto (anexo D.5 de la dúplica). Mediante una segunda alegación, expuesta en los apartados 39 a 41 del escrito de dúplica, la Comisión afirma que el modelo que acabó por adoptar estaba justificado y era razonable a la luz de las circunstancias particulares de la operación proyectada. En apoyo de esta alegación, la Comisión invoca el segundo informe del antedicho experto (anexo D.6 de la dúplica).
- 76 Pues bien, es preciso señalar que esta argumentación de la Comisión no difiere significativamente de la expuesta en los apartados 21 a 31 del escrito de contestación.

- 77 En estas circunstancias, es preciso admitir que los dos informes del experto contratado por la Comisión (anexos D.5 y D.6 de la dúplica) fueron presentados extemporáneamente, sin que la Comisión justifique este retraso en la dúplica. Por consiguiente, procede declarar la inadmisibilidad de dichos informes.
- 78 En la vista, la Comisión declaró que si bien, idealmente, esos dos informes deberían haberse presentado en la fase del escrito de contestación, tan solo constituían una refutación de los informes periciales de UPS (anexos A.8 y A.9 de la demanda) y de sus dictámenes complementarios (anexos C.1 y C.2 de la réplica). La Comisión añadió que, al haber podido UPS pronunciarse por escrito sobre la admisibilidad y sobre el fondo de los informes de su experto, a raíz de una diligencia de ordenación del procedimiento adoptada por el Tribunal, ya no se planteaba la cuestión de la admisibilidad de dichos informes.
- 79 Sin embargo, contrariamente a lo que sostiene la Comisión, los informes periciales que presentó no tienen por objeto responder de manera específica a los dos dictámenes complementarios de expertos presentados por UPS en la fase de réplica (anexos C.1 y C.2 de la réplica). Además, el hecho de que, en el caso de autos, el Tribunal haya instado a UPS a pronunciarse por escrito sobre la admisibilidad y el contenido del primer informe del experto de la Comisión no significa que dicho informe sea admisible. En efecto, con arreglo al artículo 85, apartado 4, del Reglamento de Procedimiento, sin perjuicio de la futura decisión del Tribunal sobre la admisibilidad de las pruebas presentadas extemporáneamente se ofreció a las demás partes la posibilidad de pronunciarse sobre ellas.
- 80 Al estar fundada la argumentación de UPS, procede declarar inadmisibles los informes aportados a los autos por la Comisión (anexos D.5 y D.6 de la dúplica) debido a su presentación extemporánea e injustificada.

B. Sobre el fondo

1. Requisitos necesarios para que se genere la responsabilidad extracontractual de la Unión

- 81 El artículo 340 TFUE, párrafo segundo, establece que, en materia de responsabilidad extracontractual, la Unión deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.
- 82 Según reiterada jurisprudencia, para que se genere la responsabilidad extracontractual de la Unión deben concurrir tres requisitos acumulativos, a saber, que la norma jurídica infringida tenga por objeto conferir derechos a los particulares y que la infracción esté suficientemente caracterizada, que la realidad del daño esté acreditada y, por último, que exista una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al autor del acto y el daño sufrido por las personas afectadas (sentencia de 13 de diciembre de 2018, Unión Europea/Kendrion, C-150/17 P, EU:C:2018:1014, apartado 117; véase, asimismo, en este sentido, la sentencia de 4 de julio de 2000, Bergaderm y Goupil/Comisión, C-352/98 P, EU:C:2000:361, apartados 39 a 42). El carácter cumulativo de dichos requisitos implica que, cuando uno de ellos no se cumple, no puede generarse la responsabilidad extracontractual de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 9 de septiembre de 1999, Lucaccioni/Comisión, C-257/98 P, EU:C:1999:402, apartados 63 y 64, y de 15 de junio de 2000, Dorsch Consult/Consejo y Comisión, C-237/98 P, EU:C:2000:321, apartado 54).

- 83 Existe una infracción suficientemente caracterizada de una norma jurídica cuyo objeto sea conferir derechos a los particulares cuando la misma implica una inobservancia manifiesta y grave, por parte de la institución de que se trate, de los límites impuestos a su facultad de apreciación, siendo los elementos que procede considerar a este respecto, entre otros, el grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada y la amplitud del margen de apreciación que la norma infringida deja a las autoridades de la Unión [véanse, en este sentido, las sentencias de 19 de abril de 2007, *Holcim (Deutschland)/Comisión*, C-282/05 P, EU:C:2007:226, apartado 50, y de 30 de mayo de 2017, *Safa Nicu Sepahan/Consejo*, C-45/15 P, EU:C:2017:402, apartado 30].
- 84 La exigencia de una infracción suficientemente caracterizada de una norma de Derecho de la Unión se deriva de la necesidad de ponderar, por una parte, la protección de los particulares contra las actuaciones contrarias a Derecho de las instituciones y, por otra parte, el margen de maniobra que debe reconocerse a estas últimas para no paralizar su acción (sentencia de 10 de septiembre de 2019, *HTTS/Consejo*, C-123/18 P, EU:C:2019:694, apartado 34).
- 85 Esta ponderación es tanto más importante cuanto que la Comisión es competente para definir la orientación y para ejecutar la política de la Unión en materia de competencia y dispone, a tal fin, de una facultad discrecional (sentencia de 23 de abril de 2009, *AEPI/Comisión*, C-425/07 P, EU:C:2009:253, apartado 31).
- 86 Es cierto que facilitar la responsabilidad de la Unión ampliando el concepto de infracción caracterizada del Derecho de la Unión a todo incumplimiento de una obligación legal que, por lamentable que resulte, puede explicarse, en particular, en virtud de las cargas objetivas que recaen sobre la Comisión, podría comprometer, e incluso inhibir, la acción de dicha institución en materia de control de las concentraciones. No obstante, debe existir un derecho a la reparación para las personas que hayan sufrido perjuicios que resultan del comportamiento de la institución cuando este se traduce en un acto que, sin justificación ni explicación objetivas, es manifiestamente contrario a la norma jurídica y gravemente perjudicial para los intereses de esas personas (véanse, en este sentido, las sentencias de 11 de julio de 2007, *Schneider Electric/Comisión*, T-351/03, EU:T:2007:212, apartados 123 y 124, y de 9 de septiembre de 2008, *MyTravel/Comisión*, T-212/03, EU:T:2008:315, apartados 42 y 43).
- 87 Esta definición del umbral de generación de la responsabilidad extracontractual de la Unión puede proteger el margen de maniobra y la libertad de apreciación de que debe gozar la Comisión, tanto en sus decisiones discrecionales como en su interpretación y su aplicación de las disposiciones pertinentes del Derecho de la Unión en materia de competencia, sin que recaigan sobre terceros, no obstante, las consecuencias de incumplimientos flagrantes e inexcusables (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de julio de 2007, *Schneider Electric/Comisión*, T-351/03, EU:T:2007:212, apartado 125).
- 88 Así, únicamente la comprobación de una irregularidad que, en circunstancias análogas, no habría cometido una administración normalmente prudente y diligente permite que se genere la responsabilidad extracontractual de la Unión (sentencia de 10 de septiembre de 2019, *HTTS/Consejo*, C-123/18 P, EU:C:2019:694, apartado 43).

2. Ilegalidades alegadas

- 89 UPS sostiene que la Decisión controvertida y el procedimiento que condujo a su adopción adolecen de varias ilegalidades que constituyen infracciones suficientemente caracterizadas del Derecho de la Unión. Afirma que la Comisión vulneró sus derechos procedimentales, incumplió

su obligación de motivación e incurrió en errores relativos a la apreciación del fondo de la operación de concentración, en primer lugar, al apartarse de los métodos econométricos convencionales por lo que atañe al análisis de la concentración en lo que respecta a los precios, en segundo lugar, al examinar la presión competitiva ejercida por FedEx de manera estática y, en tercer lugar, al evaluar de manera inadecuada las eficiencias.

- 90 Procede examinar sucesivamente las alegaciones relativas a las vulneraciones de los derechos procedimentales de UPS, al incumplimiento de la obligación de motivación y a la validez de las apreciaciones contenidas en la Decisión controvertida.

a) Sobre la vulneración de los derechos procedimentales de UPS

- 91 En apoyo de la ilegalidad relativa a la vulneración de sus derechos procedimentales, UPS reprocha a la Comisión, en primer lugar, que no hubiese comunicado el modelo econométrico utilizado, en segundo lugar, que no hubiese comunicado los criterios de evaluación de las eficiencias y, en tercer lugar, que no hubiese comunicado determinados documentos confidenciales de FedEx.

1) No comunicación del modelo econométrico utilizado

- 92 UPS alega que el Tribunal General, y posteriormente el Tribunal de Justicia, ya declararon que la Comisión había vulnerado su derecho de defensa al no comunicarle la versión final del modelo econométrico utilizado para analizar los efectos de la concentración sobre los precios. Según UPS, se trata de una infracción manifiesta y grave de una norma jurídica destinada a conferir derechos a los particulares, que no puede justificarse ni por imperativos temporales ni por la complejidad del asunto.
- 93 La Comisión sostiene que la vulneración del derecho de defensa de UPS no puede calificarse de infracción suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión, habida cuenta, por una parte, de la falta de claridad del Derecho de la Unión en la fecha de adopción de la Decisión controvertida por lo que respecta a la obligación que le incumbe de comunicar la versión final del modelo econométrico y, por otra parte, de la existencia de imperativos temporales en la evaluación de la operación de concentración proyectada.
- 94 Es preciso recordar que la ilegalidad alegada por UPS ya ha sido definitivamente declarada. En efecto, el Tribunal General anuló en su totalidad la Decisión controvertida, debido a que la Comisión había vulnerado el derecho de defensa de UPS al no comunicarle la versión final de su modelo econométrico (sentencia de 7 de marzo de 2017, United Parcel Service/Comisión, T-194/13, EU:T:2017:144, apartados 221 y 222). Esta sentencia adquirió fuerza de cosa juzgada tras la desestimación del recurso de casación de la Comisión mediante la sentencia de 16 de enero de 2019, Comisión/United Parcel Service (C-265/17 P, EU:C:2019:23).
- 95 No se discute que el principio del respeto del derecho de defensa, en el marco de los procedimientos de control de las concentraciones, forma parte de la categoría de las normas jurídicas destinadas a conferir derechos a los particulares (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de julio de 2009, Comisión/Schneider Electric, C-440/07 P, EU:C:2009:459, apartado 162).
- 96 En cambio, las partes discrepan acerca de si la vulneración del derecho de defensa de UPS está suficientemente caracterizada para generar la responsabilidad extracontractual de la Unión.

- 97 A este respecto, debe recordarse que el respeto del derecho de defensa constituye un principio general del Derecho de la Unión que resulta de aplicación cuando la Administración se propone adoptar un acto lesivo para una persona (sentencia de 16 de enero de 2019, Comisión/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, apartado 28).
- 98 Para los procedimientos de control de operaciones de concentración, este principio se encuentra recogido en el artículo 18, apartado 3, del Reglamento n.º 139/2004, así como, de manera más precisa, en el artículo 13, apartado 2, del Reglamento n.º 802/2004. Estas disposiciones exigen, principalmente, la comunicación por escrito de las objeciones de la Comisión a las partes que notifican una concentración, con indicación de los plazos en los que pueden dar a conocer por escrito su punto de vista (sentencia de 16 de enero de 2019, Comisión/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, apartado 29).
- 99 Estas disposiciones se completan con las relativas al acceso al expediente, el cual constituye el corolario del principio del respeto del derecho de defensa. Del artículo 18, apartado 3, del Reglamento n.º 139/2004 y del artículo 17 del Reglamento n.º 802/2004 resulta que, después de la notificación del pliego de cargos, el acceso al expediente será posible para las partes directamente interesadas, sin perjuicio, en particular, del interés legítimo de las empresas en proteger sus secretos comerciales; este acceso no se extiende ni a la información confidencial ni a los documentos internos de la Comisión o de las autoridades competentes de los Estados miembros (sentencia de 16 de enero de 2019, Comisión/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, apartado 30).
- 100 Para analizar de manera prospectiva los efectos de una concentración sobre los factores que determinan la situación de la competencia en los mercados afectados, el recurso a modelos econométricos permite perfeccionar la operación proyectada identificando y, en su caso, cuantificando algunos de sus efectos, y contribuir así a la calidad de las decisiones de la Comisión. Por tanto, es necesario que, cuando la Comisión vaya a basar su decisión en estos modelos, las partes que han notificado una concentración tengan la oportunidad de exponer su punto de vista al respecto (sentencia de 16 de enero de 2019, Comisión/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, apartado 33).
- 101 La divulgación de estos modelos y de los criterios metodológicos en los que se asienta su elaboración resulta tanto más necesaria cuanto que contribuye a conferir carácter equitativo al procedimiento, de conformidad con el principio de buena administración previsto en el artículo 41 de la Carta (sentencia de 16 de enero de 2019, Comisión/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, apartado 34).
- 102 El respeto del derecho de defensa antes de la adopción de una decisión en materia de control de las concentraciones exige, por tanto, que las partes que han notificado una concentración puedan dar a conocer oportunamente su punto de vista sobre la realidad y la pertinencia de todos los elementos en los que la Comisión vaya a basar su decisión (sentencia de 16 de enero de 2019, Comisión/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, apartado 31).
- 103 La Comisión no puede modificar sustancialmente, con posterioridad a la notificación del pliego de cargos, el modelo econométrico en el que pretenda basar sus objeciones sin poner en conocimiento de las empresas interesadas esa modificación y sin permitirles presentar observaciones al respecto. Esta interpretación sería contraria al principio de respeto del derecho de defensa y a las disposiciones del artículo 18, apartado 3, del Reglamento n.º 139/2004, las cuales, por un lado, exigen que la Comisión base únicamente sus decisiones en objeciones sobre

las que los interesados hayan podido presentar observaciones y, por otro lado, prevén un derecho de acceso al expediente para, por lo menos, las partes directamente interesadas. Se excluye igualmente la posibilidad de que tales elementos puedan considerarse documentos internos en el sentido del artículo 17 del Reglamento n.º 802/2004 (sentencia de 16 de enero de 2019, Comisión/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, apartado 37).

- 104 De ello se deduce que, antes de adoptar la Decisión controvertida, la Comisión estaba obligada a poner en conocimiento de UPS las modificaciones introducidas en el modelo econométrico utilizado para evaluar los efectos de la concentración sobre los precios. Esta obligación se deriva de la aplicación del artículo 18, apartado 3, del Reglamento n.º 139/2004, que obliga a la Comisión a formular de manera suficientemente clara y precisa sus imputaciones con el fin de garantizar a la parte que haya notificado una concentración la posibilidad de ser oída antes de la adopción de la decisión controvertida. La Comisión disponía por lo que atañe a esta cuestión un margen de apreciación considerablemente reducido o incluso inexistente (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de julio de 2009, Comisión/Schneider Electric, C-440/07 P, EU:C:2009:459, apartado 166). Estas consideraciones indican que, al no comunicar su modelo econométrico a UPS, la Comisión incumplió de manera manifiesta y grave los límites impuestos a su facultad de apreciación.
- 105 Sin embargo, la Comisión estima que esto no es lo que sucede en el caso de autos y formula, a este respecto, dos alegaciones.
- 106 La primera alegación consiste en sostener que, cuando se adoptó la Decisión controvertida, la jurisprudencia sobre la obligación de comunicar los modelos econométricos aún no se había establecido claramente.
- 107 Procede recordar que las dificultades de aplicación o de interpretación de las normas pertinentes del Derecho de la Unión en el marco de la adopción de un acto posteriormente cuestionado con objeto de que se declare la responsabilidad extracontractual de la Unión se tienen en cuenta al evaluar el comportamiento de la institución de que se trate a efectos de determinar si ha cometido una infracción suficientemente caracterizada de una norma de Derecho de la Unión. Todos esos parámetros se refieren a la fecha en la que dicha institución haya adoptado la decisión o el comportamiento. De ello se deduce que la existencia de una infracción suficientemente caracterizada de una norma de Derecho de la Unión debe apreciarse necesariamente en función de las circunstancias en las que la institución actuara en esa fecha concreta (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de septiembre de 2019, HTTS/Consejo, C-123/18 P, EU:C:2019:694, apartados 44 y 46).
- 108 Es cierto que la sentencia de 7 de marzo de 2017, United Parcel Service/Comisión (T-194/13, EU:T:2017:144), es la primera en la que se examinó si la Comisión podía basarse en un modelo econométrico sin haber dado previamente a la empresa que notificó una concentración la posibilidad de ser oída en lo que atañe a las modificaciones introducidas en dicho modelo. Sin embargo, la jurisprudencia relativa al respeto del principio del derecho de defensa y al derecho a ser oído ya era abundante antes de que se dictara dicha sentencia. Así, en un contexto normativo y fáctico diferente del presente asunto, el Tribunal de Justicia y el Tribunal General ya consideraron, en esencia, que, al basarse en un informe que había modificado por iniciativa propia sin preguntar a la empresa afectada acerca de la posible influencia de su intervención unilateral en la fiabilidad de los datos que esta le había proporcionado, la Comisión había cometido una infracción suficientemente caracterizada de una norma de Derecho de la Unión (véanse, en este

sentido, las sentencias de 10 de julio de 2003, Comisión/Fresh Marine, C-472/00 P, EU:C:2003:399, apartado 30, y de 24 de octubre de 2000, Fresh Marine/Comisión, T-178/98, EU:T:2000:240, apartados 80 a 82).

- 109 Por otra parte, es preciso subrayar los términos en los que el Tribunal de Justicia desestimó la argumentación de la Comisión dirigida contra los fundamentos de Derecho de la sentencia de 7 de marzo de 2017, United Parcel Service/Comisión (T-194/13, EU:T:2017:144), que condujo a anular la Decisión controvertida debido a la vulneración del derecho de defensa de UPS. El Tribunal de Justicia consideró que, desde la perspectiva del respeto del derecho de defensa, la cuestión de si la falta de comunicación de un modelo econométrico a las partes en una operación de concentración justificaba la anulación de la decisión de la Comisión no dependía de la calificación previa de este modelo como documento inculpatario o exculpatario. Dada la importancia de los modelos econométricos para el análisis prospectivo de los efectos de una concentración, aumentar, como propugna en esencia la Comisión, el umbral probatorio requerido para anular una decisión por una vulneración del derecho de defensa que sea consecuencia, como en el presente asunto, de la falta de comunicación de criterios metodológicos, en particular de técnicas estadísticas, inherentes a esos modelos sería contrario al objetivo de incitar a la Comisión a actuar con transparencia al elaborar los modelos econométricos utilizados en los procedimientos de control de las concentraciones y menoscabaría la efectividad del posterior control jurisdiccional de sus decisiones (sentencia de 16 de enero de 2019, Comisión/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, apartados 54 y 55).
- 110 Por tanto, la sentencia de 16 de enero de 2019, Comisión/United Parcel Service (C-265/17 P, EU:C:2019:23), no permite considerar que, en la fecha de adopción de la Decisión controvertida, existiera incertidumbre en cuanto a la interpretación tanto del principio de respeto del derecho de defensa establecido, en particular, en el artículo 18, apartado 3, del Reglamento n.º 139/2004, como de las consecuencias que debían extraerse de una vulneración del derecho de defensa resultante de la no comunicación de un modelo econométrico como el controvertido en el presente asunto.
- 111 En estas circunstancias, procede desestimar la alegación de la Comisión según la cual la vulneración del derecho de defensa de UPS debe considerarse excusable debido a una supuesta falta de claridad del Derecho de la Unión en el momento de la adopción de la Decisión controvertida.
- 112 La segunda alegación de la Comisión consiste en sostener que, habida cuenta de los imperativos temporales con la que debía evaluar en toda su complejidad la operación entre UPS y TNT, la vulneración del derecho de defensa de UPS no puede considerarse una violación suficientemente caracterizada. Según la Comisión, esos imperativos temporales no pueden minimizarse. La Comisión tan solo adoptó modificaciones adicionales al modelo econométrico dos meses antes de la adopción de la Decisión controvertida. Durante esos dos meses tuvo que analizar la respuesta al pliego de cargos (346 páginas), organizar reuniones de estado de la situación, comunicar sus conclusiones provisionales a UPS y evaluar sus propuestas de compromisos, consultar a los Estados miembros y redactar la Decisión controvertida (450 páginas), y todo ello habiendo UPS presentado su análisis de la concentración sobre los precios en una fase tardía del procedimiento.
- 113 Es cierto que incumbe a la Comisión conciliar el imperativo de celeridad que caracteriza la sistemática general del Reglamento n.º 139/2004 con el respeto del derecho de defensa (sentencia de 16 de enero de 2019, Comisión/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, apartado 38).

