

Foro de Actualidad

España

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL GENERAL EN CK TELECOMS VS. COMISIÓN: UNA DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS EN CONTROL DE CONCENTRACIONES

Jokin Beltrán de Lubiano

Abogado del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid)

La sentencia del Tribunal General en CK Telecoms vs. Comisión: una declaración de principios en control de concentraciones

En su sentencia de 28 de mayo de 2020, CK Telecoms vs. Comisión, T-399/16, ECLI:EU:C:2020:21, el Tribunal General de la Unión Europea ha formulado principios de alcance general en materia de control de concentraciones, como el relativo al estándar de prueba aplicable en este ámbito (probabilidad seria), y ha indicado qué requisitos son necesarios para prohibir una concentración por sus efectos no coordinados o unilaterales, cuando se produce una operación en un mercado oligopolista sin llegar a crear un operador dominante.

PALABRAS CLAVE:

DEFENSA DE LA COMPETENCIA, CONTROL DE CONCENTRACIONES, EFECTOS NO COORDINADOS, ESTÁNDAR DE PRUEBA.

The Judgment of the General Court in CK Telecoms: A Statement of Principle in Merger Control

In its judgment dated 28 May 2020, CK Telecoms vs. Commission, T-399/16, ECLI:EU:C:2020:21, the General Court of the European Union has laid down general principles of general application for merger control, such as the applicable standard of proof in this field (strong probability), and has formulated the necessary conditions to block a merger for its non-coordinated or unilateral effects, when a merger takes place in an oligopolistic market but falls short of creating a dominant operator.

KEY WORDS:

COMPETITION LAW, MERGER CONTROL, NON-COORDINATED EFFECTS, STANDARD OF PROOF.

FECHA DE RECEPCIÓN: 27-11-2020**FECHA DE ACEPTACIÓN: 1-12-2020**

Beltrán de Lubiano, Jokin (2021). La sentencia del Tribunal General en CK Telecoms vs. Comisión: una declaración de principios en control de concentraciones. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 55, pp. 117-125 (ISSN: 1578-956X).

1. La decisión de la Comisión Europea en *Hutchinson 3G/Telefónica UK*

En marzo de 2015, Hutchinson 3G UK (titular del operador de telefonía móvil británico Three) anunció un acuerdo con Telefónica para adquirir su operador móvil en Reino Unido (O2). Como resultado de esta operación, el número de operadores móviles con red propia en este país se habría reducido de cuatro operadores (las partes en la operación, Three y O2, junto con Vodafone y EE/BT) a tres. La operación se enmarcaba en un contexto generalizado de consolidación en el sector de las telecomunicaciones a nivel europeo y en un debate sobre los efectos para la competencia de estas operaciones "4 a 3" en las que se "perdía" un operador a nivel nacional.

La operación fue notificada a la Comisión Europea de conformidad con el Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (el "Reglamento 139/2004") en septiembre de ese mismo año. La notificación dio inicio a un voluminoso procedimiento administrativo dirigido a dilucidar si la operación era susceptible "de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común" en los términos del artículo 2.3 del citado Reglamento. Mediante la Decisión de la Comisión, de 11 de mayo de 2016, *M.7612 Hutchinson 3G UK/Telefónica UK*, esta institución concluyó que, en efecto, la operación obstaculizaría la competencia en el mercado británico de telefonía móvil y, en consecuencia, la prohibió.

En la detalladísima decisión (la versión no confidencial alcanza una extensión de 731 páginas), la Comisión formuló tres teorías del daño que apoyaban esta conclusión. En primer lugar, la Comisión consideró que la operación produciría efectos anticompetitivos en el mercado minorista de telefonía móvil al eliminar un competidor especialmente dinámico en el contexto de un mercado oligopolista. Es importante señalar que la cuota de mercado combinada de O2 y Three se habría quedado entre el 30 y el 40 %, por debajo del umbral del 50 % que se usa como indicador *prima facie* de dominancia. Por tanto, la objeción de la Comisión no estaba basada en que la operación fuera a crear el operador de telefonía móvil dominante en el mercado británico, sino en que se reforzaría una situación de oligopolio con efectos significativamente perjudiciales para la competencia. En segundo lugar, la Comisión estimó que la concentración habría trastocado las alianzas de *network sharing* existentes en el momento (Vodafone-O2 y EE/BT-Three), de forma que era probable que el nivel de inversiones en la red se redujera en el futuro. En tercer lugar, la Comisión consideró que se produciría una reducción de la competencia significativa en el mercado mayorista de telefonía móvil en perjuicio de operadores virtuales (MVNO) y consumidores finales.