- 114 Sin embargo, por lo que respecta a las circunstancias del presente asunto, ya se ha declarado que la versión final del modelo econométrico se había adoptado el 21 de noviembre de 2012, esto es, más de dos meses antes de la adopción de la Decisión controvertida. Aunque no son insignificantes, estas modificaciones no fueron comunicadas a UPS. La Comisión no ha alegado motivo alguno por el cual le hubiera sido imposible en la práctica, en tal fecha, fijar un breve plazo de respuesta a UPS para permitirle formular observaciones sobre las antedichas modificaciones (sentencia de 16 de enero de 2019, Comisión/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, apartados 41 y 42), a pesar de que la comunicación de la modificación introducida en el modelo econométrico no implicaba ninguna dificultad técnica o administrativa y la Comisión disponía entonces de tiempo suficiente para adoptar la Decisión controvertida después de haber oído a UPS.
- 115 Habida cuenta de estos elementos, la justificación basada en la existencia de imperativos temporales aducida por la Comisión carece de fundamento.
- 116 No obstante, la Comisión objeta que, habida cuenta del contexto en el que se adoptó la Decisión controvertida, el hecho de que no comunicase las últimas modificaciones introducidas en el modelo econométrico no permite concluir que exista una infracción suficientemente caracterizada de una norma de Derecho de la Unión. Sostiene que el análisis de los efectos de la concentración sobre los precios en la Decisión controvertida era el resultado de un proceso constante de diálogo con UPS, lo que, a su juicio, atenúa el error cometido. La Comisión afirma que, tras haber tomado en consideración las sugerencias de UPS, decidió finalmente utilizar el modelo más adecuado, por las razones expuestas en los considerandos 727 a 740 de la Decisión controvertida.
- 117 Para determinar si la ilegalidad cometida por la Comisión puede generar la responsabilidad de la Unión, es preciso subrayar, además de la importancia particular que revisten las garantías fundamentales en el ordenamiento jurídico de la Unión, que los fundamentos metodológicos sobre los que se asientan los modelos econométricos utilizados para el análisis prospectivo de una concentración deben ser lo más objetivos posible para no prejuzgar el resultado de este análisis en un sentido o en otro. Estos elementos contribuyen, de esta forma, a la imparcialidad y a la calidad de las decisiones de la Comisión, de las que depende, en última instancia, la confianza que el público y las empresas depositan en la legitimidad del procedimiento de control de concentraciones de la Unión (sentencia de 16 de enero de 2019, Comisión/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, apartado 53).
- 118 Al eximirse así de una obligación procedimental destinada, sin embargo, a garantizar la legitimidad del procedimiento de control de las concentraciones de la Unión y su carácter equitativo, la Comisión colocó también a UPS en una situación que no le permitía comprender una parte de los motivos de la Decisión controvertida.
- 119 Por lo que respecta a la alegación de la Comisión según la cual la vulneración del derecho de defensa no está suficientemente caracterizada, debido a que UPS pudo comprender las modificaciones introducidas en la versión final del modelo econométrico gracias a las discusiones que precedieron a su desarrollo, procede recordar que el Tribunal ya declaró de manera definitiva que, si bien es cierto que existían numerosas similitudes entre el modelo econométrico final y los que fueron objeto de debate anteriormente, las modificaciones introducidas no eran insignificantes y que, en ningún momento del procedimiento administrativo, la utilización de variables de concentración diferentes en las distintas fases del análisis había sido objeto recurrente de los debates (sentencia de 7 de marzo de 2017, United Parcel Service/Comisión, T-194/13, EU:T:2017:144, apartados 204 a 209).

- 120 En efecto, solo en el marco del procedimiento en el asunto que dio lugar a la sentencia de 7 de marzo de 2017, *United Parcel Service/Comisión* (T-194/13, EU:T:2017:144), UPS pudo tener conocimiento, a raíz de una diligencia de ordenación del procedimiento adoptada por el Tribunal el 11 de abril de 2016, de las modificaciones introducidas en el modelo econométrico en su versión final.
- 121 Por tanto, carece de fundamento la alegación de la Comisión según la cual la vulneración del derecho de defensa queda atenuada por el hecho de que el desarrollo del modelo econométrico había estado precedido de múltiples intercambios con UPS.
- 122 Al no haber obtenido la comunicación de la versión final del modelo econométrico, se privó a UPS de una información que, de haberle sido facilitada en su debido momento, le hubiera permitido hacer valer resultados diferentes de los efectos de la operación sobre los precios, los cuales hubieran podido dar lugar a una reconsideración del alcance de la información cualitativa tenida en cuenta por la Comisión y, por lo tanto, a una reducción del número de Estados en los que la concentración suponía un obstáculo significativo a la competencia efectiva (sentencia de 7 de marzo de 2017, *United Parcel Service/Comisión*, T-194/13, EU:T:2017:144, apartado 218). Procede, pues, declarar el carácter manifiesto y grave de la vulneración del derecho de defensa de UPS.
- 123 Por tanto, la vulneración del derecho de defensa de UPS constituye, por parte de la Comisión, una infracción suficientemente caracterizada de una norma de Derecho de la Unión que tiene por objeto conferir derechos a los particulares.

2) No comunicación de los criterios de evaluación de las eficiencias

- 124 Al tiempo que afirma que la carga de la prueba de las eficiencias incumbe a la parte que notificó una concentración, UPS considera que la Comisión está obligada a definir, antes de adoptar la decisión final, el umbral probatorio que exige para que las eficiencias alegadas puedan considerarse verificables en el sentido de las Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO 2004, C 31, p. 5) (en lo sucesivo, «Directrices»). Según UPS, sin divulgación previa de estos criterios, la Comisión dispondría de una facultad arbitraria que le permitiría aceptar o rechazar las eficiencias alegadas, sin que la parte que haya notificado una concentración o el juez de la Unión puedan ejercer el menor control. A su juicio, la Comisión habría podido explicar en la fase del pliego de cargos o de la exposición de los hechos, que completó dicho pliego de cargos, de conformidad con el apartado 111 de la Comunicación de la Comisión sobre buenas prácticas para el desarrollo de los procedimientos de aplicación de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE (DO 2011, C 308, p. 6), las razones por las que pretendía aceptar determinadas eficiencias y rechazar otras. Sin embargo, según UPS, no lo hizo.
- 125 Como ya se ha declarado con respecto a la no comunicación del modelo econométrico, UPS alega que el hecho de no comunicar los criterios de evaluación de las eficiencias supuso una vulneración de su derecho de defensa. A su entender, la Comisión está obligada a exponer sus objeciones sobre el carácter verificable de las eficiencias alegadas y a ofrecer a las partes que han notificado una concentración la posibilidad de formular observaciones al respecto. Según UPS, la Comisión incumplió esta obligación, lo que le impidió demostrar la existencia de eficiencias.

- 126 Por otra parte, UPS afirma que, aunque, desde la presentación del formulario de notificación, aportó numerosas pruebas de las eficiencias, la Comisión se limitó a rechazarlas por insuficientes, sin formular ninguna solicitud de información. Según UPS, la Comisión tan solo intentó iniciar un diálogo limitado con ella por lo que atañe a las eficiencias al final del procedimiento administrativo. Sin embargo, a su entender, es poco plausible que la Comisión tuviera tiempo de tomar en consideración los últimos elementos aportados por ella, el 20 de noviembre de 2012, habida cuenta de la posición que adoptó en la reunión de estado de la situación del mismo día.
- 127 Por último, UPS considera que solo en la fase del procedimiento contencioso en el asunto que dio lugar a la sentencia de 7 de marzo de 2017, *United Parcel Service/Comisión* (T-194/13, EU:T:2017:144), pudo entablar un debate sobre el fondo relativo a esta cuestión con la Comisión.
- 128 La Comisión rebate esta argumentación.
- 129 Es preciso recordar que, para declarar la incompatibilidad de una concentración con el mercado interior, la Comisión debe probar, con arreglo al artículo 2, apartado 3, del Reglamento n.º 139/2004, que la realización de la concentración notificada obstaculizaría de forma significativa la competencia efectiva en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo, en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante (sentencia de 6 de julio de 2010, *Ryanair/Comisión*, T-342/07, EU:T:2010:280, apartado 26).
- 130 De la jurisprudencia se desprende que las decisiones de la Comisión sobre la compatibilidad con el mercado interior de las operaciones de concentración, deben estar sostenidas por elementos suficientemente significativos y concordantes. Así pues, cuando la Comisión considera que debe prohibirse una operación de concentración, recae sobre ella la carga de aportar pruebas sólidas en apoyo de tal conclusión (véanse, en este sentido, las sentencias de 10 de julio de 2008, *Bertelsmann y Sony Corporation of America/Impala*, C-413/06 P, EU:C:2008:392, apartado 50, y de 6 de junio de 2002, *Airtours/Comisión*, T-342/99, EU:T:2002:146, apartado 63).
- 131 En este contexto, es sumamente importante la calidad de las pruebas que presenta la Comisión para acreditar la necesidad de una decisión que declare una operación de concentración incompatible con el mercado interior. Sin embargo, de ello no puede deducirse que la Comisión deba sujetarse a exigencias de prueba más estrictas en materia de decisiones de prohibición de operaciones de concentración que en materia de decisiones de autorización de dichas operaciones. En efecto, la jurisprudencia recordada en el apartado 130 anterior refleja simplemente la función esencial de la prueba, que no es otra que convencer del fundamento de una tesis o, como en materia de control de operaciones de concentración, confirmar las apreciaciones que subyacen a las decisiones de la Comisión. A este respecto, la complejidad intrínseca de una tesis de restricción de la competencia planteada respecto de una operación de concentración notificada, constituye un elemento que procede tener en cuenta para apreciar la probabilidad de las distintas consecuencias de esa operación, al objeto de identificar la que tenga más posibilidades, pero dicha complejidad no tiene, como tal, influencia sobre el nivel probatorio exigido (sentencia 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).

132 El Reglamento n.º 139/2004 no contiene ninguna disposición relativa a las eficiencias. Sin embargo, su considerando 29 indica lo siguiente:

«Para determinar la repercusión de una concentración sobre la competencia en el mercado común, conviene tener en cuenta las posibles eficiencias invocadas y motivadas por las empresas afectadas. Es posible que las eficiencias derivadas de la concentración contrarresten los efectos sobre la competencia y, en particular, el perjuicio potencial para los consumidores que en caso contrario podría resultar de la concentración, y que, como consecuencia de ello, esta no obstaculice de forma significativa la competencia efectiva, particularmente a consecuencia de la creación o el refuerzo de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. La Comisión debe publicar unas directrices relativas a las condiciones en las que podrá tomar en consideración las eficiencias en el análisis de una concentración.»

133 Las directrices de la Comisión mencionadas en el considerando 29 del Reglamento de concentraciones están recogidas en los apartados 76 a 88 de las Directrices.

134 De los apartados 76 y 77 de las Directrices se desprende que es posible que las eficiencias contrarresten los efectos perjudiciales de la concentración sobre la competencia. Así pues, la Comisión puede decidir que no hay motivos para declarar una concentración incompatible cuando dicha institución tenga pruebas suficientes para concluir que las eficiencias generadas por la operación probablemente aumentarán la capacidad y el incentivo de la entidad fusionada para actuar de manera procompetitiva en beneficio de los consumidores.

135 Para ello, según se desprende del apartado 78 de las Directrices, deben cumplirse tres condiciones acumulativas: esas eficiencias deben, en primer lugar, beneficiar a los consumidores, en segundo lugar, tener un carácter inherente a la concentración y, en tercer lugar, ser verificables.

136 La condición relativa a la verificabilidad de las eficiencias se aborda en los apartados 86 a 88 de las Directrices. Del apartado 86 de dichas Directrices se desprende que la finalidad de esta condición es permitir a la Comisión «tener una seguridad razonable de que las eficiencias se materializarán [...] y [serán] suficientemente sustanciales como para compensar el perjuicio potencial que una concentración pueda ocasionar a los consumidores». El mismo apartado de las Directrices indica que cuanto más precisa y convincente sea la eficiencia alegada, más fácil será su evaluación por la Comisión. A este respecto, precisa que, en la medida de lo posible deberán «cuantificarse» las eficiencias y los beneficios resultantes para los consumidores y que, «cuando no estén disponibles los datos necesarios para realizar un análisis cuantitativo exacto, debe ser posible prever un impacto positivo manifiesto —no marginal— en los consumidores».

137 Por último, la cuestión de la carga de la prueba y la descripción de las pruebas pertinentes para la evaluación de las eficiencias son objeto de los apartados 87 y 88 de las Directrices, que tienen el siguiente tenor:

«87. La mayor parte de la información que necesita la Comisión para determinar si una concentración generará el tipo de eficiencias que le permitiría autorizarla obra exclusivamente en poder de las partes de la concentración. Corresponde, pues, a las partes notificantes presentar con la debida antelación toda la información necesaria para demostrar que las eficiencias invocadas son inherentes a la concentración y que su materialización es probable. Asimismo, incumbe a las partes demostrar que las eficiencias probablemente contrarrestarán cualquier efecto negativo sobre la competencia que, de lo contrario, podrían surgir a consecuencia de la concentración, y que por tanto beneficiarán a los consumidores.

88. Entre las pruebas pertinentes para evaluar las eficiencias invocadas cabe destacar los documentos internos utilizados por los directivos de las empresas para decidir la concentración; las declaraciones de los directivos a los propietarios de las empresas y a los mercados financieros sobre las eficiencias previstas; ejemplos anteriores de eficiencias y de sus ventajas para los consumidores; así como estudios de expertos externos previos a la concentración sobre la naturaleza y el alcance de los aumentos de eficiencia y sobre la probabilidad de que beneficien a los consumidores.»
- 138 Así pues, de las Directrices se desprende claramente que incumbe a la parte que notificó una concentración aportar pruebas precisas y convincentes que permitan, en la medida de lo posible, cuantificar las eficiencias esperadas. Esta situación difiere de la carga de la prueba de los efectos previsibles de la operación de concentración, carga que incumbe a la Comisión y de la que se deriva que los modelos econométricos utilizados a tal efecto se comuniquen a las partes que han notificado una concentración, ya que constituyen un instrumento de ayuda en la adopción de las decisiones (sentencia de 16 de enero de 2019, Comisión/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, apartado 33).
- 139 Es cierto que estas indicaciones dadas en las Directrices exponen, en términos generales, que solo las eficiencias respaldadas por elementos de prueba permiten objetivamente apreciar su magnitud y probabilidad. Estas Directrices proporcionan ejemplos indicativos de información pertinente a este respecto, en particular, los documentos internos destinados a las empresas afectadas. Sin embargo, la generalidad de las formulaciones utilizadas en las Directrices es comprensible, si no inevitable, debido a la heterogeneidad de las situaciones individuales de las empresas, de las eficiencias posibles y de las características de los mercados en los que la Comisión debe ejercer su control cuando se le notifica una concentración. Por tanto, no puede esperarse razonablemente que la Comisión, mediante un instrumento como las Directrices, defina por anticipado, de manera exhaustiva y detallada, todos los criterios sobre cuya base tales eficiencias pueden considerarse verificables.
- 140 Del mismo modo, ninguna disposición del Reglamento n.º 139/2004 ni de las Directrices obliga a la Comisión, cuando las partes que han notificado una concentración formulan alegaciones basadas en las eficiencias, a definir por anticipado, de manera abstracta, los criterios específicos con arreglo a los cuales vaya a admitir que una eficiencia pueda considerarse verificable.
- 141 A este respecto, procede señalar que ya se ha declarado, en el contexto de la normativa antidumping, que, cuando la institución utiliza el margen de apreciación que le confiere dicha normativa sin explicar en detalle y por anticipado los criterios que pretende aplicar a cada situación concreta, no viola el principio de seguridad jurídica (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de octubre de 1988, Brother Industries/Consejo, 250/85, EU:C:1988:464, apartado 29, y de 7 de mayo de 1991, Nakajima/Consejo, C-69/89, EU:C:1991:186, apartado 118). Esta situación es análoga a la del presente asunto, en la que el Reglamento n.º 139/2004 confiere a la Comisión un margen de apreciación para evaluar las eficiencias alegadas por las partes que han notificado una concentración sin imponerle la obligación de definir por anticipado y de manera abstracta los criterios pertinentes a tal efecto.
- 142 En estas circunstancias, la argumentación de UPS dirigida a demostrar que la Comisión estaba obligada a comunicarle los criterios específicos y los umbrales probatorios que pretendía aplicar para determinar si cada uno de las eficiencias invocada era verificable carece de fundamento jurídico.

143 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede desestimar por infundada la argumentación según la cual la Comisión vulneró los derechos procedimentales de UPS en el análisis de las eficiencias por no haber comunicado los criterios de evaluación de dichas eficiencias.

3) No comunicación de determinados documentos confidenciales de FedEx

144 UPS reprocha a la Comisión no haberle dado acceso a toda la información facilitada por FedEx durante el procedimiento administrativo, o al menos no haber dado tal acceso a sus abogados, para permitirles comprobar de manera independiente su contenido. UPS considera que se vio privada de la posibilidad de apreciar el valor probatorio de la información facilitada por FedEx, a pesar de que dicha información influyó en la decisión de la Comisión de abandonar, en relación con catorce mercados nacionales, las imputaciones relativas a la existencia de un obstáculo significativo a la competencia efectiva, manteniéndolas en otros quince mercados nacionales.

145 UPS estima que estos elementos relacionados con FedEx también podrían haber sido pertinentes en los otros quince mercados en los que la Comisión, erróneamente, mantuvo sus imputaciones de obstáculo significativo a la competencia efectiva. UPS afirma que sus sospechas se ven reforzadas por el carácter cambiante de las justificaciones invocadas sucesivamente por la Comisión durante el procedimiento para negar la pertinencia de los documentos internos de FedEx.

146 UPS afirma que ni ella ni el Tribunal pudieron comprobar la exactitud de la información transmitida por FedEx. UPS estima que, si hubiera podido tener conocimiento de tal información, habría podido demostrar que los quince mercados nacionales respecto de los cuales la Comisión concluyó que existía un obstáculo significativo a la competencia efectiva no podían diferenciarse de los otros catorce. UPS sospecha que FedEx intentó convencer a la Comisión de que prohibiera el proyecto de concentración entre UPS y TNT minimizando sus proyectos de expansión en Europa. UPS invoca ciertas contradicciones entre las observaciones de FedEx durante el procedimiento administrativo y sus declaraciones públicas a los inversores.

147 UPS precisa que su argumentación no se refiere al acceso a los documentos confidenciales de FedEx considerados como pruebas de cargo, sino a la cuestión de si podía denegársele el acceso a los demás documentos confidenciales de FedEx, pertinentes para apreciar el valor probatorio de los documentos inculpativos. Considera, a este respecto, que no corresponde a la Comisión decidir cuáles son los documentos pertinentes para la defensa de la empresa que ha notificado una concentración.

148 UPS afirma que solo después de las medidas adoptadas por el Tribunal en el marco del asunto que dio lugar a la sentencia de 7 de marzo de 2017, United Parcel Service/Comisión (T-194/13, EU:T:2017:144), pudo tener conocimiento de determinada información transmitida por FedEx a la Comisión. A su entender, los pocos documentos así consultados por ella contradicen la diferenciación establecida por la Comisión entre los mercados nacionales en función de si presentan, o no, un obstáculo significativo a la competencia efectiva.

149 UPS considera que la Comisión no puede sostener que le incumbe probar que los documentos a los que nunca tuvo acceso tuvieron incidencia en la Decisión controvertida, como se desprende del apartado 63 de la sentencia de 25 de octubre de 2011, Solvay/Comisión (C-109/10 P,

EU:C:2011:686), ni invocar la sentencia de 14 de diciembre de 2005, General Electric/Comisión (T-210/01, EU:T:2005:456), ya que esta última no se refería al acceso a documentos que contradijeran el valor inculpatario de las declaraciones de un tercero.

- 150 Según UPS, la Comisión disponía de los documentos de FedEx ya cinco meses antes de la adopción de la Decisión controvertida. En estas circunstancias, esta última no puede invocar ningún imperativo temporal para excusar la vulneración del derecho de defensa de UPS.
- 151 UPS considera que solo a partir del momento en que haya obtenido el acceso a estos documentos, estará en condiciones de exponer con precisión el escenario contrafáctico. Solicita al Tribunal que ordene a la Comisión, mediante diligencia de ordenación del procedimiento o de prueba, que presente todos los documentos internos de FedEx de que dispone.
- 152 La Comisión niega cualquier vulneración de los derechos procedimentales de UPS.
- 153 Es preciso subrayar que UPS no alega que la Comisión no haya transmitido los documentos internos de FedEx en los que se basa la decisión de incompatibilidad de la operación entre ella y TNT. UPS tampoco niega el carácter confidencial de los documentos internos de FedEx a los que solicitó acceder durante el procedimiento administrativo, o que le fueron comunicados en versiones expurgadas o mediante resúmenes. En cambio, UPS alega que se ha vulnerado su derecho de defensa en la medida en que la Comisión no le permitió consultar todos los documentos internos de FedEx incorporados al expediente en sus versiones confidenciales no expurgadas. Al estimar que todos esos documentos eran potencialmente documentos de descargo, UPS sostiene que la Comisión debería haberle concedido al menos un acceso denominado «limitado», destinado a permitir a sus asesores jurídicos externos examinar de manera independiente su valor probatorio, respetando al mismo tiempo su confidencialidad.
- 154 En materia de control de concentraciones, la Comisión está obligada a comunicar a las partes que hayan notificado una concentración todos los elementos en los que vaya a basar su decisión, a fin de permitir que estas sean oídas (sentencia de 16 de enero de 2019, Comisión/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, apartado 31). En efecto, antes de adoptar una decisión como la controvertida, el artículo 18, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004 obliga a la Comisión a dar «a las personas, empresas y asociaciones de empresas interesadas la oportunidad de expresar, en todas las fases del procedimiento hasta la consulta al Comité consultivo, sus observaciones en lo relativo a las objeciones formuladas contra ellas». Con arreglo al artículo 18, apartado 3, del antedicho Reglamento, «la Comisión basará sus decisiones únicamente en las objeciones respecto de las cuales las partes hayan podido formular sus alegaciones» y «en el curso del procedimiento quedarán plenamente garantizados los derechos de defensa de los interesados».
- 155 Por lo que respecta a los documentos distintos de los invocados en apoyo de las objeciones comunicadas por la Comisión, el acceso al expediente no es automático, sino que debe solicitarse. En efecto, el artículo 17, apartado 1, del Reglamento n.º 802/2004 establece que, «previa solicitud, la Comisión concederá acceso al expediente a las partes a las que haya dirigido un pliego de cargos, con el fin de que estas puedan ejercer sus derechos de defensa» y que el acceso «se concederá después de la notificación del pliego de cargos». Estas disposiciones se reflejan en el apartado 7 de la Comunicación de la Comisión relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos [101 TFUE] y [102 TFUE], los artículos 53, 54 y 57 del Acuerdo EEE, y el Reglamento n.º 139/2004 (DO 2005, C 325, p. 7) (en lo

sucesivo, «Comunicación de la Comisión relativa al acceso al expediente»), según el cual «el acceso se concede, previa solicitud, a las personas, empresas o asociaciones de empresas, según el caso, a las que la Comisión envíe un pliego de cargos en calidad de destinatarias».