2. La sentencia del Tribunal General: principios generales

En su sentencia de 28 de mayo de 2020, *CK Telecoms UK vs. Comisión*, T-399/16, ECLI:EU:C:2020:217, el Tribunal General ha anulado la decisión de la Comisión. La anulación habría sido relevante en cualquier caso, dado que se trata de un suceso poco habitual en un ámbito —el del control de concentraciones— en el que pocas decisiones se recurren y aún menos se anulan. Pero la sentencia —dictada por una sala ampliada de cinco jueces, incluyendo al presidente del Tribunal General— reviste una relevancia especial, pues formula principios de aplicación general en todo el ámbito del control de concentraciones.

2.1. Estándar de prueba y teorías novedosas de daño

Un primer ámbito en el que la sentencia formula principios de amplio alcance es el estándar de prueba que ha de satisfacer la Comisión para poder concluir que se producirá un obstáculo significativo para la competencia efectiva (conocido como "SIEC", por las siglas en inglés de *significant impediment to effective competition*) y, por tanto, procede prohibir la concentración. A juicio del Tribunal, el estándar de prueba adecuado para acreditar la existencia de un SIEC es el de "probabilidad seria" (*strong probability*). En los términos habituales de la cultura jurídica anglosajona, el estándar de prueba de probabilidad seria que formula el Tribunal es más estricto que el estándar civil general de preponderancia de la prueba —en el que un hecho se considera probado cuando su certeza es más probable que improbable—, pero menos exigente que el estándar penal general, en el que un hecho se debe acreditar "más allá de la duda razonable". La sentencia también aclara que el estándar de prueba no es sustancialmente diferente en casos de efectos unilaterales o no coordinados —en los que el daño para la competencia proviene de la acción unilateral de cada competidor, al esperarse que estos compitan con menor intensidad posconcentración (como es el caso de la operación entre Three y O2)— que en los casos de efectos coordinados —en los que el daño a la competencia proviene de la mayor facilidad para coordinarse entre competidores que produce una operación (es el caso de otros precedentes relevantes del Tribunal, como *Airtours/First Choice*)—.

La conclusión de la sentencia en este aspecto supone un revolcón importante para la Comisión y previsiblemente dará como resultado una mayor actividad de investigación por parte de esta institución cuando investiga los efectos probables de las concentraciones que se le notifican, para así tratar de asegurar que sus conclusiones se adecuan a este estándar más exigente.

Además, la sentencia recalca que las teorías del daño más prospectivas (que se fundamentan en cadenas de causa-efecto menos obvias e inmediatas) requieren una prueba de una calidad superior y que los tribunales han de ser especialmente exigentes a la hora de analizar la prueba. Aunque la Comisión puede fundamentarse en estas teorías del daño más novedosas (sería el caso de las *killer acquisitions* o las concentraciones con efectos en la innovación, de gran actualidad), el Tribunal lanza en la sentencia una clara señal a la Comisión de que esperará que cualquier decisión de esta naturaleza no se base en especulaciones más o menos fundadas, sino en un edificio probatorio de cimientos sólidos.

2.2. Valor de las directrices y precedentes de la Comisión

En el ámbito del control de concentraciones es habitual apoyarse asiduamente en las directrices y comunicaciones publicadas por la Comisión Europea y en la práctica administrativa de esta que se va formando precedente a precedente, dado que, como ya hemos dicho, la actividad judicial es escasa y no existen numerosos precedentes judiciales. En la sentencia, el Tribunal aclara qué valor debe conceder a estas autoridades de naturaleza administrativa.