156 Esta solicitud de acceso al expediente debe presentarse a la Dirección General (DG) de Competencia antes de ser dirigida, en su caso, al consejero auditor. El artículo 3, apartado 7, de la Decisión 2011/695/UE del Presidente de la Comisión Europea, de 13 de octubre de 2011, relativa a la función y el mandato del consejero auditor en determinados procedimientos de competencia (DO 2011, L 275, p. 29), establece, en efecto, que cualquier cuestión relacionada con el ejercicio efectivo de los derechos procedimentales de las partes de que se trate deberá ser abordada en primer lugar con la DG de Competencia y si la cuestión no se resuelve, podrá ser remitida al consejero auditor. El artículo 7, apartado 1, de la Decisión 2011/695 prevé a este respecto que, cuando una parte que haya ejercido su derecho a acceder al expediente tenga razones para creer que la Comisión tiene en su poder documentos que no se le han revelado y que esos documentos son necesarios para el correcto ejercicio del derecho a ser oída, podrá dirigir al consejero auditor una solicitud motivada de acceso a tales documentos. Estas disposiciones son, en esencia, objeto del apartado 47 de la Comunicación de la Comisión relativa al acceso al expediente. Para simplificar el acceso al expediente, el apartado 45 de la Comunicación de la Comisión relativa al acceso al expediente establece que esta facilitará a las partes «una lista de documentos en la que se presente el contenido del expediente».

157 Para garantizar la efectividad del derecho de acceso en los procedimientos de control de las concentraciones, las solicitudes de acceso al expediente deben presentarse a su debido tiempo. Como se recuerda en el apartado 28 de la Comunicación de la Comisión relativa al acceso al expediente, de la lectura conjunta del artículo 18, apartados 1 y 3, del Reglamento n.º 139/2004 y del artículo 17, apartado 1, del Reglamento n.º 802/2004 se desprende que, previa solicitud, se concederá a las partes que hayan notificado una concentración acceso al expediente de la Comisión en cualquier fase del procedimiento a partir de la notificación del pliego de cargos de la Comisión y hasta la consulta con el Comité consultivo. El artículo 3, apartado 7, de la Decisión 2011/695 establece, por otra parte, que las solicitudes relacionadas con una medida sujeta a un plazo se realizarán con la debida antelación dentro del plazo original. De ello se deduce que una solicitud de acceso al expediente presentada ante la DG de Competencia o el consejero auditor después de que el Comité consultivo emitiera su dictamen sobre el proyecto de decisión de la Comisión debe considerarse extemporánea.

158 En el caso de autos, la argumentación de UPS es, en parte, demasiado general para permitir concluir que los documentos no comunicados eran al menos potencialmente necesarios para el ejercicio de su derecho de defensa. En efecto, UPS alega que todos los documentos internos confidenciales de FedEx deberían habersele comunicado, ya que le habrían permitido comprender en qué elementos se había basado la Comisión para admitir la existencia de un obstáculo significativo a la competencia efectiva en quince mercados nacionales y excluirla por lo que respecta a otros catorce, sin aportar mayores precisiones.

159 No obstante, UPS invoca de manera más específica dos grupos de documentos confidenciales internos que supuestamente FedEx transmitió a la Comisión, uno con anterioridad al pliego de cargos de 19 de octubre de 2012 y otro con posterioridad a dicho pliego. Según UPS, estos documentos permitirían comprender por qué la Comisión abandonó las preocupaciones inicialmente expresadas en el pliego de cargos en relación con catorce mercados nacionales.

160 Según UPS, el primer grupo está constituido por 484 documentos internos de FedEx que la Comisión poseía desde el 10 de agosto de 2012. El segundo grupo se refiere a determinados documentos que FedEx presentó a la Comisión los días 9 y 15 de noviembre de 2012, relativos a sus planes de expansión, a los que los abogados de UPS afirman haber tenido acceso parcial, a raíz de una diligencia de ordenación del procedimiento adoptada por el Tribunal el 11 de abril de 2016 en el asunto que dio lugar a la sentencia de 7 de marzo de 2017, United Parcel Service/Comisión (T-194/13, EU:T:2017:144).

i) Acceso a los 484 documentos confidenciales internos de FedEx incorporados al expediente el 10 de agosto de 2012

161 UPS, en el apartado 52 de la demanda, alega que la Comisión, que se encuentra en posesión de la mayor parte de los documentos internos de FedEx desde el 10 de agosto de 2012, habría podido permitirle el acceso a los elementos de prueba de descargo, a más tardar, en el momento de la exposición de los hechos. Sin embargo, según UPS, no lo hizo, vulnerando así de manera manifiesta y grave el derecho de defensa. En la fase de réplica, UPS solicitó al Tribunal que ordenara a la Comisión presentar todos los documentos internos de FedEx de los que dispusiese. Interrogada por escrito sobre este extremo, UPS invocó 484 documentos internos de FedEx relativos a los proyectos de expansión de esta empresa.

162 La Comisión responde, en esencia, que la Decisión controvertida no se apoya en ningún documento de FedEx al que UPS no tuviera acceso y que, por lo demás, UPS no solicitó, durante el procedimiento administrativo, el acceso a los 484 documentos en cuestión.

163 Es preciso señalar que las partes están de acuerdo en reconocer que FedEx transmitió los 484 documentos en cuestión el 10 de agosto de 2012, en respuesta a una solicitud de información de la Comisión de 2 de agosto de 2012. UPS no sostiene que dichos documentos no figuren en la lista de documentos en la que se presente el contenido del expediente. En la nota a pie de página 49 del anexo A.14 de la demanda, UPS indica que llegó a identificar la existencia de esos documentos consultando el escrito, no confidencial, de los asesores jurídicos de FedEx de 10 de agosto de 2012 que acompañaba a la transmisión de los documentos en cuestión (documento con la referencia ID 6459). Aunque no precisó en la vista en qué fecha pudo tener conocimiento de la existencia de dichos documentos, UPS declaró que había solicitado acceder a ellos durante el procedimiento administrativo y haberse dirigido al consejero auditor a tal efecto el 30 de octubre de 2012.

164 Sin embargo, procede señalar que la solicitud de acceso al expediente que UPS dirigió el 25 de octubre de 2012 a la DG de Competencia no contiene ninguna referencia a dichos documentos. En su solicitud, UPS solicitó el acceso a los 1 122 documentos procedentes de terceros y que no fueron divulgados, sin justificación por parte de la Comisión, de los 7 299 documentos que figuran en el índice del expediente administrativo.

165 La Comisión respondió a UPS, mediante correo electrónico de 25 de octubre de 2012, que, de todos los documentos obrantes en el expediente y a los que había tenido derecho de acceso desde la notificación del pliego de cargos, solo 323 documentos eran inaccesibles debido a secretos comerciales y otros 1 177 documentos eran accesibles en versión no confidencial.

166 Procede señalar que, en su solicitud al consejero auditor de 30 de octubre de 2012, además de las solicitudes de acceso relativas a determinados documentos específicos, identificados mediante su referencia o, al menos, identificables, UPS se limitó a invocar, en términos generales, su derecho a

conocer, «directamente o a través de sus abogados, cualquier documento potencialmente exculpatario que figurara en el expediente de la Comisión y, en particular, los datos internos relativos a la estrategia de FedEx».

- 167 Pues bien, UPS no solo no dispone de tal derecho de acceso ilimitado y absoluto a la información confidencial que figura en el expediente, sino que no podía razonablemente esperar que el consejero auditor interpretara esta solicitud vaga y abstracta en el sentido de que se refería específicamente a los 484 documentos que FedEx adjuntó a su respuesta de 10 de agosto de 2012 a las preguntas de la Comisión.
- 168 UPS no ha probado haber solicitado, durante la continuación del procedimiento administrativo, el acceso a los 484 documentos en cuestión, ni en la solicitud de acceso dirigida a la Comisión el 26 de noviembre de 2012 ni en la de 4 de enero de 2013, en respuesta a la exposición de los hechos.
- 169 De estos elementos se desprende que, al no haber demostrado haber presentado una solicitud a tal efecto, UPS no ejerció su derecho de acceso a los 484 documentos que FedEx transmitió a la Comisión el 10 de agosto de 2012 y que fueron incorporados al expediente, en las condiciones previstas en el artículo 3, apartado 7, de la Decisión 2011/695.
- 170 Pues bien, el Tribunal ya ha desestimado, en el contexto de procedimientos de aplicación del artículo 101 TFUE, un motivo de anulación basado en la vulneración del derecho de acceso al expediente, debido a que la parte que lo invocaba no había hecho uso de ese derecho durante el procedimiento administrativo (sentencia de 9 de diciembre de 2014, SP/Comisión, T-472/09 y T-55/10, EU:T:2014:1040, apartado 294). El Tribunal también ha declarado que una parte que se enteraba durante el procedimiento administrativo de que la Comisión poseía documentos que podrían ser útiles para su defensa, estaba obligada a presentar a la institución una solicitud expresa de acceder a dichos documentos. El hecho de no actuar así durante el procedimiento administrativo tiene un efecto preclusivo sobre este extremo por lo que respecta al recurso de anulación que en su caso se interponga contra la decisión final (sentencias de 15 de marzo de 2000, Cimenteries CBR y otros/Comisión, T-25/95, T-26/95, T-30/95 a T-32/95, T-34/95 a T-39/95, T-42/95 a T-46/95, T-48/95, T-50/95 a T-65/95, T-68/95 a T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 y T-104/95, EU:T:2000:77, apartado 383, y de 26 de abril de 2007, Bolloré y otros/Comisión, T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 y T-136/02, EU:T:2007:115, apartados 49 y 59).
- 171 Estas soluciones son extrapolables a un recurso que tiene por objeto la reparación del perjuicio derivado de una supuesta vulneración del derecho de acceso al expediente en un procedimiento de control de las concentraciones. Una parte que haya notificado una concentración y que no presenta a la DG de la Competencia una solicitud de acceso al expediente y, posteriormente, en caso de denegación de su solicitud, al consejero auditor, no puede alegar ulteriormente que cumple los requisitos para obtener la reparación de un perjuicio supuestamente derivado de la vulneración del derecho de acceso, cuando no ha ejercido dicho derecho dentro de plazo y en la forma prescrita.
- 172 Por consiguiente, procede desestimar la argumentación de UPS basada en una vulneración del derecho de acceso a los 484 documentos confidenciales internos de FedEx transmitidos a la Comisión el 10 de agosto de 2012.

ii) Acceso a los documentos transmitidos por FedEx los días 9 y 15 de noviembre de 2012

173 Es preciso recordar que, en el pliego de cargos de 19 de octubre de 2012, la Comisión consideró (véanse, en particular, las secciones 7.1.3.2 y 7.1.3.7 de dicho pliego de cargos) que una de las razones por las que FedEx no era una competidora lo suficientemente potente como para compensar los efectos de la operación entre UPS y TNT obedecía a la escasa cobertura de su red con respecto a las de sus competidoras. La Comisión también señaló, en la sección 7.1.3.8 del referido pliego de cargos, que las adquisiciones recientes y los planes de expansión de FedEx no permitirían a esta última cerrar la brecha que la separaba de sus principales competidoras en un futuro próximo. Sobre la base de estos elementos, la Comisión concluyó, en la sección 7.1.3.9 del antedicho pliego de cargos, que la posición de FedEx era demasiado débil para imponer una presión competitiva significativa que permitiera contrarrestar los efectos negativos para la competencia de la operación proyectada.

174 De los datos del expediente se desprende que, mediante correo electrónico de 26 de octubre de 2012, la Comisión remitió a FedEx una solicitud de información complementaria relativa a las infraestructuras de esta empresa. Esta solicitud, destinada, en particular, a que la Comisión conociese mejor los planes de expansión de FedEx, tenía por objeto, más concretamente, obtener con respecto a cada país del EEE:

- un mapa en el que se indicara la ubicación de las infraestructuras utilizadas por FedEx para el suministro de pequeños paquetes, así como de aquellas que proyectaba utilizar antes de finales de 2015;
- la lista de subcontratistas utilizados para la recogida y entrega de pequeños paquetes («pick up and delivery»; en lo sucesivo, «PUD»), así como de aquellos que FedEx proyectaba contratar antes de finales de 2015, indicando con respecto a cada uno de ellos su ubicación y su zona de influencia. Esta información debía facilitarse en forma de cuadro, organizado según rúbricas que permitieran identificar y ubicar a cada empresa y facilitar datos relativos a su posición e importancia en la red de FedEx (aérea, terrestre o local), indicando en particular su capacidad de tratamiento en 2011, su zona de influencia, el número de rutas cubiertas, los movimientos diarios de camiones y el tamaño de la flota de vehículos de entrega. La Comisión solicitaba asimismo a FedEx que precisara la fecha prevista para el inicio de las operaciones proyectadas a partir de las instalaciones aún no operativas.

175 Esta solicitud tenía por objeto completar la información en la que se basaba el análisis provisional de la Comisión expuesto en el pliego de cargos sobre la posición competitiva de FedEx en el mercado de las entregas urgentes dentro del EEE.

176 Como respuesta, FedEx transmitió a la Comisión los mapas y cuadros solicitados el 9 de noviembre de 2012. El 15 de noviembre de 2012, FedEx presentó una versión revisada de dichos documentos.

177 Ha quedado acreditado que la Comisión no transmitió los referidos documentos a UPS durante el procedimiento administrativo. Tan solo en el marco del procedimiento en el asunto que dio lugar a la sentencia de 7 de marzo de 2017, United Parcel Service/Comisión (T-194/13, EU:T:2017:144), UPS pudo finalmente tener conocimiento de esos documentos, en su versión no confidencial, a raíz de una diligencia de ordenación del procedimiento adoptada por el Tribunal el 11 de abril de 2016.

- 178 Sin embargo, la Comisión alegó en la vista que podía excluirse toda vulneración del derecho de defensa de UPS a este respecto, ya que esta no había acudido al consejero auditor para impugnar la negativa de la DG de Competencia. La Comisión subrayó que, dado que esta negativa databa del 11 de enero de 2013, UPS podía aún dirigirse al consejero auditor hasta el 18 de enero de 2013, fecha de la reunión del Comité consultivo, lo que UPS no hizo.
- 179 Es cierto que UPS ejerció su derecho de acceso al expediente, ya que el 4 de enero de 2013 presentó ante la DG de Competencia una solicitud de acceso restringido en sala de información en su respuesta a la exposición de los hechos, solicitud que versaba, en particular, sobre las respuestas a las solicitudes de información con las referencias Q30 y Q31.
- 180 Sin embargo, de los autos se desprende que UPS no sometió al consejero auditor la negativa de la DG de Competencia de 11 de enero de 2013, a pesar de que UPS disponía de un plazo cuyo vencimiento se había fijado, con arreglo al artículo 18, apartados 1 y 3, del Reglamento n.º 139/2004 y al artículo 17, apartado 1, del Reglamento n.º 802/2004, en la fecha de la reunión del Comité consultivo, es decir, en el caso de autos, el 18 de enero de 2013. Además, UPS no ha alegado que esas normas adolecieran de ilegalidad alguna.
- 181 En estas circunstancias, procede considerar que, al no haber presentado al consejero auditor una solicitud de acceso al expediente, UPS no puede alegar posteriormente que cumple los requisitos para obtener la reparación de un perjuicio supuestamente derivado de la vulneración de este derecho que no ejerció a su debido tiempo y en la forma prescrita.
- 182 De lo anterior se desprende que la argumentación de UPS basada en una vulneración de su derecho de acceso a las respuestas de FedEx de los días 9 y 15 de noviembre de 2012 carece de fundamento.
- 183 Por otra parte, dado que UPS no presentó previamente ante la DG de Competencia, ni, en caso de denegación, ante el consejero auditor, ninguna solicitud de acceso a los 484 documentos confidenciales internos de FedEx transmitidos a la Comisión el 10 de agosto de 2012 ni ninguna solicitud de acceso a las respuestas de FedEx de los días 9 y 15 de noviembre de 2012, no es necesario acceder a la solicitud de diligencias de ordenación del procedimiento de UPS relativa a la presentación de dichos documentos.

b) Sobre el incumplimiento de la obligación de motivación

- 184 UPS sostiene que la Comisión no motivó suficientemente la Decisión controvertida por lo que respecta al nivel de prueba necesario para diferenciar, sobre la base del análisis de los efectos de la concentración sobre los precios, de las eficiencias y de la competitividad de FedEx, los quince mercados nacionales en los que existía un obstáculo significativo a la competencia efectiva con respecto a los otros catorce mercados nacionales. En consecuencia, a su entender, ni ella ni el Tribunal pudieron comprobar de qué manera la Comisión, apoyándose en esos tres elementos, había efectuado una distinción entre esos mercados ni apreciar el fundamento de las conclusiones relativas a la proximidad de la competencia. UPS afirma que, si bien una motivación insuficiente no implica por sí sola daños, tal insuficiencia subraya en el caso de autos la grave vulneración por parte de la Comisión del principio de primacía del Derecho.
- 185 La Comisión objeta que una motivación insuficiente no puede generar la responsabilidad extracontractual de la Unión.

- 186 Es preciso recordar que, para determinar si la ilegalidad alegada puede generar la responsabilidad extracontractual de la Unión, el Tribunal debe poder comprender el alcance de la infracción invocada. En efecto, incumbe a la demandante identificar el comportamiento reprochado, so pena de inadmisibilidad. Pues bien, la argumentación de UPS que figura en el apartado 73 de la demanda no permite determinar de qué modo el incumplimiento de la obligación de motivación reprochado constituye una infracción suficientemente caracterizada. En estas circunstancias, la presente imputación es inadmisibile.
- 187 En cualquier caso, procede señalar que la argumentación de UPS relativa a la falta de motivación que figura en el apartado 73 de la demanda se confunde, en realidad, con la desarrollada para demostrar la ilegalidad de la no de comunicación de los criterios de evaluación de las eficiencias, de la apreciación de los efectos de la concentración sobre los precios y del contrapeso competitivo que puede ejercer FedEx. UPS sostiene que la apreciación de la operación entre ella y TNT adolece de errores en el análisis de los efectos de la concentración sobre los precios y de las eficiencias, de una disparidad de trato en relación con la operación entre FedEx y TNT, así como de errores de apreciación de la situación de FedEx. Por tanto, UPS invoca la existencia de una o varias infracciones suficientemente caracterizadas en la medida en que, en la Decisión controvertida, la Comisión concluyó que existía un obstáculo significativo a la competencia efectiva en los mercados de los servicios de que se trata en quince Estados miembros.
- 188 A este respecto, es preciso recordar que la obligación de motivación establecida en el artículo 296 TFUE constituye una formalidad sustancial que debe distinguirse de la cuestión del fundamento de la motivación, pues esta pertenece al ámbito de la legalidad del acto controvertido en cuanto al fondo. En efecto, la motivación de una decisión consiste en expresar formalmente los fundamentos en los que se basa dicha decisión. Si estos fundamentos no están respaldados o adolecen de errores, tales vicios afectan a la legalidad de la decisión en cuanto al fondo, pero no a su motivación (sentencia de 10 de julio de 2008, Bertelsmann y Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, apartado 181).
- 189 El incumplimiento del requisito sustancial de forma relativo a la obligación de motivación de los actos de la Unión no puede dar lugar a un perjuicio material distinto del derivado de la falta de fundamento del acto en cuestión. La eventual insuficiencia de motivación de un acto de la Unión no puede, en principio, originar la responsabilidad de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de septiembre de 2003, Eurocoton y otros/Consejo, C-76/01 P, EU:C:2003:511, apartado 98 y jurisprudencia citada, y de 10 de septiembre de 2019, HTTS/Consejo, C-123/18 P, EU:C:2019:694, apartado 103).
- 190 Habida cuenta de lo anterior, procede desestimar las alegaciones de UPS basadas en un incumplimiento de la obligación de motivación y examinar las alegaciones de esta última basadas en errores de apreciación de la operación proyectada.

c) Sobre los errores de apreciación de la operación proyectada

- 191 UPS sostiene que la apreciación de la operación entre ella y TNT adolece de errores en el análisis de los efectos de la concentración sobre los precios y de las eficiencias, de una disparidad de trato en relación con la operación entre FedEx y TNT, así como de errores de apreciación de la situación de FedEx, que, individual o conjuntamente, pueden generar la responsabilidad extracontractual de la Unión.

1) Análisis de los efectos de la concentración sobre los precios

192 UPS invoca dos tipos de errores que afectan al modelo adoptado por la Comisión. Se trata, por una parte, de la no consideración de determinados datos de FedEx y, por otra parte, de errores de concepción del modelo econométrico de la Comisión.

i) No consideración de determinados datos de FedEx

193 En opinión de UPS, la Comisión excluyó determinados datos de FedEx, no obstante, útiles para la modelización de los efectos de la concentración sobre los precios. Afirma que, mientras que el objetivo del análisis de la concentración sobre los precios era prever la incidencia sobre los precios por lo que atañe al año 2015, la Comisión tomó en consideración los datos de FedEx correspondientes al año 2012. Sin embargo, a su entender, disponía de información relativa a los proyectos de FedEx que iban a llevarse a cabo hasta 2015, pero no la tuvo en cuenta. Según UPS, sin este error manifiesto, el modelo no habría indicado prácticamente ningún incremento de precios en trece de los quince Estados con respecto a los cuales la Comisión llegó a la conclusión de que existía un obstáculo significativo a la competencia efectiva. A su juicio, si la Comisión hubiera utilizado los datos de que disponía, habría podido comprobar que era imposible prever de manera fiable aumentos de precio y que una decisión negativa carecía de fundamento.

194 Procede señalar que, para estimar la relación entre el nivel de concentración y los precios observados, la Comisión se basó en los datos disponibles en el momento de la elaboración del modelo, es decir, en 2012. Por lo que respecta, más concretamente, a la variable de concentración, la Comisión tomó en consideración la tasa de cobertura de las redes respectivas de las competidoras tal como podía observarse en aquel momento para ofrecer una imagen fiel. Incluir entre estos datos elementos prospectivos, por naturaleza puramente hipotéticos, como las proyecciones realizadas por FedEx sobre la expansión de su red al cabo de casi tres años, habría introducido un grado adicional de incertidumbre difícilmente compatible con el objetivo de alcanzar un modelo fiable. Sin embargo, esto no significa que esos datos no fueran pertinentes para el análisis de la operación proyectada, ya que la Comisión, en el marco de su análisis general o «cualitativo», examinó la aptitud de FedEx para ejercer en el futuro un contrapeso competitivo con respecto a la entidad resultante de la operación proyectada. En estas circunstancias, debe desestimarse la argumentación de UPS basada en que no se tomaron en consideración, a efectos del modelo econométrico, las proyecciones de FedEx en cuanto a la expansión de su red hasta 2015.

ii) Errores de concepción del modelo econométrico de la Comisión

195 UPS sostiene que la Comisión sobrepasó los límites que se imponen a su margen de apreciación al utilizar un modelo que se aparta sensiblemente de la práctica habitual en econometría, que consiste en utilizar el mismo modelo en dos fases del análisis. Según UPS, la Comisión utilizó en la fase de previsión un modelo distinto del utilizado en la fase de estimación.

196 UPS alega, en esencia, que la Comisión incurrió en un error manifiesto y grave que afecta a la fiabilidad del modelo considerado en su conjunto, al utilizar una variable de concentración discreta —es decir, representada en forma de un entero— en la fase de estimación, pero continua —representada en forma decimal— en la fase de previsión. Según UPS, para prever los efectos de la concentración, la Comisión se basó en un modelo contrario a la práctica en la materia y carente

de fundamentos empíricos. A su juicio, en circunstancias análogas, ninguna administración normalmente prudente y diligente habría predicho los efectos de la concentración sobre los precios basándose en tal modelo.

- 197 UPS invoca, en apoyo de sus alegaciones, dos informes de expertos en econometría, profesores de economía en Estados Unidos, en la Universidad de Chicago y en el Massachusetts Institute of Technology, respectivamente. Estos informes, de 30 de noviembre de 2017 y de 1 de diciembre de 2017, respectivamente, fueron inicialmente preparados, a petición de UPS, para asistir a esta última en el marco del asunto que dio lugar a la sentencia de 16 de enero de 2019, Comisión/United Parcel Service (C-265/17 P, EU:C:2019:23) y posteriormente se adjuntaron como anexo a la demanda en el presente procedimiento (anexos A.8 y A.9 de la demanda). UPS presentó, en la fase de réplica, dos dictámenes complementarios de dichos expertos (anexos C.1 y C.2 de la réplica).
- 198 Según estos expertos, el modelo utilizado por la Comisión es contraintuitivo, no convencional y arbitrario. En efecto, de los dos informes se desprende que la metodología normalmente seguida en los modelos destinados a cuantificar los efectos previsibles de una concentración sobre el nivel de precios consiste en utilizar el mismo modelo en cada una de las dos fases y no un modelo diferente en cada una de ellas.
- 199 Los dos informes denuncian también el hecho de que no se haya probado el modelo de previsión utilizado por la Comisión, lo que constituye un menoscabo de los métodos normalmente empleados para el desarrollo de modelos econométricos.
- 200 Para refutar estos elementos, la Comisión no ha aportado a los autos informes periciales admisibles. No obstante, alega que la cuestión de si el modelo es conforme con la práctica econométrica ordinaria no es pertinente a efectos del presente recurso. A su entender, solo sería pertinente la cuestión de si, a la vista de las circunstancias del caso de autos, la combinación de una variable de concentración discreta en la fase de estimación y de una variable de concentración continua en la fase de previsión constituye una infracción suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión. En su opinión, para responder a esta cuestión, es preciso determinar si esta combinación es aceptable, no a la luz de la práctica normalmente seguida en los modelos econométricos, sino a la luz de las circunstancias específicas de la concentración examinada. Aun admitiendo haber incurrido en un vicio de procedimiento al no comunicar el modelo econométrico final a UPS, la Comisión sostiene que su análisis de los efectos de la concentración sobre los precios no adolece de un grave error material y que la utilización de diferentes tipos de variables en las dos etapas del análisis no es suficientemente caracterizada para generar la responsabilidad de la Unión.
- 201 Para empezar, por lo que respecta a la amplitud del margen de apreciación de que dispone la Comisión, es preciso recordar que, en materia de control de las concentraciones, la Comisión goza de cierta libertad en la elección de los instrumentos econométricos a su disposición, así como en la de los enfoques apropiados para el estudio de un fenómeno, siempre que tales elecciones no sean manifiestamente contrarias a las normas admitidas de la disciplina económica y se apliquen de manera consecuente (sentencia de 9 de septiembre de 2008, MyTravel/Comisión, T-212/03, EU:T:2008:315, apartado 83).

- 202 Además, procede señalar que la definición del modelo econométrico destinado a prever los efectos de la concentración sobre el nivel de precios y el control de los datos que lo alimentan y las diferentes etapas y pruebas necesarias para su desarrollo se basan en elecciones relativas a elementos a la vez técnicos y complejos, elecciones que forman parte del margen de apreciación de la Comisión.
- 203 De ello se deduce que la argumentación de UPS relativa a la conformidad del modelo con la práctica seguida normalmente en la materia es un elemento pertinente para comprobar la existencia de una infracción caracterizada del Derecho de la Unión. No obstante, como señala acertadamente la Comisión, cualquier infracción de las normas admitidas de la disciplina económica no es, en sí misma, suficiente para concluir que existe una irregularidad suficientemente caracterizada que permita generar la responsabilidad extracontractual de la Unión.
- 204 A continuación, las partes coinciden en reconocer que el modelo econométrico utilizado por la Comisión en el caso de autos tiene por objeto, a partir de los datos observados en el mercado pertinente relativos a la concentración y al nivel de precios, establecer, en una primera fase denominada de «estimación», una función que explique la relación entre estas dos variables. Entonces es posible, en una segunda fase, denominada de «previsión», determinar el efecto de una variación determinada del nivel de concentración sobre el nivel de precios, teniendo en cuenta que ese efecto no es constante, sino que puede variar según el nivel de concentración inicial.
- 205 La Comisión alega que el enfoque seguido en el marco de su modelo econométrico estaba justificado a la luz de las circunstancias y de las características de la operación entre UPS y TNT. Por lo que respecta a la fase de estimación, explica que consideró que el uso de una variable de concentración continua suscitaba dificultades econométricas. Para resolverlo dentro de los límites temporales que se le imponían, la Comisión consideró que debía aplicarse una variable de concentración discreta en la fase de estimación, con el fin de evitar que se produjera un error material.
- 206 Sin embargo, es preciso señalar que UPS no impugna el recurso a la variable de concentración discreta utilizada por la Comisión en la fase de estimación.
- 207 Por lo que respecta a la fase de previsión, la Comisión sostiene que no podía recurrir a la variable discreta utilizada en la fase de estimación. A su juicio, con tres intervalos de concentración, tal variable discreta habría llevado a no prever ningún efecto sobre los precios cuando la variación del nivel de concentración hubiera permanecido dentro de un intervalo determinado. A su entender, tal resultado no sería realista y sería contrario a las observaciones formuladas en la fase de estimación. En estas circunstancias, la Comisión explica que estimó que, para evitar un error material, no tenía otra opción que volver a usar una variable continua en la fase de previsión, a pesar de haber utilizado una variable de concentración discreta en la fase de estimación. Según la Comisión, esta solución era adecuada y razonable. Por tanto, en su opinión, no existe ningún error sustancial ni, *a fortiori*, caracterizado, y ello con independencia de si ese método se ajustaba a la práctica econométrica.
- 208 Así pues, la Comisión sostiene que la afirmación de uno de los expertos de UPS de que modificó los coeficientes del modelo entre la estimación y la previsión es falsa. La Comisión afirma que utilizó los coeficientes derivados de la estimación y, en la fase de previsión, procedió a su interpolación. Según la Comisión, se trata de una hipótesis añadida en la fase de previsión. Esta

hipótesis de una interpolación lineal por partes tenía, según ella, por objeto completar el modelo de estimación para obtener un modelo de previsión. A su entender, el modelo lineal segmentado utilizado en la fase de previsión es una forma de función no lineal.

- 209 Procede observar que, mediante estas alegaciones, la Comisión explica las razones que la llevaron a modificar el modelo de estimación para prever los efectos de la concentración sobre los precios. La Comisión reconoce que añadió al modelo utilizado para la estimación varias características para poder hacer previsiones utilizando una variable de concentración continua. Por tanto, procede considerar, conforme a lo afirmado por los expertos de UPS, que la estimación y la previsión se basan en modelos que no son idénticos.
- 210 La Comisión tampoco cuestiona a los expertos de UPS cuando afirman que no siguió la práctica econométrica ordinaria, que, sin embargo, constituye la base de las reglas de mejores prácticas que la propia Comisión definió.
- 211 A este respecto, procede señalar que la Comisión fijó la línea de conducta que iba a seguir para la presentación de pruebas y la recogida de datos económicos publicando un documento SEC(2011) 1216 final, de 17 de octubre de 2011, titulado «Best practices for the submission of economic evidence and data de collection in cases concerning the application of article 101 TFEU and in merger cases» (Mejores prácticas por lo que respecta a la presentación de pruebas económicas y a la recogida de datos en los asuntos relativos a la aplicación de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE) (en lo sucesivo, «mejores prácticas»), que acompañaba a la Comunicación de la Comisión sobre buenas prácticas para el desarrollo de los procedimientos relativos a los artículos 101 y 102 del TFUE (DO 2011, C 308, p. 6). Ya se ha declarado que, mediante tales comunicaciones, la Comisión se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de tales reglas, so pena de verse sancionada, en su caso, por violación de los principios generales del Derecho, tales como la igualdad de trato o la protección de la confianza legítima (véanse, 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, apartado 211, y de 13 de diciembre de 2012, Expedia, C-226/11, EU:C:2012:795, apartado 28).
- 212 Las mejores prácticas tratan de enmarcar el análisis económico con el fin de permitir a la Comisión y a los órganos jurisdiccionales de la Unión apreciar su pertinencia e importancia. En particular, serán aplicables al control de las concentraciones, tanto respecto de las partes en el procedimiento como de la Comisión (apartados 2 y 6 de las mejores prácticas). Según el apartado 15 de las mejores prácticas, un análisis económico o econométrico que no responda estrictamente a los estándares enunciados en esas mejores prácticas solo gozará normalmente de menor valor probatorio y podría no ser tomado en consideración.
- 213 Entre los medios previstos por las mejores prácticas para garantizar la utilización eficaz de pruebas fiables y pertinentes figura principalmente el respeto de técnicas estándares que prevalecen en materia de análisis económico o econométrico (apartados 2 y 3 de las mejores prácticas). Además de la calidad de los datos (apartados 20 y 33 de las mejores prácticas), las mejores prácticas se refieren, por tanto, a la necesidad de tener en cuenta únicamente hipótesis probadas y coherentes con respecto a las características del mercado examinado, de verificar la calidad de los datos y de los métodos empíricos y de examinar las posibles alternativas, así como la solidez de los resultados obtenidos (apartados 3, 10, 13, 15, 24 y 26 de las mejores prácticas). Las múltiples referencias a la solidez de los resultados y a la sensibilidad de los cambios de datos o a la elección de un método empírico y de hipótesis precisas de modelización (apartados 15, 32, 40 y 41 y secciones C y E del

anexo 1 de las mejores prácticas) muestran la importancia que la Comisión atribuye a este concepto. En particular, la sección E del anexo 1 de las mejores prácticas prevé que todo estudio empírico debe ir acompañado de un análisis exhaustivo de la solidez y que, en general, un modelo económico debe ir acompañado de un análisis de sensibilidad relativo a las variables clave, en la medida en que solo puede determinarse el valor plausible y no el valor exacto de cada variable.

- 214 Las mejores prácticas conceden también una importancia particular a la transparencia (véanse los apartados 6, 10, 15, 24, 26, 28, 29 y 43 y las secciones C y D del anexo 1 de las mejores prácticas), que se considera como un factor de responsabilidad y de credibilidad (apartados 6 y 43 de las mejores prácticas). De este modo, precisan que las decisiones metodológicas deben explicarse y estar motivadas para poner de manifiesto expresamente sus ventajas e inconvenientes (apartados 24, 26 y 28 de las mejores prácticas), pero también sus límites (apartado 43 de las mejores prácticas). La utilización de técnicas estadísticas que se aparten de los métodos generalmente aceptados deberá justificarse detalladamente (apartado 29 de las mejores prácticas).
- 215 En el caso de autos, la Comisión no respetó sus propias reglas de mejores prácticas, puesto que se basó en un método no convencional, basado en hipótesis no probadas y no verificadas, sin examinar la solidez de sus resultados y la sensibilidad del modelo, ni revelar a las partes estas elecciones y los motivos que podían justificarlas. Es importante destacar el contraste entre, por una parte, la importancia que las mejores prácticas conceden a la transparencia y, por otra parte, la forma en que, en el caso de autos, la Comisión modificó unilateralmente el modelo para la fase de previsión, sin revelar a las partes la naturaleza de dichas modificaciones. Esta quiebra de los principios derivados de las mejores prácticas se ve, por lo demás, corroborada por la argumentación de la Comisión en el presente procedimiento, cuando reconoce que, si UPS hubiera podido tener conocimiento del modelo revisado, probablemente habrían tenido lugar discusiones posteriores sobre los problemas relacionados con dichas modificaciones.
- 216 A pesar de estos elementos, el hecho de que la Decisión controvertida se base en parte en el modelo econométrico no es suficiente para concluir que existe una ilegalidad que pueda generar la responsabilidad extracontractual de la Unión. La Comisión subraya acertadamente que el modelo econométrico es solo uno de los elementos tomados en consideración a efectos de la apreciación de la operación proyectada. Por muy útil que sea para afinar la comprensión del funcionamiento de los mercados afectados por la operación proyectada, un análisis cuantitativo basado en un modelo econométrico, por su propia naturaleza, no puede constituir, por lo general, la única prueba en apoyo de una decisión de incompatibilidad. En efecto, todo modelo se basa en simplificaciones de la realidad, como señala acertadamente la Comisión en el apartado 12 de las mejores prácticas. Esta limitación inherente a la técnica de modelización implica conferir a los estudios econométricos un valor probatorio que no puede asimilarse a la prueba material de un hecho.
- 217 En el caso de autos, para llegar a la conclusión de que existía un obstáculo significativo a la competencia efectiva en quince mercados nacionales sobre la base de efectos no coordinados, la Comisión, en la Decisión controvertida, se apoyó, por una parte, en un análisis general de las características del mercado de referencia y, por otra parte, en un análisis cuantitativo, que permitía percibir la magnitud de los efectos previsibles de la concentración sobre el nivel de precios, tras haber integrado en dicho análisis las eficiencias alegadas.

- 218 Con arreglo al apartado 24 de las Directrices, el control de la existencia de efectos no coordinados en un mercado oligopolístico requiere, en esencia, comprobar, por una parte, los efectos directos de la concentración sobre los incentivos de las partes de la fusión para aumentar sus precios y, por otra parte, los efectos que la concentración puede producir en los incentivos de los demás miembros del oligopolio para reaccionar a la concentración aumentando sus precios.
- 219 La Comisión subrayó la estructura oligopolística del mercado pertinente, en la que DHL, UPS, TNT y FedEx poseen conjuntamente entre el 90 % y el 95 % de la cuota de mercado (considerando 509 de la Decisión controvertida). DHL era la principal competidora en términos de cuota de mercado y cobertura geográfica y en virtud del desarrollo y la densidad de su red dentro del EEE. TNT y UPS eran competidoras cercanas de DHL (considerandos 626 a 630 de la Decisión controvertida). En cambio, debido a sus redes mucho más limitadas, FedEx estaba demasiado alejada como para rivalizar plenamente con DHL y con UPS y TNT (considerandos 511 a 625; 631 a 635 y 702 a 711 de la Decisión controvertida).
- 220 La Comisión consideró que la concentración reduciría el número de proveedores de cuatro a tres (considerandos 712 a 714 de la Decisión controvertida) y, en algunos mercados nacionales, de tres a dos, habida cuenta de la débil posición de FedEx (considerandos 715 a 720 de la Decisión controvertida). Tal es el caso, entre los quince mercados nacionales donde se daba un obstáculo significativo a la competencia efectiva, de los siguientes Estados miembros: República Checa (considerando 1061 de la Decisión controvertida); Dinamarca (considerando 1135 de la Decisión controvertida); Estonia (considerando 1186 de la Decisión controvertida); Letonia (considerando 1359 de la Decisión controvertida); Lituania (considerando 1411 de la Decisión controvertida); Malta (considerando 1430 de la Decisión controvertida); Polonia (considerando 1627 de la Decisión controvertida); Eslovenia (considerando 1788 de la Decisión controvertida); Eslovaquia (considerando 1734 de la Decisión controvertida); Finlandia (considerando 1226 de la Decisión controvertida) y Suecia (considerando 1839 de la Decisión controvertida).
- 221 En cuatro mercados nacionales en los que se daba un obstáculo significativo a la competencia efectiva (República Checa, Dinamarca, Lituania y Países Bajos), la entidad formada por UPS y TNT se convertiría en líder del mercado con una cuota de mercado superior al 50 % (considerandos 1048, 1049, 1121, 1393, 1394, 1502 y 1503 de la Decisión controvertida).
- 222 Además, la Comisión constató que el mercado pertinente se caracterizaba por la existencia de altas barreras a la entrada y a la expansión. Debido a la necesidad de construir una infraestructura en todo el EEE y de disponer de centros de clasificación y de redes informáticas, de recogida y de entrega, así como de transporte aéreo y terrestre, siendo estas barreras acumulativas, el mercado no conoció ningún nuevo competidor importante durante los últimos 20 años. Sobre la base de estos elementos, la Comisión estimó que ni los proyectos de expansión de FedEx ni los de los demás operadores permitirían contrarrestar las estrategias contrarias a la competencia que pudieran establecer las partes de la concentración (considerandos 741 a 788 de la Decisión controvertida).
- 223 La Comisión también señaló que los clientes no tenían un poder de negociación suficiente para contrarrestar un aumento de los precios en el mercado después de la concentración (considerandos 791 a 799 de la Decisión controvertida).

- 224 Estos elementos, que forman parte de la apreciación general de la concentración, están relacionados, principalmente, con la estructura del mercado y no son discutidos por UPS. Tales elementos permiten relativizar la importancia de las consideraciones dedicadas, en los considerandos 721 a 740 de la Decisión controvertida, a la cuantificación de los efectos previsibles de la concentración sobre el nivel de los precios.
- 225 Asimismo, procede subrayar que determinados límites del análisis de los efectos de la concentración sobre los precios surgieron a la luz de las particularidades de determinados mercados nacionales. Por ejemplo, la Comisión señaló que el modelo no permitía comprender las especificidades del mercado neerlandés ni las del mercado sueco (considerandos 1545, 1844 y 1845 de la Decisión controvertida).
- 226 En estas circunstancias, la afirmación de UPS según la cual, de no existir irregularidades que afectaran al análisis de los efectos de la concentración sobre los precios, ninguna autoridad de competencia se habría opuesto a la operación proyectada se basa en una interpretación errónea de la Decisión controvertida. Contrariamente a lo que alega UPS, el mero hecho de que la Comisión utilizara un modelo que adolece de irregularidades no basta para concluir que tales irregularidades estén suficientemente caracterizadas para generar la responsabilidad extracontractual de la Unión.
- 227 Asimismo, es preciso tener presente la utilidad de los modelos econométricos, en particular, en el contexto del control de una concentración que puede dar lugar a efectos no coordinados en un mercado oligopolístico. La Comisión debe disponer de un margen de maniobra para no ver paralizada su acción ni inhibirse de recurrir a tales instrumentos cuantitativos que, por su rigor y objetividad, contribuyen a la calidad del análisis económico.
- 228 Habida cuenta de todos estos elementos y tras ponderar los intereses en juego, procede concluir que las irregularidades alegadas por UPS en relación con el modelo econométrico de la Comisión no están suficientemente caracterizadas para poder generar la responsabilidad extracontractual de la Unión. Por consiguiente, procede rechazar la argumentación de UPS.