En relación con las directrices, el Tribunal aclara que estas vinculan a la Comisión, pero no vinculan ni guían el análisis del Tribunal General. No obstante, esto no significa que el Tribunal no pueda hacer suyas las orientaciones y apreciaciones de la Comisión Europea o que se pueda guiar por ellas.

En relación con los precedentes de casos concretos de la Comisión, el Tribunal cita con cierta frecuencia otras decisiones de la Comisión Europea en el sector de las telecomunicaciones para usarlos como parámetro de comparación con respecto a las conclusiones y decisiones que se adoptaron en la decisión recurrida.

El resultado de lo anterior es que la Comisión Europea debe tener un cuidado especial para mantener la coherencia entre las orientaciones generales y concretas que ofrece en su práctica decisoria y las decisiones futuras, pero que el Tribunal puede apartarse con facilidad de estos precedentes si lo considera adecuado.

2.3. Marco temporal

La sentencia contiene alguna precisión de interés sobre el marco temporal del análisis, es decir, el periodo en el que debe verificarse la obstaculización significativa a la competencia efectiva. Sin llegar a formular una teoría general, la sentencia afirma que en el caso concreto el análisis debía hacerse *"en un lapso de tiempo relativamente amplio en el futuro"*. Esto se debe a que en un mercado oligopolista como el del sector de las telecomunicaciones, por un lado, es necesario realizar inversiones a largo plazo y, por otro, los consumidores quedan vinculados por contratos de varios años de duración. En consecuencia, el análisis de la Comisión no puede quedarse simplemente en lo que pueda suceder inmediatamente después de la concentración, y debe tratar de analizar lo que pueda suceder en el citado *"lapso de tiempo relativamente amplio"*.

2.4. Umbral de significatividad

Por último, la sentencia también recalca que el Reglamento 139/2004 exige a la Comisión analizar por qué los efectos anticompetitivos que podrían seguir a una concentración son "significativos". En el caso concreto, la referencia sumaria que la Comisión hacía en un párrafo de la decisión no es suficiente, a juicio del Tribunal, para acreditar que este umbral de significatividad se ha superado.

3. La sentencia del Tribunal General: análisis de operaciones “oligopolistas”

3.1. El análisis de las operaciones de concentración en mercados oligopolistas

En 1989, cuando se introdujo el primer reglamento dirigido a implementar un sistema de control de concentraciones, las concentraciones que se consideraban incompatibles con el mercado común y que, por tanto, debían prohibirse eran aquellas que *“crear[an] o reforzar[an] una posición dominante en el mercado”*. Esta regla permitía a la Comisión objetar a aquellas operaciones en las que las entidades concentradas alcanzaban dicha posición (por poner un ejemplo muy abstracto, una operación en la que dos empresas con un 30 % de cuota de mercado se fusionaran, alcanzando una cuota combinada del 60 %).

Sin embargo, en 2004, al reconsiderarse el sistema de control de concentraciones, existía una preocupación sobre la laguna que este test legal originaba en aquellas operaciones en las que no se creaba o reforzaba una empresa con esa posición de dominio (por tanto, operaciones completamente compatibles), pero, no obstante, la existencia de un mercado muy concentrado en pocos operadores (en otras palabras, un oligopolio) llevaba a la conclusión de que la concentración sí tenía esa capacidad de reducir la competencia y debía prohibirse igualmente.

En consecuencia, se tomó la decisión de ampliar el test legal según el cual una concentración se considera incompatible con el mercado común, de forma que el Reglamento 139/2004 prevé un criterio o test general (*“concentraciones que sean susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado”*), del que el test antiguo (creación o refuerzo de una posición dominante) es simplemente un subconjunto de operaciones de concentración en las que se entiende que se produce ese obstáculo significativo para la competencia efectiva. La sentencia es la primera oportunidad en la que un tribunal se pronuncia sobre la aplicación de este estándar más amplio a una operación en la que no se crea una posición dominante (recuérdese que en este caso EE/BT ya tenía una cuota de mercado del 30-40 %, sustancialmente similar a la cuota combinada de O2-Three) y sobre los efectos de la competencia que se derivarían de la conducta futura unilateral de los tres operadores restantes.