2) *Eficiencias*

i) Observaciones preliminares

- 229 UPS sostiene que el análisis de las eficiencias en la Decisión controvertida adolece de una ilegalidad que constituye una infracción suficientemente caracterizada. A su entender, ninguna autoridad de competencia normalmente prudente y diligente habría llegado a la conclusión de que la naturaleza y la cantidad de los elementos de prueba aportados durante el procedimiento administrativo no permitían considerar, en una medida razonable, que la materialización de esas eficiencias fuera racional, en el sentido del apartado 86 de las Directrices.
- 230 UPS afirma que si la Comisión hubiera aceptado siquiera una parte de las eficiencias alegadas distintas de los 65 millones de euros de sinergias en el sector del transporte aéreo y de los servicios de asistencia en tierra en Europa, ya no habría podido prohibir la operación, a pesar de su análisis erróneo y no convencional de los efectos de la concentración sobre los precios. A juicio de UPS, si la Comisión hubiera evaluado la operación entre ella y TNT con la misma metodología que la utilizada en el asunto relativo a la operación entre FedEx y TNT, debería haber aceptado una proporción mayor de las sinergias alegadas.

231 UPS niega que la carga de la prueba en materia de eficiencias incumba plenamente a la parte que haya notificado una concentración. Considera que tal interpretación permitiría a la Comisión rechazar cualquier sinergia alegada sin dar explicaciones.

232 Como se ha expuesto anteriormente al examinar las imputaciones relativas a la no comunicación de los criterios de evaluación de las eficiencias, corresponde a la parte que ha notificado una concentración aportar elementos de prueba precisos y convincentes que permitan cuantificar, en la medida de lo posible, las eficiencias esperadas, a pesar de la obligación de la Comisión de instruir minuciosa e imparcialmente todos los elementos pertinentes y de motivar su apreciación de modo suficiente. Por consiguiente, la argumentación de UPS basada en la infracción de las normas que regulan la carga de la prueba carece de fundamento.

ii) Evaluación de las eficiencias alegadas por UPS

233 UPS sostiene que, si hubiera podido tener conocimiento de los criterios sobre cuya base la mayor parte de las sinergias que pretendía obtener de la operación entre ella y TNT fueron rechazadas por la Comisión como no verificables, habría podido convencer a esta última de la existencia de esas eficiencias.

234 Sin embargo, esta argumentación ya ha sido rechazada al término del examen de las imputaciones relativas a la no comunicación de los criterios de evaluación de las eficiencias.

235 UPS añade que estas sinergias constituían la razón de ser de su proyecto de adquisición de TNT. Debido a la complementariedad de las redes de estas empresas, UPS afirma que habría estado en condiciones de reducir sus costes y competir más eficazmente con DHL, su principal rival en el mercado europeo. Durante sus negociaciones, su consejo de administración y el de TNT previeron, sobre la base de análisis de expertos, con prudencia y de conformidad con la normativa neerlandesa aplicable, sinergias comprendidas entre 400 y 550 millones de euros anuales (la mediana era de 503 millones de euros anuales), estimación reflejada en el precio de la oferta pública de adquisición de 9,50 euros por acción.

236 UPS explica que remitió estas previsiones a la Comisión para que esta las tuviera en cuenta en su apreciación de la operación proyectada, de conformidad con el artículo 2, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 139/2004 y con los apartados 76 y siguientes de las Directrices. Sin embargo, según UPS, la Comisión aceptó tomar en consideración únicamente las sinergias ligadas a la red aérea europea y a la asistencia en tierra durante los tres primeros años siguientes a la conclusión de la operación, por un importe de 65 millones de euros anuales.

237 UPS afirma que, al rechazar de este modo el saldo de 438 millones de euros de sinergias anuales basándose en que no eran verificables, la Comisión incurrió en un grave error de apreciación.

238 UPS reprocha a la Comisión no haber tomado en consideración las sinergias siguientes, que se examinarán más detalladamente a continuación:

- red aérea y asistencia en tierra en Europa (cuarto año): 43 millones de euros;
- costes administrativos: 210 millones de euros;
- transporte aéreo transatlántico: 25 millones de euros;

- transporte aéreo por cuenta de otros: 33 millones de euros;
- transporte por carretera de líneas en red entre aeropuertos nodales y de enlace: 22 millones de euros;
- instalaciones: 17 millones de euros;
- red en materia de PUD (en lo sucesivo, «red PUD»): 40 millones de euros;
- prestaciones de servicios externos: 48 millones de euros.

239 UPS estima que, aun cuando solo se hubiera aceptado como verificable una pequeña parte de las eficiencias rechazadas, está claro que no habría habido la menor base para adoptar una decisión de prohibición.

– *Sobre la red aérea y la asistencia en tierra en Europa (cuarto año)*

240 UPS critica a la Comisión por haber rechazado, en el considerando 905 de la Decisión controvertida, las sinergias vinculadas a la red aérea y a la asistencia en tierra más allá de los tres años posteriores a la operación de concentración entre ella y TNT, debido a que tal horizonte temporal implicaba una mayor incertidumbre y beneficios menos rápidos para los consumidores. Esta apreciación es, a su juicio, manifiestamente errónea y contradictoria, ya que, en el considerando 902 de dicha Decisión, la Comisión reconoció que las sinergias eran las mismas durante el cuarto año, reflejando la aplicación gradual de la integración.

241 Para responder a esta argumentación, es preciso recordar que la toma en consideración de las sinergias alegadas consiste, por definición, en evaluar el valor presente de flujos futuros, en forma de ganancias o de ahorro, evaluación que depende necesariamente del horizonte temporal y de la probabilidad de obtener esas ganancias o esos ahorros. De este modo, los apartados 83 y 87 de las Directrices subrayan que, en general, cuanto más largo sea el plazo previsto para la materialización de las eficiencias, menor será la importancia y la probabilidad que pueda conferirles la Comisión. En los considerandos 905 y 906 de la Decisión controvertida, la Comisión optó por limitar, en principio, a los tres primeros años, la toma en consideración de las eficiencias previstas. En cambio, para su evaluación general, la Comisión declaró que tomaba en consideración las proyecciones relativas al cuarto año, reduciendo al mismo tiempo la importancia que se les debía conceder habida cuenta de las incertidumbres y de la complejidad de la integración de las redes aéreas y de los servicios de asistencia en tierra.

242 La argumentación de UPS consiste esencialmente en afirmar que la credibilidad de sus proyecciones de futuras eficiencias es superior a la que la Comisión le ha reconocido efectivamente. Sin embargo, habida cuenta del carácter incierto de esas eficiencias y del horizonte temporal invocado por UPS, ninguna de sus alegaciones permite concluir que la Comisión haya cometido una infracción suficientemente caracterizada de una norma jurídica que tenga por objeto conferir derechos a los particulares, que pueda generar la responsabilidad extracontractual de la Unión.

– *Sobre los costes administrativos*

- 243 Según UPS, las sinergias administrativas resultan de la combinación, en lo que a ella y a TNT respecta, de las sedes y funciones generales centrales en Europa. A su juicio, las eficiencias previstas deberían haber alcanzado el importe de 210 millones de euros en cuatro años gracias a una reducción del número de efectivos combinados del 11 % por lo que atañe a las funciones de gestión y del 12 % por lo que respecta a las funciones administrativas, siendo estos objetivos inferiores a los alcanzados por ella en otras ocasiones.
- 244 UPS señala que, en el considerando 891 de la Decisión controvertida, la Comisión descartó tales ahorros, basándose en que se referían a costes fijos que no podían repercutirse a los consumidores. UPS estima que este razonamiento es erróneo y contradictorio. A su entender, mientras que la Comisión utilizó un porcentaje de repercusión de las eficiencias del 67 % sobre los costes medios totales (costes variables y costes fijos), debería haber aplicado dicho porcentaje a los costes administrativos y haber considerado que el 67 % del ahorro obtenido en estos se repercutiría a los consumidores, siendo el resto era absorbido por UPS. A la inversa, si la Comisión se proponía negarse, de conformidad con el considerando 891 de la Decisión controvertida, a aplicar ese porcentaje a los costes fijos, debería haber aplicado, por coherencia, un porcentaje de repercusión más elevado sobre los costes variables. Según UPS, ello habría supuesto entonces mayores eficiencias para ella y una reducción del número de mercados potencialmente afectados por un obstáculo significativo a la competencia efectiva.
- 245 No obstante, procede recordar que, en el considerando 891 de la Decisión controvertida, la Comisión reconoció, en esencia, que, desde un punto de vista contable, los costes administrativos podían repartirse entre los diferentes servicios y mercados nacionales según los volúmenes de paquetes tratados. Sin embargo, desde un punto de vista económico, este modo de reparto no permitía determinar la manera en que esos costes fijos contribuían a determinar el precio de cada contrato adicional. Al considerar que era incierta la respuesta a la cuestión de en qué medida los ahorros de costes administrativos podían influir en los precios de los productos pertinentes para justificar que fueran tenidos en cuenta, la Comisión, en el considerando 892 de la Decisión controvertida, estimó que tales ahorros, tal como fueron presentados por UPS, no eran verificables y, en consecuencia, no podían tenerse en cuenta. De ese considerando de la Decisión controvertida también se desprende que las consideraciones relativas a la repercusión a los consumidores del ahorro vinculado a los costes administrativos solo se presentaban con carácter subsidiario, en el supuesto de que tales ahorros hubieran sido verificables.
- 246 Por su naturaleza, las sinergias ligadas a la reducción de los costes administrativos a raíz de la fusión se concretan en una reducción de los costes fijos de la empresa. Pues bien, como se subraya en el apartado 80 de las Directrices, las mejoras de la rentabilidad que generan reducciones de los costes variables o marginales tienen una mayor probabilidad de resultar pertinentes para la evaluación de las eficiencias que las reducciones de los costes fijos, ya que, en principio, es más probable que sean las primeras las que acaben dando lugar a unos precios más bajos para los consumidores. Por tanto, la Comisión no incurrió en error al rechazar las sinergias asociadas a la reducción de los costes administrativos basándose en que no eran pertinentes para la apreciación de las eficiencias. Dado que las críticas de UPS relativas a la repercusión a los consumidores de ese ahorro se dirigen contra apreciaciones subsidiarias, carecen de pertinencia y deben ser desestimadas.

247 De ello se deduce que ningún elemento invocado por UPS, en relación con las eficiencias relacionadas con la reducción de los costes administrativos, permite considerar que la Comisión cometió una infracción suficientemente caracterizada de una norma jurídica que tenga por objeto conferir derechos a los particulares, que pueda generar la responsabilidad extracontractual de la Unión.

– *Sobre el transporte aéreo transatlántico*

248 UPS critica la apreciación por la que la Comisión, en los considerandos 882 y 883 de la Decisión controvertida, descartó el ahorro estimado en 25 millones de euros por lo que respecta al transporte aéreo transatlántico, basándose en esa estimación no había sido verificada. UPS recuerda que pretendía suprimir la única conexión transatlántica de TDT entre Lieja (Bélgica) y Nueva York (Estados Unidos), en la medida en que disponía de capacidad suficiente para absorber el 75 % del volumen de esa línea. Según UPS, la Comisión rechazó los cálculos que habían llevado a una estimación de 25 millones de euros, fundándose en que se basaban en la hipótesis de que TNT explotaba un Boeing 767, cuando en realidad explotaba un Boeing 777. Pues bien, a juicio de UPS, al ser los costes de este último superiores a los del otro aparato, el ahorro obtenido habría sido mayor.

249 Sin embargo, es preciso señalar que, en los considerandos 881 a 883 de la Decisión controvertida, la Comisión no negó la existencia de las eficiencias alegadas. Estimó que esas ganancias no eran verificables, ya que UPS había basado sus cálculos en la situación de la red de TDT en 2007, sin tomar en consideración el hecho de que posteriormente TNT había utilizado aviones de mayor capacidad.

250 Para demostrar el carácter erróneo de esta apreciación, UPS aportó en apoyo de la demanda varios cálculos destinados a apoyar la amplitud de las eficiencias que esperaba obtener de las sinergias derivadas de los servicios de transporte aéreo transatlántico. Pues bien, procede señalar que estos elementos no se presentaron a la Comisión durante el procedimiento administrativo, a pesar de que el pliego de cargos, en su apartado 725, llamaba la atención de UPS sobre el carácter difícilmente verificable de sus estimaciones de eficiencias. UPS aporta así varias hojas de cálculo relativas a la utilización de su capacidad de transporte aéreo transatlántico en 2012 (anexo A.35 de la demanda), que, según reconoce incluso UPS, no se presentaron durante el procedimiento administrativo. Sin embargo, correspondía a UPS aportar la prueba, durante el procedimiento administrativo, no solo de la existencia de las eficiencias cuya existencia alegaba, sino también de los elementos verificables sobre cuya base se apoyaba para cuantificarlas. La argumentación de UPS relativa a los servicios aéreos transatlánticos es infundada y debe desestimarse.

– *Sobre el transporte por cuenta de otros*

251 UPS esperaba obtener ahorros transportando en sus propios aparatos los paquetes que TNT transportaba en vuelos comerciales operados por terceros. La Comisión, en el considerando 889 de la Decisión controvertida, excluyó tales ahorros, basándose en que UPS no había demostrado poder absorber el volumen de TDT en sus propios aparatos. UPS critica a la Comisión por no haber planteado esta cuestión durante el procedimiento administrativo, cuando UPS disponía de todos los elementos para responder a ella de manera convincente.

252 Contrariamente a lo que sostiene UPS, no incumbía a la Comisión instarle a aportar los elementos de prueba que permitieran fundamentar las eficiencias alegadas. Correspondía a UPS aportar la prueba, no solo de la existencia de las eficiencias cuya existencia alegaba, sino también de los elementos verificables sobre cuya base se apoyaba para cuantificarlas. La argumentación de UPS carece de fundamento y, por tanto, debe rechazarse.

– *Sobre el transporte por carretera de líneas en red*

253 Según UPS, la adquisición proyectada le habría permitido racionalizar su red de transporte por carretera de líneas dentro del EEE combinándolo con el de TNT, gracias a su modelo logístico «hub feeder network optimisation model» (modelo de optimización de la red de un centro de recogida; en lo sucesivo, «modelo HFNO») aplicado a los datos de tres mercados (Alemania, Italia y Reino Unido), que constituyen una buena muestra de las redes de los diferentes mercados europeos. UPS señala que, en los considerandos 866 y 867 de la Decisión impugnada, la Comisión descartó esos ahorros, basándose en que las justificaciones aportadas eran parciales y poco fiables. UPS rebate esta apreciación. Afirma que las estimaciones de su futura red única eran sólidas, prudentes y fiables. UPS explica que logró estimar, con un margen de prudencia, sinergias de costes de orden del 15 %. Aunque tuvo que modificarlos a la luz de los datos aportados por TNT, UPS considera, no obstante, que las diferencias observadas no son significativas ni explicables por divergencias metodológicas entre ella y TNT.

254 La Comisión rebate esas alegaciones. Sostiene, en particular, que UPS afirma, pero no demuestra que los mercados de Alemania, de Italia y del Reino Unido constituyan una «buena muestra», al no existir ningún elemento que permita comprobar la veracidad de esta afirmación.

255 A este respecto, procede señalar que, según los considerandos 865 y 866 de la Decisión controvertida, las eficiencias alegadas fueron calculadas por UPS gracias a su modelo HFNO, a partir de los datos relativos a tres mercados nacionales. UPS consideró que estos resultados podían extenderse a todos los demás mercados, sin dar la razón de ello. De este modo, la Comisión invocó, en esencia, la falta de prueba de la representatividad de la muestra utilizada por UPS.

256 Sin embargo, resulta que, en su respuesta al pliego de cargos, UPS aportó un documento (anexo 4.8 del pliego de cargos) que explica las razones que llevaron a la selección de los tres mercados nacionales que componen la muestra. En efecto, de este documento se desprende que esos mercados ilustran tres supuestos que caracterizan las relaciones entre los volúmenes de UPS y los de TDT, a saber, volúmenes superiores (Alemania), inferiores (Italia) e iguales (Reino Unido). A continuación, esos tres mercados fueron modelizados como si constituyesen una red única. En estas circunstancias, la Comisión no puede sostener que UPS no ofreció, durante el procedimiento administrativo, explicaciones sobre la metodología seguida para seleccionar una muestra de los tres mercados que consideraba representativos.

257 Dejando a un lado este error, procede señalar que, según el considerando 867 de la Decisión controvertida, la Comisión instó a UPS a precisar sus cálculos basados en dicha muestra teniendo en cuenta los datos de TNT. Al término de este ejercicio, se puso de manifiesto que, por lo que atañe a determinados mercados nacionales, los resultados así obtenidos presentaban importantes diferencias con respecto a las estimaciones iniciales de UPS. Debido a estas diferencias, la Comisión estimó que la cuantificación de las eficiencias esperadas era incierta.

258 Procede señalar que la existencia de esas diferencias, calificadas de «importantes», puede hacer dudar de la validez de la estimación de las eficiencias alegadas por UPS a partir de su modelo HFNO. Si bien UPS cuestiona la importancia de esas diferencias, sin embargo, no ha formulado alegaciones específicas a este respecto, ni ha aportado datos numéricos que permitan poner en entredicho el fundamento de la constatación realizada en el considerando 867 de la Decisión controvertida. UPS, aun reconociendo la existencia de tales diferencias, ha sostenido que no se debían a diferencias sustanciales entre los datos estimados y los datos reales, sino más bien a la elección de una base diferente sobre la que TNT repartió sus costes.

259 Habida cuenta de estos elementos, procede considerar que UPS no ha logrado demostrar que la Comisión haya cometido una infracción suficientemente caracterizada de una norma jurídica que tenga por objeto conferir derechos a los particulares, que pueda generar la responsabilidad extracontractual de la Unión, cuando decidió que la estimación de las eficiencias relativas a la red por carretera de líneas en red era demasiado incierta para poder considerarse comprobada. Por consiguiente, procede rechazar la alegación de UPS.

– *Sobre las instalaciones*

260 UPS reprocha a la Comisión haber descartado, en el considerando 863 de la Decisión controvertida, por no haber sido verificados, los ahorros proyectados relativos a la racionalización de las instalaciones que se habrían vuelto redundantes como consecuencia de la operación de concentración proyectada, debido a que los datos facilitados cubrían solo algunos países. UPS alega que esta apreciación es falsa: afirma haber transmitido a la Comisión cálculos detallados de 112 de las 118 instalaciones que preveía cerrar.

261 Procede señalar que, en el considerando 862 de la Decisión controvertida, la Comisión expuso que UPS había calculado el ahorro esperado de la racionalización de sus instalaciones a partir de una estimación del coste anual por instalación multiplicado por el número total de instalaciones destinadas a cerrarse. A continuación, la cifra así alcanzada se multiplicaba por el valor anual medio de los gastos de funcionamiento de una instalación, evaluado en 330 000 euros. El resultado de esta operación (18 millones de euros) fue posteriormente ajustado y reducido a 17 millones de euros.

262 En los considerandos 863 y 864 de la Decisión controvertida, la Comisión consideró que ese método era impreciso en dos aspectos. En primer lugar, dicho método se basaba en los datos relativos a un pequeño número o a un grupo de países pese a que los ahorros previstos eran inherentes a cada país. En segundo lugar, el referido método se basaba en la premisa de que la totalidad de los costes asociados a una instalación destinada al cierre constituirían un ahorro. Pues bien, dado que los volúmenes tratados por dichas instalaciones debían transferirse a otras instalaciones, habría sido necesario calcular el ahorro neto comparando los costes de tratamiento antes de la fusión con los costes suplementarios después de la fusión.

263 Esta segunda objeción de la Comisión equivale, en esencia, a reprochar a UPS no haber distinguido suficientemente en su evaluación de los ahorros proyectados entre los relativos a los costes fijos y los relativos a los costes variables. Pues bien, como se ha recordado anteriormente en relación con las eficiencias relativas a las sinergias de costes administrativos, las mejoras de la rentabilidad que generan reducciones de los costes variables o marginales tienen una mayor probabilidad de resultar pertinentes para la evaluación de las eficiencias que las reducciones de los costes fijos.

264 Sin embargo, es preciso señalar que la argumentación de UPS elude esta cuestión y se concentra exclusivamente en el primer problema planteado por la Comisión. En estas circunstancias, esta argumentación no permite considerar que la Comisión haya cometido una infracción suficientemente caracterizada de una norma jurídica que tenga por objeto conferir derechos a los particulares, que pueda generar la responsabilidad extracontractual de la Unión, al considerar que no podía tomarse en consideración la estimación de los ahorros vinculados con el cierre de instalaciones redundantes debido a su falta de fiabilidad.

– *Sobre la red PUD*

265 UPS reprocha a la Comisión haber descartado, en los considerandos 853 y 854 de la Decisión controvertida, la cuantificación de las sinergias esperadas de la racionalización de la red PUD, basándose en que no podían verificarse sus cálculos.

266 UPS sostiene, en primer lugar, que la Comisión no cuestionó la existencia de esas sinergias, sino únicamente su evaluación. A su entender, la Comisión no expuso el criterio sobre cuya base estaba dispuesta a aceptar tales cálculos y a formularle preguntas.

267 Sin embargo, no incumbía a la Comisión instar a UPS a aportar los elementos de prueba que permitieran corroborar las eficiencias alegadas. Correspondía a UPS aportar la prueba, no solo de la existencia de las eficiencias cuya existencia alegaba, sino también de los elementos verificables sobre cuya base se apoyaba para cuantificarlas. Por consiguiente, procede desestimar esta primera alegación de UPS.

268 En segundo lugar, por lo que respecta a la alegación de UPS de que las justificaciones invocadas por la Comisión en apoyo del rechazo de las eficiencias nunca le fueron comunicadas durante el procedimiento administrativo, procede recordar que ya ha sido desestimada al término del análisis de las imputaciones relativas a la no comunicación de los criterios de evaluación de las eficiencias.

269 En tercer lugar, UPS alega que las razones por las que la Comisión descartó tener en cuenta las eficiencias relativas a la red PUD son manifiestamente erróneas.

270 Procede recordar que, en los considerandos 851 y 852 de la Decisión controvertida, la Comisión reconoció la existencia de eficiencias derivadas de las sinergias relativas a la combinación de las redes PUD. Sin embargo, en los considerandos 853 y 854 de la misma Decisión, rechazó la evaluación de su importe por UPS, debido a su falta de fiabilidad. Más concretamente, la Comisión subrayó la escasa representatividad y la antigüedad de los datos aportados por UPS.

271 Por lo que respecta a la representatividad de los datos, del considerando 824 de la Decisión controvertida se desprende que UPS se apoyó en una estimación de los ahorros de conductores obtenidos en cada mercado nacional (45 millones de euros), ajustada a la baja, para llegar a una estimación de 40 millones de euros. No obstante, la Comisión señaló que dicho cálculo solo se basaba en datos detallados en lo que respecta a los mercados alemán, francés, del Benelux (que agrupa Bélgica, Luxemburgo y Países Bajos) y de Irlanda y el Reino Unido. El resto del mercado estaba dividido en dos grupos, a saber, el de «Europa del Este» y el del «resto de Europa», respecto de los cuales UPS realizó una estimación de la reducción media de los conductores, sin ofrecer ninguna explicación al respecto. Dado que los ahorros vinculados a la red PUD estaban estrechamente ligados a las condiciones de cada mercado, la Comisión estimó, en el considerando 853 de la Decisión controvertida, que UPS debería haberse basado en los datos

relativos a cada mercado en lugar de aplicar una estimación a un grupo de países. La Comisión dedujo de ello que la estimación de las sinergias relativas a la red PUD no era fiable para esos dos grupos.

272 A este respecto, UPS observa que los países pertenecientes a las categorías «Europa del Este» y «resto de Europa» solo representaban 9 de los 40 millones de ahorros previstos, mientras que los demás países se repartían entre cuatro grupos en función de las características de sus redes (a saber, el número de conductores y número de paradas por milla).

273 Sin embargo, procede señalar que UPS no rebate la objeción principal de la Comisión relativa a que no se tuvieron en cuenta los datos propios de cada mercado, a pesar de las diferencias de costes existentes entre esos mercados. Pues bien, la evaluación de las eficiencias alegadas tiene por objeto comprobar, en los mercados que dan lugar a un obstáculo significativo a la competencia efectiva, si dichas eficiencias pueden contrarrestar los efectos contrarios a la competencia que la concentración podría producir. Cuando, como en el caso de autos, los referidos efectos contrarios a la competencia se localizan en el territorio de algunos Estados miembros, es necesario poder comprobar, en cada uno de esos mercados nacionales, si las eficiencias alegadas se traducirán en una ventaja neta para los consumidores.

274 Por consiguiente, a falta de indicios en contrario aportados por UPS, procede convenir que el enfoque seguido por UPS, consistente en dar preferencia a la aplicación a un conjunto de países de un porcentaje único derivado de un modelo constituido a partir de cuatro grupos de mercados nacionales, parece menos preciso y menos fiable que el consistente en basarse en los datos de cada mercado para llegar a una estimación media aplicable a todos.

275 Además, procede señalar que, de los quince mercados nacionales que representaban un obstáculo significativo a la competencia efectiva, solo los Países Bajos no pertenecían ni a la categoría de «Europa del Este» ni a la categoría del «resto de Europa». Pues bien, como ha reconocido la propia UPS, el valor total de las eficiencias ligadas a la red PUD solo alcanzaba 9 millones de euros para estos dos grupos de mercados nacionales. Por consiguiente, es muy poco probable que el mercado de los Países Bajos pueda, por sí solo, representar ahorros que justifiquen que las sinergias se evalúen por el importe de 40 millones de euros alegado por UPS. De ello se deduce que las eficiencias pertinentes para evaluar la situación de los mercados nacionales con respecto a los cuales la Comisión concluyó que existía un obstáculo significativo a la competencia efectiva son probablemente considerablemente inferiores a los 40 millones de euros alegados. Por tanto, la alegación de UPS no permite desvirtuar la validez de la apreciación, enunciada en el considerando 855 de la Decisión controvertida, según la cual los datos relativos a los mercados distintos de Alemania, Francia, Irlanda y el Reino Unido no permiten demostrar el carácter verificable de las eficiencias estimadas para los demás mercados.

276 Por lo que respecta a la antigüedad de los datos, del considerando 854 de la Decisión controvertida se desprende que la Comisión señaló que UPS se había fundado en un modelo elaborado en 2007 sobre la base de datos de 2002, para evaluar las eficiencias resultantes de la optimización de la red PUD en el marco de discusiones que ya tenían por objeto la posibilidad de adquirir TNT.

277 Para actualizar esos resultados en función de la situación en 2011, UPS redujo esas estimaciones en proporciones que variaban de un mercado a otro, sin explicar el método aplicado de otro modo que calificándolo de «conservador».

278 UPS afirma que sus cálculos eran detallados, fiables y tenían en cuenta sus tasas de crecimiento entre 2007 y 2011, así como las variaciones en la densidad de la red PUD.

279 Sin embargo, los dos documentos invocados por UPS en apoyo de estas alegaciones (anexos A.38.1 y A.38.2 de la demanda) confirman la descripción de la metodología realizada en el considerando 854 de la Decisión controvertida. Estos documentos no contienen indicaciones precisas sobre la manera en que se actualizaron en 2011 los resultados del estudio realizado en 2007. Se limitan a afirmar que, dado que las bases de este análisis eran correctas, UPS había decidido simplemente ajustar a la baja y de manera importante esas estimaciones iniciales de ahorro de costes para reflejar la incertidumbre resultante de los cambios en las condiciones de mercado.

280 En estas circunstancias, procede concluir que UPS no ha logrado demostrar que la Comisión cometiera en este punto una infracción suficientemente caracterizada de una norma jurídica que tenga por objeto conferir derechos a los particulares, que pueda generar la responsabilidad extracontractual de la Unión.

– *Sobre los prestadores de servicios externos*

281 En los considerandos 857 a 861 de la Decisión controvertida, la Comisión indicó que la estimación por UPS de las eficiencias relacionadas con la racionalización de los costes en materia de PUD sujeta a la subcontratación es aún más incierta que la de las eficiencias obtenidas de su propia red PUD, en la medida en que esa estimación se basa en hipótesis extremadamente simplificadas en lugar de en datos propios de cada mercado nacional. Así, la Comisión señaló que UPS no había dado ninguna explicación en apoyo de la reducción alegada del 6 %, ya que esta última se limitó a afirmar que ese porcentaje reflejaba los volúmenes combinados más elevados y los beneficios que de ello se obtenían para la clasificación. Además, los consultores contratados por UPS pusieron de manifiesto que los datos relativos a los volúmenes de TDT diferían de los utilizados para calcular las eficiencias, sin que UPS hubiera intentado utilizar esos datos para lograr una medida más realista de las eficiencias. La Comisión dedujo de ello que no estaba en condiciones de comprobar el orden de magnitud de las eficiencias vinculadas a los prestadores de servicios externos y rechazó, por no ser verificables, las eficiencias alegadas por UPS.

282 UPS reprocha a la Comisión haber considerado que sus proyecciones no se basaban en un análisis detallado por país, sino en un porcentaje medio del 6 %, y parecían poco fiables. UPS estima que este análisis es manifiestamente erróneo.

283 UPS sostiene, en primer lugar, que la utilización de un porcentaje medio para todos los países es conforme con el enfoque anteriormente descrito con respecto a la red PUD para los países pertenecientes a la categoría del «resto de Europa».

284 Es preciso recordar que, conforme a los principios que rigen la carga de la prueba de las eficiencias, correspondía a UPS justificar la aplicación del porcentaje del 6 % a todos los mercados nacionales, en particular, debido a las diferencias de costes existentes entre dichos mercados. Procede considerar, como se ha expuesto anteriormente en relación con la red PUD, que la utilización de un porcentaje de ahorro medio aplicable a un conjunto de países, sin justificaciones particulares, parece menos precisa y menos fiable que la consistente en calcular, a partir de los datos de cada mercado, una estimación media aplicable a todos. De ello se deduce que la alegación de UPS no ha revelado ningún elemento que permita considerar que la motivación expuesta por la Comisión en el considerando 858 de la Decisión controvertida sea errónea.

- 285 En segundo lugar, UPS denuncia una incoherencia metodológica. A su entender, la Comisión aceptó la utilización de porcentajes medios para un mismo grupo de países, por lo que respecta a la red aérea y a la asistencia en tierra en Europa (cuarto año), pero la rechazó, por lo que respecta a la recogida y la entrega por medio de los prestadores de servicios externos.
- 286 Sin embargo, como se ha señalado anteriormente por lo que atañe a las eficiencias relacionadas con los costes en materia de PUD, de los considerandos 824, 853 y 858 de la Decisión controvertida se desprende que dichos costes están estrechamente vinculados a las condiciones locales imperantes en cada mercado nacional. La Comisión observa que esta situación no es comparable a la de la red aérea europea, ni a la de los servicios de asistencia en tierra, sin que UPS haya negado este extremo. A la vista de estas justificaciones, procede admitir que, debido a estas diferencias, la argumentación de UPS no permite revelar la existencia de una incoherencia metodológica que pueda constituir un error de apreciación de carácter manifiesto y grave.
- 287 En tercer lugar, UPS explica las razones por las que, tras la utilización de los datos de TDT, los resultados procedentes de su modelo no se modificaron de manera significativa. Según UPS, la principal modificación introducida se refería al criterio de reparto de las sinergias sin que, no obstante, se modificara la evaluación global de su importe.
- 288 Sin embargo, esta argumentación no permite cuestionar los elementos enunciados en los considerandos 859 y 860 de la Decisión controvertida, de los que se desprende que, a pesar de datos relativos a los volúmenes actuales de TDT muy diferentes de los estimados inicialmente por UPS y, en consecuencia, de una revisión importante de los ahorros inicialmente proyectados, en particular, para los mercados alemán y de Irlanda y el Reino Unido, UPS no intentó evaluar con mayor precisión las eficiencias esperadas por lo que respecta a cada uno de los mercados nacionales pertinentes.
- 289 Habida cuenta de todos estos elementos, procede concluir que UPS no ha logrado demostrar la existencia de errores en la apreciación del carácter verificable de las eficiencias alegadas que puedan generar la responsabilidad extracontractual de la Unión.

3) Disparidad de trato con respecto a la operación entre FedEx y TNT

- 290 UPS denuncia una disparidad de trato entre la concentración entre ella y TNT y la de FedEx y TNT. Afirma que, mientras que, al término de un trabajo de estimación riguroso, anunció públicamente que esperaba obtener 503 millones de euros de sinergias de la adquisición de TNT desde el primer año, FedEx no divulgó ninguna estimación al público por su parte. Sin embargo, según UPS, la Comisión aceptó las sinergias expuestas por FedEx, tras haberle formulado preguntas, sobre la base de los trabajos de consultores contratados para el procedimiento de control de dicha concentración y que nunca se habían divulgado públicamente, lo que resulta inexplicable para una empresa que cotiza en bolsa.
- 291 UPS reprocha a este respecto a la Comisión que haya evaluado las sinergias sobre la base de un criterio mucho más estricto que el que utilizó para la concentración entre FedEx y TNT. A su juicio, si la Comisión hubiera tratado a UPS del mismo modo que a FedEx, debería haber aceptado todas las eficiencias alegadas. Según UPS, en el marco de la operación entre FedEx y TNT, la Comisión aceptó un buen número de sinergias que, sin embargo, no estaban respaldadas por elementos tan probatorios como los invocados por ella. Sostiene que FedEx se negó a publicar cualquier cuantificación de las sinergias potenciales desde su oferta de compra y nunca presentó documentos internos a ese respecto.

- 292 UPS afirma que, en la Decisión relativa a la operación entre FedEx y TNT, la Comisión aceptó sinergias relativas al transporte aéreo transatlántico a partir de las capacidades de transporte de la adquirente, sin solicitar cálculos detallados. Al no haber más información en la versión pública de la Decisión relativa a la operación entre FedEx y TNT, UPS sugiere al Tribunal que obtenga dicha información mediante una diligencia de prueba.
- 293 Por lo que respecta a la red PUD, UPS observa que, en el asunto relativo a la operación entre FedEx y TNT, la Comisión aceptó tomar en consideración este tipo de sinergias a pesar de la presentación de pruebas menos detalladas que las aportadas por ella.
- 294 Procede recordar que la Comisión debe analizar cada operación de concentración a la luz de sus propias características y de las del mercado pertinente. En efecto, las concentraciones deben apreciarse individualmente a la luz de las circunstancias fácticas y jurídicas aplicables (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de mayo de 2018, Deutsche Lufthansa/Comisión, T-712/16, EU:T:2018:269, apartado 131). Cuando la Comisión se pronuncia sobre la compatibilidad de una concentración con el mercado interior sobre la base de una notificación y de un expediente de dicha operación, una demandante no está facultada para cuestionar sus declaraciones alegando que difieren de las realizadas con anterioridad en otro asunto, en virtud de una notificación y de un expediente diferentes, aun suponiendo que los mercados de referencia en los dos asuntos sean similares o incluso idénticos (véanse, en este sentido, las sentencias de 14 de diciembre de 2005, General Electric/Comisión, T-210/01, EU:T:2005:456, apartado 118, y de 13 de mayo de 2015, Niki Luftfahrt/Comisión, T-162/10, EU:T:2015:283, apartado 142).
- 295 En el caso de autos, aunque se refieren al mismo mercado, las operaciones entre UPS y TNT y FedEx y TNT, notificadas con aproximadamente tres años de diferencia, no implican a las mismas partes. Pues bien, por su propia naturaleza, las eficiencias están directamente vinculadas a las características individuales de las partes de la concentración.
- 296 Debido, en particular, a las características de FedEx y a la proximidad competitiva entre UPS y TNT, la Comisión concluyó que la operación entre FedEx y TNT no daba lugar a un obstáculo significativo a la competencia efectiva. La entidad resultante de esta fusión debe enfrentarse a dos poderosos rivales, DHL y UPS (considerandos 444 a 446 y 630 a 689 de la Decisión relativa a la operación entre FedEx y TNT), mientras que FedEx y TNT, a pesar de ser competidoras, ofrecen en cierta medida servicios complementarios y no son competidoras inmediatas. FedEx está especializada en las rutas entre el EEE y el resto del mundo, mientras que la oferta de TDT se centra en las rutas internacionales en el interior del EEE (considerandos 590, 591 y 687 a 689 de la Decisión relativa a la operación entre FedEx y TNT), sin que pueda considerarse que TNT sea una competidora que puede tener una posición competitiva particular de «francotirador» o una importante fuente de expansión en el mercado (considerandos 650 y 692 a 714 de la Decisión relativa a la operación entre FedEx y TNT). El análisis de los efectos de la concentración sobre los precios no ha demostrado un impacto estadísticamente significativo en los precios y, en cualquier caso, la Comisión indica que las eficiencias previstas compensarían ese impacto (considerandos 468 a 497, 515 a 588 y 771 a 805 de la Decisión relativa a la operación entre FedEx y TNT).
- 297 Por tanto, es preciso señalar que las concentraciones entre UPS y TNT y entre FedEx y TNT difieren de manera significativa en numerosos aspectos y, en particular, en el hecho de que FedEx y TNT no eran competidoras inmediatas, aspecto pertinente para el examen de las sinergias resultantes de la combinación de estas empresas y que UPS no rebate.

- 298 Además, la demandante no fundamenta su argumentación de que los elementos de prueba que presentó a la Comisión en relación con las sinergias esperadas se apreciaron utilizando un nivel de exigencia probatoria diferente del aplicado en el marco de la concentración entre FedEx y TNT. En particular, la demandante no demuestra que las pruebas que presentó en relación con el transporte aéreo transatlántico y la red PUD tuvieran una fuerza probatoria y una pertinencia similares a las que habían sido aceptadas en el marco de la antedicha concentración, de modo que la Comisión hubiera tratado elementos de prueba idénticos o similares de manera diferente.
- 299 A falta de cualquier indicio que pueda revelar una desigualdad de trato, de una alegación o de un elemento de prueba relativo a otro motivo de ilegalidad, la constatación de diferencias en la apreciación de las eficiencias entre la Decisión relativa a la operación entre FedEx y TNT y la Decisión controvertida no permite concluir que exista la desigualdad de la que UPS afirma haber sido objeto. Por consiguiente, procede rechazar la argumentación de UPS sobre este punto, sin que sea necesario estimar las solicitudes de UPS de que se acuerde la práctica de una diligencia de prueba.

4) *Situación de FedEx*

i) *Proximidad competitiva de FedEx y UPS*

- 300 UPS sostiene que la Comisión, al concluir en la Decisión controvertida que, a diferencia de FedEx, UPS, TNT y DHL eran competidoras inmediatas, cometió una infracción suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión. Esta conclusión se basaba en la hipótesis de que DHL se adaptaría a las subidas de precios resultantes de la concentración entre UPS y TNT, pero que FedEx no podría contrarrestarlas. Pues bien, la Comisión no disponía, en opinión de UPS, de ninguna base que permitiera concluir que se habría producido un incremento de los precios como consecuencia de la concentración entre UPS y TNT. Por el contrario, a su entender, el análisis de los efectos de la concentración sobre los precios y el análisis de las eficiencias demuestran que la operación sería favorable a la competencia.
- 301 UPS recuerda que defendió esto en el marco del tercer motivo de su recurso en el asunto T-194/13 y demostró la falta de rigor con la que la Comisión analizó las respuestas al cuestionario de mercado, en particular, en lo que respecta a los mercados checo, búlgaro, danés y maltés. A su entender, la negativa de la Comisión a explicar por qué las respuestas al cuestionario para esos Estados miembros justificaban la constatación de un obstáculo significativo a la competencia efectiva hace imposible la comprensión del umbral de prueba exigido para llegar a tal constatación. UPS aporta, en la fase de réplica, un informe sobre las respuestas de los grandes y pequeños clientes al estudio de mercado de fase II relativo los mercados búlgaro, checo, danés y maltés, que, a su juicio, confirmaban que no era razonable concluir que FedEx no era una competidora inmediata de UPS.
- 302 UPS reprocha a la Comisión haber considerado que TNT era una competidora inmediata de UPS, pero que FedEx no lo era. A su juicio, incluso en el mercado checo, con respecto al cual la Comisión estimaba su análisis particularmente sólido, las respuestas al cuestionario indican de manera unívoca que no había ninguna prueba de que ella y TNT se encontraran en estrecha competencia. Por el contrario, según UPS, las respuestas indican que las empresas la consideraban a ella, a TNT, a FedEx y a DHL como perfectamente sustituibles, debido a

determinadas características de los servicios ofrecidos, o que sus competidoras más inmediatas o las de TDT no prestaban servicios con esas características. A su entender, lo mismo sucedía con los mercados búlgaro, danés y maltés.

- 303 Es preciso recordar que, en la Decisión controvertida, tras llegar a la conclusión de que el mercado intra-EEE de la entrega urgente de paquetes pequeños estaba dominado por cuatro integradores, a saber, DHL, UPS, TNT y FedEx (considerando 510 de la Decisión controvertida), la Comisión consideró que, entre estas empresas, FedEx era una competidora mucho más débil y alejada de UPS, de TNT y de DHL. La Comisión se basó en el volumen de negocios de FedEx en el mercado intra-EEE (considerandos 513 a 517 de la Decisión controvertida), en su cobertura del mercado del EEE de entrega urgente de pequeños paquetes (considerandos 518 a 527 de la Decisión controvertida) y en la debilidad de su red en el EEE con respecto a la de los otros tres integradores (considerandos 528 a 533 de la Decisión controvertida). Asimismo, la Comisión señaló que, dado que FedEx opera a una escala más reducida, tenía costes de recogida y de entrega claramente superiores a los de sus competidoras, limitando así su capacidad para ejercer una presión competitiva en el mercado, y ello pese a la adopción, en 2011, de un plan de expansión orgánico que se extendía hasta 2017 (considerandos 534 a 546 y 599 a 625 de la Decisión controvertida).
- 304 Además, la Comisión subrayó la escasa presencia de FedEx en los mercados interiores y en materia de entrega aplazada (considerandos 547 a 552 de la Decisión controvertida), ya que su presencia era claramente más fuerte en el segmento de los servicios con destino a países fuera del EEE (considerandos 553 a 564 de la Decisión controvertida). Esos elementos fueron confirmados por la investigación de mercado, que demuestra que los clientes perciben a FedEx como más débil que los demás integradores en el mercado de los servicios de entrega urgente en el interior del EEE (considerandos 565 a 576 y 590 a 598 de la Decisión controvertida), y por las declaraciones de sus competidoras (considerandos 578 a 589 de la Decisión controvertida).
- 305 En contraste con la situación de FedEx, la Decisión controvertida demuestra que UPS y TNT son competidoras inmediatas (considerandos 631 a 702 de la Decisión controvertida). Para apoyar esta constatación, la Comisión tomó en consideración las respuestas de los clientes a la investigación de mercado (considerandos 636 a 652 de la Decisión controvertida) y la similitud entre DHL, UPS y TNT en términos de ofertas de servicios y de cobertura (considerandos 653 a 659 de la Decisión controvertida). Según este último criterio, FedEx es la más débil de estas cuatro empresas en veintiún mercados del EEE y, en diecisiete de esos mercados, la distancia entre FedEx y su competidora más inmediata es de al menos 20 puntos porcentuales (considerando 654 de la Decisión controvertida).
- 306 Asimismo, la Comisión subrayó las similitudes entre UPS y TNT en términos de ofertas de servicios de entrega matinal (considerandos 660 a 665 de la Decisión controvertida) y de las características cualitativas de los servicios ofrecidos (considerando 666 de la Decisión controvertida). Por lo que respecta a los procedimientos de licitación, la Comisión subrayó que DHL, UPS y TNT eran competidoras inmediatas, mientras que la situación de FedEx era más alejada (considerandos 667 a 684 de la Decisión controvertida).
- 307 La Comisión refutó las conclusiones extraídas de un análisis realizado por TNT de las indicaciones proporcionadas por sus antiguos clientes en cuanto a cuáles eran las empresas que ofrecían servicios competidores, estimando que esa encuesta de opinión era de escasa utilidad, debido a las limitaciones inherentes a la metodología empleada (considerandos 685 a 701 de la Decisión controvertida).

- 308 En los considerandos 705 a 707 de la Decisión controvertida, la Comisión rechazó las observaciones en respuesta al pliego de cargos en las que UPS sostenía que el análisis de la proximidad de la competencia no tomaba suficientemente en consideración la influencia de la diferenciación de los servicios en la representatividad de las cuotas de mercado como indicador de la proximidad competitiva, pero también los coeficientes de desvío de las competidoras y la falta de cuantificación del número de clientes para los que DHL no sería una solución alternativa viable en detrimento de ella misma y de TDT.
- 309 Por último, en los considerandos 708 a 711 de la Decisión controvertida, la Comisión refutó algunas alegaciones adicionales formuladas por UPS en respuesta al pliego de cargos en relación con el análisis de la proximidad de la competencia. UPS sostenía, en efecto, que no era una competidora inmediata de TNT, ya que las dos empresas tenían perfiles fundamentalmente diferentes. Reprochaba a la Comisión haber seguido un planteamiento binario («in» o «out») y haberse centrado únicamente en el segmento de larga distancia del mercado.
- 310 UPS critica la evaluación realizada por la Comisión de las respuestas a los cuestionarios relativos a los mercados búlgaro, checo, danés y maltés. Sin embargo, aun cuando se demostraran estos errores, basta señalar, sobre la base del conjunto de elementos de la Decisión controvertida que acaban de recordarse, que los cuestionarios de mercado no son más que uno de los elementos en los que se basó la Comisión. Pues bien, aunque las encuestas de este tipo permiten delimitar la percepción que tienen los consumidores o los productores de sus respectivas posiciones y recoger datos a este respecto, su utilidad reside en el hecho de que permiten completar y mejorar la comprensión de elementos objetivos como las cuotas de mercado, la densidad de las redes o la estructura de la oferta, sin sustituir no obstante estos elementos. En estas circunstancias, aun suponiendo que pudiera demostrarse la existencia de un error de apreciación en el análisis de las respuestas a los cuestionarios referentes a esos cuatro mercados, tal error no puede en ningún caso poner en entredicho los demás elementos sobre cuya base la Comisión concluyó que FedEx no era una competidora inmediata de UPS, de TNT y de DHL, elementos que UPS, por lo demás, no ha negado.
- 311 Por tanto, ninguna de las alegaciones formuladas por UPS en el marco del presente recurso permite poner en entredicho la validez de la apreciación de la proximidad competitiva de FedEx.

ii) Proyectos de expansión de FedEx

- 312 UPS rebate las razones por las que la Comisión estimó que era poco probable que FedEx se desarrollara en Europa para contrarrestar los efectos de la concentración entre UPS y TNT, que podían dar lugar a un obstáculo significativo a la competencia efectiva en quince Estados miembros. UPS expone con más detalle sus alegaciones relativas a cada uno de los seis puntos que se reproducen a continuación en relación con el papel de FedEx.

– Sobre la progresión de FedEx en Europa

- 313 En opinión de UPS, era erróneo que la Comisión afirmara, en el considerando 611 de la Decisión controvertida, que los proyectos de expansión de FedEx en Europa estaban en retroceso. A su entender, esta apreciación se ve directamente contradicha por las declaraciones de los directivos de FedEx de 19 de junio de 2012 y de 9 y 10 de octubre de 2012, según las cuales FedEx esperaba obtener cerca del 75 % de los 350 millones de dólares estadounidenses (USD) de beneficios

adicionales de sus actividades internacionales desde finales del ejercicio 2015. UPS insiste en el hecho de que debe concederse especial importancia a tales declaraciones públicas debido a la normativa de los Estados Unidos aplicable a los valores mobiliarios.

- 314 Es cierto que las declaraciones de directivos de empresas destinadas a los inversores pueden constituir indicios pertinentes para apreciar los efectos de un proyecto de concentración. No obstante, el hecho de que esas declaraciones estén comprendidas en el ámbito de aplicación de una normativa relativa a los valores mobiliarios que tiene por objeto, en particular, garantizar su exactitud, en su caso so pena de sanciones, no significa, sin embargo, que la Comisión esté obligada, como consecuencia de dicha normativa, a presumir la exactitud o la credibilidad de tales declaraciones. Como con cualquier otro elemento pertinente, incumbe en efecto a la Comisión proceder con toda la diligencia necesaria para examinar la pertinencia, pero también la credibilidad y la verificabilidad de tales declaraciones a efectos del procedimiento de control.
- 315 Pues bien, en el presente asunto, de los autos se desprende que la Comisión tuvo conocimiento de las declaraciones de directivos de FedEx que, dirigiéndose a los inversores, habían descrito el avance y las proyecciones relativas a los planes de expansión en términos más optimistas que los utilizados hasta entonces en el marco del procedimiento relativo a la fusión entre UPS y TNT. Habida cuenta de esta disonancia denunciada por UPS, la Comisión solicitó información adicional a FedEx, en particular, sobre las declaraciones de octubre de 2012 (documentos con las referencias ID 7399 y 7400), solicitud a la que esta dio cumplimiento (documento con la referencia ID 7418). La Comisión concedió a UPS un acceso restringido a esta respuesta confidencial durante el procedimiento de sala de información que se desarrolló los días 26 y 29 de octubre de 2012.
- 316 La Comisión prosiguió sus investigaciones pidiendo a FedEx, el 16 de noviembre de 2012, información adicional (solicitud con referencia Q30) sobre las modificaciones introducidas en los proyectos de expansión, así como el último informe sobre la evolución de estos proyectos presentados a la dirección. En su respuesta de 19 de noviembre de 2012, FedEx confirmó que sus objetivos iniciales no se alcanzarían debido, por una parte, a que se basaban en hipótesis que habían resultado ser exageradamente optimistas y, por otra parte, a un deterioro de sus resultados y de las condiciones económicas.
- 317 Es preciso señalar que de esta respuesta se desprende que FedEx revisó a la baja sus objetivos de cuotas de mercado y de volumen de negocios para el mercado de los servicios intra-EEE. De ello se deduce que las declaraciones imputadas a FedEx en el considerando 611 de la Decisión controvertida corresponden exactamente a los términos que figuran en la respuesta de FedEx de 19 de noviembre de 2012, a la que UPS tuvo acceso, en forma no confidencial, en la fase de exposición de los hechos.
- 318 Asimismo, procede señalar que las declaraciones de los directivos de FedEx invocadas por UPS no se referían al mercado pertinente, sino al conjunto de las actividades de FedEx con excepción de los Estados Unidos. Contrariamente a lo que alega UPS, estas declaraciones realizadas por los directivos de FedEx en el marco de sus encuentros periódicos con los inversores no contradicen ni desvirtúan el valor probatorio de los elementos obtenidos por la Comisión y que pretenden demostrar las dificultades encontradas por FedEx en la aplicación de su plan de expansión orgánica.
- 319 Por tanto, la argumentación de UPS carece de fundamento y debe ser rechazada.

– *Sobre la diferencia de costes entre FedEx y sus competidoras*

320 UPS reprocha a la Comisión haber considerado, en el considerando 545 de la Decisión controvertida, que los costes de recogida y de entrega de FedEx impedían a esta última, a medio plazo, ser competitiva frente a ella. Esta última sostiene que:

- la Comisión se limitó a seguir las afirmaciones de FedEx sin examinar los elementos de prueba subyacentes;
- dado que los costes de recogida y de entrega solo representan una parte de los costes pertinentes dentro del EEE, no había ninguna razón lógica para examinarlos separadamente, pese a que los costes de transporte aéreo de FedEx, por ejemplo, son probablemente más cercanos a los suyos;
- la diferencia de costes invocada por la Comisión se ve contradicha por la existencia de catorce mercados nacionales sin obstáculos significativos a la competencia efectiva.

321 Sin embargo, procede recordar que, en el considerando 545 de la Decisión controvertida, la Comisión declaró que FedEx, en el marco de su plan de expansión orgánica de 2011, comenzó a invertir en nuevas infraestructuras como, por ejemplo, centros de clasificación, con el fin de aumentar su capacidad total y conseguir una cobertura geográfica y una densidad de red que le permitiera reducir sus costes. A pesar de estas inversiones, de la respuesta de FedEx de 19 de noviembre de 2012 se desprende que esta preveía que sus costes de recogida y de entrega seguirían siendo muy superiores a los de sus competidoras.

322 Contrariamente a lo que afirma UPS, de la Decisión controvertida se desprende que el análisis de la Comisión se basa en un conjunto de elementos que permiten corroborar la diferencia de costes de tratamiento por unidad entre FedEx y sus competidoras, que naturalmente puede derivarse de la debilidad relativa de la cobertura y la densidad de su red. De este modo, la Comisión se basó en documentos internos de FedEx aportados como anexo a su respuesta de 19 de noviembre de 2012. Como se desprende de los considerandos 535 y 536 de la Decisión controvertida, la Comisión se apoyó también en bases de datos internas relativas a las ofertas comerciales emitidas por FedEx y en las licitaciones a las que respondió, ya que esas bases de datos permiten apreciar la competitividad de los precios de FedEx frente a los de sus competidoras.

323 Habida cuenta de las diferencias objetivas de naturaleza y de función entre esos dos tipos de redes, no parece ilógico que la Comisión se centrara pues en la red PUD más que en la red aérea para poner de manifiesto las diferencias de competitividad entre FedEx y sus competidoras. El hecho de que UPS subraya que sus costes de transporte aéreo son probablemente próximos a los de FedEx tiende además a confirmar este análisis.

324 Por último, es preciso señalar que la cuestión de la diferencia de costes entre FedEx y sus competidoras no es más que uno de los factores que permiten evaluar la capacidad y los incentivos de esta empresa para responder a un aumento de precios por parte de la entidad resultante de la fusión entre UPS y TNT. Esta diferencia no es una causa directa de la constatación de un obstáculo significativo, sino un indicio que permite evaluar por qué era poco probable que FedEx se desarrollara en Europa de un modo que contrarrestase los efectos de la concentración entre UPS y TNT en un corto período de tiempo. Por tanto, la alegación de UPS

de que la existencia de catorce mercados nacionales sin obstáculos significativos a la competencia efectiva contradice el análisis de los costes de recogida y de entrega de FedEx se basa, pues, en una premisa errónea.

325 Por consiguiente, procede rechazar la argumentación de UPS.

– *Sobre el crecimiento previsto en volumen de FedEx*

326 UPS reprocha a la Comisión haberse limitado, en el considerando 614 de la Decisión controvertida, a descartar las previsiones de crecimiento de FedEx, debido a que era difícil prever con certeza si la estrategia de desarrollo de esta última iba a prosperar, sin haber analizado en profundidad las posibilidades de éxito de dicha estrategia.

327 Sin embargo, esta alegación de UPS se basa en una interpretación errónea de la Decisión controvertida. Como se ha expuesto anteriormente en relación con la progresión de Fedex en Europa y con la diferencia de costes entre Fedex y sus competidoras, la Comisión llevó a cabo un análisis exhaustivo de los efectos probables de la ejecución del plan de expansión de FedEx y de los incentivos de FedEx para proseguir, e incluso acelerar, sus planes de expansión a raíz de la concentración entre UPS y TNT, sobre la base de los documentos de FedEx a los que UPS habría podido tener acceso o a los que efectivamente tuvo acceso durante el procedimiento, aunque solo fuese de manera restringida.

328 Por tanto, procede desestimar esta alegación.

– *Sobre los países no contemplados por FedEx en la primera fase de sus proyectos de expansión*

329 UPS critica a la Comisión por haber declarado, en el considerando 613 de la Decisión controvertida, que FedEx había decidido no incluir en su primera fase de expansión a determinados países (como Bulgaria, por ejemplo), debido a una falta de infraestructuras suficientemente desarrolladas. Según UPS, al carecer de pruebas verificables y no habersele permitido pronunciarse durante el procedimiento administrativo sobre esta «primera fase», este análisis no debería haber sido incluido en la Decisión controvertida.

330 Mediante esta argumentación, UPS se limita a criticar los elementos fácticos mencionados en el apartado 613 de la Decisión controvertida, debido a que dicha Decisión se basa en elementos de prueba a los que pretende no haber tenido acceso completo. No obstante, estos elementos relativos a las diferentes fases del plan de expansión de FedEx fueron comunicados a UPS en la exposición de los hechos y en forma de cuadros anexos a este. Es cierto que la mayor parte de la información numérica fue expurgada debido a su carácter confidencial. Sin embargo, parte de esa información fue sustituida por indicaciones en forma de diferencias de valores permitiendo así disponer de un orden de magnitud. De este modo, la exposición de los hechos indicaba que Fedex no tenía ningún proyecto de apertura de nuevos centros de clasificación en Bulgaria en los dos años siguientes, ni de aumento de su capacidad de tratamiento.

331 La Comisión añadió que los planes de Fedex se reducían en lo sucesivo en relación con los planes originales y proporcionó cifras al respecto. Aunque se aportan en forma de diferencias, esos datos son suficientemente precisos para permitir que UPS capte su alcance. Por lo demás, la argumentación de UPS no se apoya en ningún elemento de hecho o de Derecho que permita

considerar que la Comisión cometió una infracción suficientemente caracterizada que pueda generar la responsabilidad extracontractual de la Unión. En estas circunstancias, procede rechazar la argumentación de UPS.

– *Sobre los destinos cubiertos por FedEx*

332 UPS rebate la apreciación por la que la Comisión, en el considerando 1008 de la Decisión controvertida, estimó que, debido al escaso número de destinos cubiertos por FedEx, esta última no podía ejercer una presión competitiva significativa sobre la entidad resultante de la concentración entre UPS y TNT. UPS consideran errónea tal apreciación. A su entender, la Comisión no tuvo en cuenta los planes de FedEx, que pretendía cubrir, desde 2015, más direcciones comerciales en el EEE que ella.

333 Sin embargo, es preciso señalar que la argumentación de UPS se limita a denunciar la existencia de un error de apreciación que afecta «en particular» al considerando 1008 de la Decisión controvertida, sin indicar, no obstante, qué otros considerandos también estarían viciados debido a ese error. Haciendo abstracción de esta imprecisión, UPS no aporta ningún elemento de hecho o de Derecho dirigido a demostrar que el considerando 1008 de la Decisión controvertida adolezca de un error que permita considerar que la Comisión cometió una infracción suficientemente caracterizada que puede generar la responsabilidad de la Unión. Por consiguiente, procede rechazar esta argumentación.

– *Sobre el análisis por país*

334 UPS estima que el análisis por país efectuado por la Comisión en la sección 7.11 de la Decisión controvertida no permite concluir que FedEx no ejerciera una presión competitiva eficaz en un país particular. A su entender, la Comisión se limitó a realizar algunas observaciones insuficientemente motivadas debido a su carácter vago o superficial y, en cualquier caso, erróneo. A modo de ejemplo, UPS invoca el análisis de Suecia, respecto del cual la apreciación contenida en la Decisión controvertida se ve, a su juicio, contradicha por el hecho de que, según todas las previsiones disponibles en aquel momento, FedEx pensaba alcanzar, en 2015, una tasa de cobertura y una cuota de mercado superior o igual a la de TNT.

335 Sin embargo, es preciso señalar que, contrariamente a lo que afirma UPS, la sección 7.11 de la Decisión controvertida contiene un análisis detallado y minucioso de todos los elementos pertinentes sobre la base de los cuales la Comisión pudo concluir que existía un obstáculo significativo a la competencia efectiva. El ejemplo de las proyecciones formuladas por FedEx en relación con el mercado sueco, que UPS invoca, no puede, en cualquier caso, desvirtuar la constatación realizada por la Comisión sobre una pluralidad de mercados nacionales en cuanto a la debilidad relativa de la presión competitiva ejercida por FedEx con respecto a DHL y a una entidad constituida por UPS y TNT. La argumentación de UPS se limita a una crítica vaga y general de este análisis. Al no existir ningún elemento de hecho o de Derecho que permita considerar que dicho análisis esté viciado de modo que pueda considerarse que la Comisión cometió una infracción suficientemente caracterizada que puede generar la responsabilidad de la Unión, esta argumentación debe rechazarse.

d) Pretensiones relativas a las ilegalidades alegadas

336 De lo anterior se desprende que, entre todas las ilegalidades alegadas, solo la relativa a la no comunicación del modelo econométrico es suficientemente caracterizada para poder generar la responsabilidad extracontractual de la Unión.

3. Relación de causalidad

337 UPS sostiene, en esencia, que la Comisión no podía prohibir la operación proyectada. Tras la adquisición de TNT por FedEx, UPS sostiene que ya no podía notificar esta operación. A su juicio, a efectos del presente recurso, le incumbe probar que el expediente administrativo no permitía a la Comisión declarar incompatible la operación entre ella y TNT. Según UPS, exigir que demuestre que la Comisión habría adoptado una decisión de compatibilidad supondría imponerle la carga de una prueba imposible.

338 UPS considera que tiene derecho a la reparación de la totalidad del perjuicio sufrido como consecuencia de la adopción de la Decisión controvertida. A su entender, esta reparación cubriría los costes que no habría soportado si no se hubiera adoptado dicha Decisión, así como el lucro cesante que de ello se deriva y cuyo importe estima en 1 638 millones de euros, después de impuestos, correspondiente al valor neto de las sinergias de la operación proyectada.

339 UPS afirma que estaba obligada contractualmente a indemnizar a TNT en virtud de una cláusula de resolución, habitual en el tráfico económico. UPS recuerda que su oferta de compra no pudo ejecutarse, ya que no se cumplía la condición suspensiva relativa a la autorización de esa operación de concentración por la Comisión. En consecuencia, tuvo que abonar a TNT una indemnización de resolución de 200 millones de euros, por un coste neto, después de impuestos, de 131 millones de euros. Además, UPS señala que deben deducirse del valor del perjuicio alegado 29 millones de euros, en concepto de gastos de operación evitados.

340 UPS alega haber gastado 3 708 813,61 euros en concepto de gastos jurídicos por su intervención en el procedimiento de control de la operación de concentración entre FedEx y TNT, es decir, una pérdida después de impuestos de 2,4 millones de euros.

341 Procede recordar que el requisito relativo a la relación de causalidad establecido en el artículo 340 TFUE, párrafo segundo, entraña la existencia de una relación suficientemente directa de causa a efecto entre el comportamiento de las instituciones de la Unión y el daño, relación que corresponde probar al demandante, de modo que el comportamiento reprochado debe ser la causa determinante del perjuicio (sentencia de 13 de diciembre de 2018, Unión Europea/Kendrion, C-150/17 P, EU:C:2018:1014, apartado 52).

342 En el caso de autos, UPS alega tres perjuicios distintos cuya reparación solicita debido a la imposibilidad de ejecutar la operación proyectada, a saber, en primer lugar, los gastos vinculados a su participación en el procedimiento de control de la operación entre FedEx y TNT, en segundo lugar, el pago a TNT de una indemnización contractual de resolución y, en tercer lugar, el lucro cesante sufrido. UPS sostiene, en esencia, que las ilegalidades cuya existencia alegó constituyen la causa directa de esos tres perjuicios.

343 Por lo que respecta, para empezar, a la participación de UPS en el procedimiento de control de la concentración entre FedEx y TNT, dicha participación resulta manifiestamente de su libre elección. No se trata de una consecuencia directa de la Decisión controvertida ni, con mayor

motivo, de la vulneración de sus derechos procesales. Por tanto, ni la vulneración de sus derechos procesales ni las demás vulneraciones que alega pueden considerarse la causa determinante del perjuicio materializado en los gastos realizados con ocasión de su participación en el procedimiento relativo a la operación entre FedEx y TNT. Por consiguiente, procede desestimar la pretensión de reparación de dicho perjuicio.

- 344 A continuación, por lo que respecta a la indemnización de resolución, consta que el pago de esta indemnización tiene su origen en una obligación contractual derivada de los términos del acuerdo de fusión entre UPS y TNT de 19 de marzo de 2012 (anexo C.3 de la réplica).
- 345 En efecto, dicho acuerdo preveía (cláusula contenida en el punto 4.3.b del acuerdo) que la oferta pública de adquisición de UPS sobre los títulos de TDT se celebraba bajo la condición suspensiva de una decisión positiva de la Comisión. Si no se cumplía esta condición, UPS tenía la obligación de anunciarlo. El incumplimiento de esta condición suspensiva constituía también una causa de resolución del acuerdo de fusión (cláusula contenida en el punto 15.1.c del acuerdo), que permitía a TNT obtener, al primer requerimiento, el pago por UPS de una indemnización de resolución de 200 millones de euros (cláusula contenida en el punto 16 del acuerdo) tras haber notificado a esta la resolución de dicho acuerdo.
- 346 Este compromiso contractual se deriva de la voluntad de las partes de repartir entre ellas, según su libre apreciación, el riesgo de que la operación proyectada no obtenga la aprobación previa de la Comisión, riesgo que el Tribunal de Justicia ha recordado que es inherente a cualquier procedimiento de control de las concentraciones (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de julio de 2009, Comisión/Schneider Electric, C-440/07 P, EU:C:2009:459, apartado 203).
- 347 Pues bien, ya se ha declarado que las consecuencias perjudiciales de compromisos contractuales libremente consentidos por el destinatario de una decisión de la Comisión no podían constituir la causa determinante del perjuicio sufrido como consecuencia de ilegalidades de las que adoleciese dicha decisión (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de julio de 2009, Comisión/Schneider Electric, C-440/07 P, EU:C:2009:459, apartado 205).
- 348 Asimismo, cuando una decisión que impone el pago de una multa va acompañada de la facultad de constituir una fianza destinada a garantizar el pago de aquella y de los intereses de demora mientras se resuelve el recurso interpuesto contra tal decisión, el perjuicio consistente en los gastos de la garantía no se deriva de dicha decisión, sino de la propia opción del interesado de constituir una garantía en vez de ejecutar inmediatamente la obligación de reembolso. En estas circunstancias, el Tribunal de Justicia ha establecido que no existía ninguna relación de causalidad directa entre el comportamiento reprochado a la Comisión y el perjuicio alegado [véanse, en este sentido, las sentencias de 28 de febrero de 2013, Inalca y Cremonini/Comisión C-460/09 P, EU:C:2013:111, apartados 118 y 120; de 21 de abril de 2005, Holcim (Deutschland)/Comisión, T-28/03, EU:T:2005:139, apartado 123, y auto de 12 de diciembre de 2007, Atlantic Container Line y otros/Comisión, T-113/04, no publicada, EU:T:2007:377, apartado 38].
- 349 Esa solución es aplicable cuando, en circunstancias análogas, el perjuicio alegado no se deriva de la constitución, sino del mantenimiento de una garantía bancaria, ya que tal perjuicio se deriva de la propia decisión de la empresa de no cancelar dicha garantía, a pesar de las consecuencias financieras que ello implica (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de diciembre de 2018, Unión Europea/Kendrion, C-150/17 P, EU:C:2018:1014, apartado 59).

- 350 Dado que el pago por parte de UPS de una indemnización de resolución de 200 millones de euros en beneficio de TNT se derivaba directamente del acuerdo entre estas dos empresas, no se ha demostrado que la vulneración de los derechos procedimentales de UPS o las demás vulneraciones alegadas por esta última sean la causa determinante. Por consiguiente, procede desestimar la pretensión de indemnización de dicho perjuicio.
- 351 Por último, por lo que respecta al perjuicio relativo al lucro cesante sufrido a causa de la imposibilidad de ejecutar la operación proyectada, a raíz de las preguntas escritas y orales del Tribunal, UPS precisa que dicho perjuicio corresponde al valor neto de las sinergias que esperaba obtener mediante dicha operación o, al menos, a la pérdida de una oportunidad de realizar tales sinergias.
- 352 La Comisión cuestiona la admisibilidad de la argumentación basada en la pérdida de una oportunidad y sostiene que la demanda no se basaba en tal alegación, sino en la certeza de haberse visto privada de las ganancias que debían resultar de las sinergias esperadas.
- 353 Como se desprende de la demanda, la demandante alega que, de no haber existido una o varias de las supuestas infracciones, habría adquirido TNT y habría concretado las ventajas derivadas de la operación. Invoca así un perjuicio por un importe de 1,638 millones de euros, «que refleja el valor neto después de impuestos de las sinergias de costes perdidas como consecuencia de la prohibición de la operación». Así pues, la pretensión de indemnización de la demandante se basa en la convicción de que las ilegalidades de que adolece la Decisión impugnada le impidieron adquirir TNT en el marco de la operación de concentración de que se trata. Tal pretensión debe interpretarse en el sentido de que no tiene por objeto la indemnización de una pérdida de la oportunidad de celebrar dicha transacción, sino la indemnización de la pérdida cierta de sinergias de costes. Esto no queda desvirtuado por el hecho de que, en respuesta a las preguntas del Tribunal, la demandante haya indicado que la pretensión de indemnización incluía, en cierto modo, una pérdida de oportunidad. En efecto, este nuevo perjuicio fue presentado extemporáneamente y es, por tanto, inadmisibile (véase, en este sentido, la sentencia de 20 de septiembre de 2011, *Evropaïki Dynamiki/BEI*, T-461/08, EU:T:2011:494, apartado 210).
- 354 En cuanto al perjuicio material derivado del lucro cesante cuya indemnización solicita UPS, la cuestión determinante es si la vulneración de los derechos procedimentales de UPS constituye la causa de dicho perjuicio.
- 355 Pues bien, no puede presumirse que, de no haberse vulnerado los derechos procedimentales de UPS, la operación de concentración hubiese sido declarada compatible. En efecto, el análisis de la relación de causalidad no puede partir de la premisa incorrecta según la cual, en ausencia del acto ilegal, la institución se habría abstenido de actuar o habría adoptado un acto contrario, lo cual podría ser también un comportamiento ilegal por su parte, sino que debe realizar una comparación entre la situación generada, respecto al tercero afectado, por la acción irregular y la situación que habría resultado para este de un comportamiento de la institución respetuoso con la norma jurídica (sentencia de 11 de julio de 2007, *Schneider Electric/Comisión*, T-351/03, EU:T:2007:212, apartado 264).
- 356 Así pues, el hecho de que la no comunicación del modelo econométrico implicara la anulación de la Decisión controvertida no significa que, de no haberse producido tal irregularidad, la Comisión habría estado obligada a declarar la operación entre UPS y TNT compatible con el mercado interior.

- 357 Ante una vulneración del derecho de defensa que afecta a una decisión por la que declara una fusión de empresa incompatible con el mercado interior, no procede postular que, en ausencia de esta vulneración, la operación notificada habría sido declarada compatible de manera explícita o implícita, sino que han de apreciarse los efectos que el vicio identificado puede haber tenido sobre el sentido de la decisión. Por tanto, para pronunciarse sobre la existencia de una relación de causalidad suficiente entre el incumplimiento identificado y el perjuicio alegado, procede considerar el impacto de las vulneraciones del derecho de defensa sobre el resultado del proceso de examen de la operación (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de julio de 2007, *Schneider Electric/Comisión*, T-351/03, EU:T:2007:212, apartados 266 y 268).
- 358 En el caso de autos, si bien los errores de concepción alegados en relación con el modelo econométrico utilizado pudieron contribuir a debilitar su valor probatorio, la demandante no ha demostrado ni aportado los elementos que permitan al Tribunal concluir, con la certeza requerida, que esos errores bastaban para invalidar la totalidad del análisis económico de la operación entre UPS y TNT y la constatación de la existencia de un obstáculo significativo a la competencia efectiva. Además, como resulta de los apartados 216 a 226 anteriores, la decisión de la Comisión de no autorizar la concentración proyectada se basa en el análisis económico de varios elementos, y no solo en el efectuado a partir del modelo econométrico utilizado. Por tanto, no puede concluirse que esta vulneración del derecho de defensa haya tenido un impacto decisivo en el resultado del procedimiento de control de la operación proyectada.
- 359 Aparte de las consideraciones anteriores, debe recordarse que una decisión de incompatibilidad está sometida, en todo caso, al control del juez de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de julio de 2009, *Comisión/Schneider Electric*, C-440/07 P, EU:C:2009:459, apartado 203).
- 360 El artículo 10, apartado 5, del Reglamento n.º 139/2004 establece, en caso de anulación judicial de una decisión de la Comisión, que la concentración volverá a ser examinada por la Comisión con vistas a la adopción de una decisión de conformidad con el artículo 6, apartado 1, del antedicho Reglamento. Este mecanismo garantiza así a la empresa que ha notificado una concentración obtener, en ejecución de la resolución judicial, una nueva apreciación de la concentración notificada, operación que, en cualquier caso, no puede llevarse a cabo sin el control previo de la Comisión.
- 361 Si la empresa que notificó una concentración renuncia a la concentración sin esperar una nueva decisión de la Comisión al término del procedimiento de reanudación, dicha renuncia es la causa directa del abandono de la operación y de las consecuencias materiales que pueden derivarse de ella. Esa era la situación que dio lugar a la sentencia de 16 de julio de 2009, *Comisión/Schneider Electric* (C-440/07 P, EU:C:2009:459). En dicho asunto, la empresa que notificó una concentración prefirió, tras haber obtenido la anulación por el Tribunal de la Decisión de incompatibilidad, abandonar la concentración proyectada, antes de que finalizara el procedimiento de reanudación. De este modo, se declaró que la causa directa del perjuicio invocado consistente en la pérdida de valor derivada de la cesión sufrida tras la anulación de una decisión negativa y de una decisión de separación era la decisión de la empresa que notificó una concentración de dejar que la cesión se hiciera efectiva por temor a no obtener, en el marco de la reanudación del procedimiento, una decisión que declarase la compatibilidad de la operación de concentración (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de julio de 2009, *Comisión/Schneider Electric*, C-440/07 P, EU:C:2009:459, apartados 202 a 205).

- 362 En el caso de autos, en virtud del artículo 10, apartado 5, del Reglamento n.º 139/2004, la Comisión, tras la anulación de la Decisión controvertida, debería haber reanudado el procedimiento de control de la operación entre UPS y TNT y, en ejecución de la sentencia de 7 de marzo de 2017, *United Parcel Service/Comisión* (T-194/13, EU:T:2017:144), haber comunicado a UPS el modelo econométrico que pretendía utilizar para cuantificar el efecto previsible de la concentración sobre los precios. También era necesario que la Comisión siguiera siendo competente para controlar la operación notificada. En efecto, si no hay operación de concentración, no dispone de la competencia para adoptar una decisión en virtud del Reglamento n.º 139/2004 (véase, en este sentido, la sentencia de 28 de septiembre de 2004, *MCI/Comisión*, T-310/00, EU:T:2004:275, apartado 96).
- 363 Pues bien, el acuerdo de fusión obligaba a UPS no solo a anunciar una decisión negativa de la Comisión que obstaculizara el cumplimiento de la condición suspensiva a la que estaba sujeta la oferta de compra, sino que, además, dicho acuerdo (cláusula contenida en el punto 2.10.b del acuerdo) preveía en tal supuesto que UPS podía, según su propia discrecionalidad y sin perjuicio del acuerdo de la autoridad neerlandesa de los mercados financieros, ampliar su oferta inicial por uno o varios períodos de una duración que las partes consideraran razonablemente necesaria para que la condición suspensiva de una declaración de compatibilidad por parte de la Comisión se cumpliera. De este modo, el acuerdo de fusión otorgaba a UPS la facultad de prorrogar su oferta sobre TNT en caso de que hubiese una declaración de incompatibilidad, dependiendo ello únicamente de su voluntad.
- 364 UPS anunció, mediante comunicado de prensa de 14 de enero de 2013, que había sido informada por la Comisión de la intención de esta última de prohibir la operación proyectada. En su comunicado de prensa, UPS exponía las manifestaciones de su principal directivo, indicando de manera inequívoca que había tomado la decisión de abandonar la operación proyectada. Tras la adopción de la Decisión controvertida, UPS anunció, mediante un segundo comunicado de prensa de 30 de enero de 2013, por una parte, la retirada de su oferta sobre TNT y, por otra parte, que ambas empresas habían decidido poner fin a su acuerdo de fusión.
- 365 En estas circunstancias, procede declarar que UPS renunció a adquirir TNT desde el 14 de enero de 2013, es decir, más de dos años antes de que FedEx anunciara su oferta de compra de TNT. Los hechos demuestran también que UPS nunca se retractó de esta renuncia. UPS no presentó una nueva oferta sobre TNT tras la Decisión controvertida, ni reaccionó a la de FedEx lanzando una oferta competidora. Así pues, aun suponiendo que la irregularidad cometida por la Comisión al adoptar la Decisión controvertida hubiera podido causar un lucro cesante a UPS, el hecho de que esta empresa hubiera renunciado a la operación proyectada desde el anuncio de la Decisión controvertida tuvo como efecto romper toda relación de causalidad directa entre dicha irregularidad y el perjuicio alegado.
- 366 UPS sostiene, no obstante, que, cuando el Tribunal anuló la Decisión controvertida, era demasiado tarde para lanzar una nueva oferta, ya que entretanto FedEx había adquirido TNT. Estima que el procedimiento jurisdiccional no es adecuado para el examen de las decisiones en materia de control de concentración.
- 367 Sin embargo, el hecho de que la anulación de la Decisión controvertida tuviese lugar con posterioridad a la adquisición de TNT por FedEx no tiene incidencia alguna en la supuesta relación de causalidad entre la ilegalidad procedimental constatada y el perjuicio alegado. Aparte del hecho de que UPS abandonó su proyecto de adquisición de TNT más de dos años antes de que

FedEx anunciara su oferta sobre TNT y en ningún momento presentara una oferta competidora, procede subrayar que, habida cuenta del carácter autónomo de la acción de indemnización, UPS no estaba en absoluto obligada a interponer previamente un recurso de anulación.

- 368 Por otra parte, en la vista, UPS alegó que le resultaba imposible proseguir la operación de concentración con TNT tras la negativa de la Comisión, habida cuenta de la normativa neerlandesa en materia de ofertas públicas de adquisición. Sin embargo, es preciso señalar que la argumentación de UPS sobre este aspecto carece de fundamento, ya que UPS no ha aportado ningún texto de normativa nacional en apoyo de argumentación y no permite, por tanto, concluir que exista una obligación, independiente de su voluntad, de abandonar la operación de concentración con TNT.
- 369 En cuanto a las críticas formuladas por UPS contra el sistema jurisdiccional de la Unión en general y la efectividad de los recursos en materia de control de las concentraciones en particular, debe señalarse que no se apoyan en argumentación jurídica alguna. En la medida en que pueda entenderse que estas críticas tienen por objeto impugnar la legalidad del sistema de recursos establecido por el Tratado FUE, debido a que no permitiría garantizarle una tutela judicial efectiva en el sentido del artículo 47 de la Carta, basta recordar que la circunstancia de que la parte demandante no esté en disposición de probar la existencia de un comportamiento ilegal por parte de las instituciones de la Unión, de un supuesto perjuicio y de una relación de causalidad entre aquel comportamiento y este perjuicio no significa que se haya visto privada de la tutela judicial efectiva (véase, en este sentido, la sentencia de 12 de septiembre de 2006, Reynolds Tobacco y otros/Comisión, C-131/03 P, EU:C:2006:541, apartado 84).
- 370 Por lo demás, solo corresponde a los Estados miembros reformar el sistema de vías de recurso establecido por el Tratado, ya que esa facultad va más allá de las competencias atribuidas por el Tratado a los órganos jurisdiccionales de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 25 de julio de 2002, Unión de Pequeños Agricultores/Consejo, C-50/00 P, EU:C:2002:462, apartados 44 y 45, y el auto de 24 de noviembre de 2016, Petraitis/Comisión, C-137/16 P, no publicado, EU:C:2016:904, apartado 24).
- 371 De estos elementos se desprende que no se ha demostrado que la vulneración de los derechos procedimentales de UPS o las demás infracciones alegadas por esta última sean la causa determinante de su supuesto lucro cesante. Por consiguiente, debe desestimarse la pretensión de indemnización de dicho perjuicio.
- 372 Habida cuenta del conjunto de consideraciones expuestas, procede desestimar el recurso en su totalidad.

IV. Costas

- 373 A tenor del artículo 134, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento, la parte que haya visto desestimadas sus pretensiones será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Según el artículo 135, apartado 2, del mismo Reglamento, el Tribunal podrá imponer una condena en costas parcial o total a una parte, aunque sea la vencedora, si así lo justificase su actitud, incluso con anterioridad a la interposición del recurso, y en particular si hubiere causado a la otra parte gastos que el Tribunal considere abusivos o temerarios.

374 Según la jurisprudencia, procede aplicar el artículo 135, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento cuando una institución o un organismo de la Unión haya contribuido, mediante su conducta, a que se origine el litigio [sentencias de 8 de julio de 2015, *European Dynamics Luxembourg y otros/Comisión*, T-536/11, EU:T:2015:476, apartado 391 (no publicada), y de 23 de abril de 2018, *CRM/Comisión*, T-43/15, no publicada, EU:T:2018:208, apartado 105]. En el caso de autos, al no comunicar la versión final del modelo econométrico utilizado en apoyo de la Decisión controvertida, la Comisión colocó a UPS en una situación que no le permitía comprender la metodología en la que se basó para cuantificar los efectos previsibles de la concentración proyectada en el nivel de precios. Tras haber obtenido la anulación de la Decisión controvertida, UPS interpuso el presente recurso con el fin de obtener la reparación del perjuicio que considera haber sufrido. Sin embargo, aunque se han desestimado sus pretensiones, UPS, ha conseguido demostrar que la Comisión cometió una infracción suficientemente caracterizada de sus derechos procedimentales. En estas circunstancias, con arreglo al artículo 135, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, procede condenar a la Comisión a cargar con sus propias costas y con un tercio de las costas de UPS y condenar a UPS a cargar con dos tercios de sus propias costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL GENERAL (Sala Séptima ampliada)

decide:

- 1) **Desestimar el recurso.**
- 2) **Condenar a la Comisión Europea a cargar con sus propias costas y con un tercio de las costas de United Parcel Service, Inc.**
- 3) **Condenar a United Parcel Service a cargar con dos tercios de sus propias costas.**

Papasavvas

da Silva Passos

Reine

Truchot

Sampol Pucurull

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 23 de febrero de 2022.

Firmas

Índice

I.	Antecedentes del litigio	2
II.	Procedimiento y pretensiones de las partes	3
III.	Fundamentos de Derecho	4
	A. Sobre la admisibilidad de determinados motivos, alegaciones y elementos de prueba	4
	1. Carácter confuso de la argumentación de UPS	4
	2. Infracción del artículo 76, letra d), del Reglamento de Procedimiento	5
	a) Sobre la admisibilidad de la argumentación de UPS sobre la vulneración de los derechos procedimentales	6
	b) Sobre la admisibilidad de la argumentación de UPS sobre el error de apreciación de los efectos de la concentración sobre los precios	7
	1) Apartados 34 a 37 de la demanda	7
	2) Remisión al anexo A.12 de la demanda	7
	3) Remisión a los anexos A.8 y A.9 de la demanda y a los anexos C.1 y C.2 de la réplica	8
	4) Apartado 84 de la demanda	9
	c) Sobre la admisibilidad de la argumentación de UPS relativa al error de apreciación de las eficiencias	10
	1) Apartado 46 de la demanda	10
	2) Remisión al anexo C.6 de la réplica	10
	3) Remisión a los anexos C.7 y C.37 de la réplica	11
	3. Infracción del artículo 85 del Reglamento de Procedimiento	12
	a) Sobre la admisibilidad de los anexos C.6, C.7 y C.37 de la réplica	12
	b) Sobre la admisibilidad de los informes del experto en econometría presentados por la Comisión	13
	B. Sobre el fondo	14
	1. Requisitos necesarios para que se genere la responsabilidad extracontractual de la Unión	14
	2. Ilegalidades alegadas	15

a)	Sobre la vulneración de los derechos procedimentales de UPS	16
1)	No comunicación del modelo econométrico utilizado	16
2)	No comunicación de los criterios de evaluación de las eficiencias	21
3)	No comunicación de determinados documentos confidenciales de FedEx	25
i)	Acceso a los 484 documentos confidenciales internos de FedEx incorporados al expediente el 10 de agosto de 2012	28
ii)	Acceso a los documentos transmitidos por FedEx los días 9 y 15 de noviembre de 2012	30
b)	Sobre el incumplimiento de la obligación de motivación	31
c)	Sobre los errores de apreciación de la operación proyectada	32
1)	Análisis de los efectos de la concentración sobre los precios	33
i)	No consideración de determinados datos de FedEx	33
ii)	Errores de concepción del modelo econométrico de la Comisión	33
2)	Eficiencias	39
i)	Observaciones preliminares	39
ii)	Evaluación de las eficiencias alegadas por UPS	40
–	Sobre la red aérea y la asistencia en tierra en Europa (cuarto año)	41
–	Sobre los costes administrativos	42
–	Sobre el transporte aéreo transatlántico	43
–	Sobre el transporte por cuenta de otros	43
–	Sobre el transporte por carretera de líneas en red	44
–	Sobre las instalaciones	45
–	Sobre la red PUD	46
–	Sobre los prestadores de servicios externos	48
3)	Disparidad de trato con respecto a la operación entre FedEx y TNT	49
4)	Situación de FedEx	51
i)	Proximidad competitiva de FedEx y UPS	51
ii)	Proyectos de expansión de FedEx	53

– Sobre la progresión de FedEx en Europa	53
– Sobre la diferencia de costes entre FedEx y sus competidoras	55
– Sobre el crecimiento previsto en volumen de FedEx	56
– Sobre los países no contemplados por FedEx en la primera fase de sus proyectos de expansión	56
– Sobre los destinos cubiertos por FedEx	57
– Sobre el análisis por país	57
d) Pretensiones relativas a las ilegalidades alegadas	58
3. Relación de causalidad	58
IV. Costas	63