El Tribunal confirma que la reforma legal de 2004 permite a la Comisión prohibir estas operaciones “oligopolistas” en las que no se crea o refuerza una posición de dominio, pero exige que el efecto perjudicial en las condiciones competitivas del mercado sea equivalente al que se produciría con la creación o refuerzo de una posición de dominio.

En particular, el Tribunal formula dos requisitos cumulativos para que se produzca este perjuicio competitivo que descansan en la redacción literal del considerando 25 del Reglamento 139/2004. El primer requisito es que la concentración “oligopolista” debe implicar la desaparición de importantes presiones competitivas que las partes de la concentración ejercían entre sí (en otras palabras, deben ser competidores especialmente cercanos). El segundo requisito es que la con-

centración debe implicar una reducción de la presión competitiva sobre los competidores restantes (en otras palabras, la empresa adquirida debe ejercer una importante presión competitiva en el mercado).

3.2. Valor de las cuotas de mercado

El Tribunal confirma que, si el ejercicio de definición de mercado es correcto, las cuotas de mercado (y otras medidas basadas en estas, como el Índice de Herfindahl-Hirschman) pueden usarse como “indicios” de que existen problemas concurrenciales asociados a la operación corporativa en cuestión. No obstante, un análisis de cuotas de mercado no es suficiente por sí solo para constatar una obstaculización significativa a la competencia efectiva y, por tanto, debe ir acompañado de un análisis completo del resto de los factores que puedan ser relevantes.

Por el contrario, si una de las entidades parte de la concentración tiene una cuota de mercado particularmente pequeña, el Tribunal sí acepta que esto puede ser una muestra de que no existirán efectos anticompetitivos significativos asociados a la concentración.

3.3. ¿Qué es una importante presión competitiva?

Uno de los dos requisitos para que se produzca una reducción de la competencia como consecuencia de una concentración en un mercado oligopolista es que la operación implique la reducción de importantes presiones competitivas en el mercado.

Según la Comisión, se produciría una obstaculización significativa a la competencia efectiva cuando se elimina una fuerza competitiva importante del mercado. Para que una empresa alcance este nivel de importancia, esta debe tener una influencia mayor que la que sugiere su cuota de mercado, pero no necesitaría distinguirse especialmente de sus competidores en términos de impacto sobre la competencia.

El Tribunal achaca a la Comisión una confusión conceptual que le permitiría calificar, en un mercado oligopolista, a cualquier empresa como una fuerza competitiva importante y, por tanto, tener un amplio margen discrecional para prohibir operaciones sin analizar en detalle la presión competitiva que las partes de la concentración ejercen entre sí. Por el contrario, según la sentencia, el criterio relevante es el de eliminación de “presiones competitivas importantes”, que requiere verificar, primero, que se produce una reducción de la presión competitiva sobre los demás competidores y, segundo, si se produce una desaparición de importantes presiones competitivas que las partes de la concentración ejercen entre sí.

3.4. Cercanía competitiva de las partes

La sentencia recalca la importancia que tiene la cercanía de las partes como competidores en el análisis de la concentración. En efecto, el Tribunal afirma que los efectos de una concentración pueden depender “*más de la proximidad de los productos de las partes de la operación que de sus respectivas cuotas de mercado*”. La desaparición de “*importantes presiones competitivas que las*

partes en la concentración ejercían entre sí” constituye el efecto unilateral más directo de una concentración sobre un mercado oligopolista.

Ahora bien, no es suficiente con demostrar que las partes de una concentración son competidores inmediatos, sino que estos deben ser competidores *particularmente* inmediatos. De lo contrario, puesto que en un oligopolio todas las empresas tienden a ser competidores cercanos entre sí, la Comisión adquiriría el poder de prohibir toda concentración que se produjera en este tipo de mercados.

3.5. Análisis económico de precios y eficiencias

En relación con los métodos económicos que se usan habitualmente en el análisis de concentraciones, el Tribunal hace dos apreciaciones de interés.

En primer lugar, la sentencia acepta en general el uso de los llamados “GUPPI” (*gross upward pricing pressure index*) para analizar el impacto de la operación en los precios esperados futuros. No obstante, el Tribunal constata, por un lado, que los GUPPI siempre predicen un aumento de precios en cualquier concentración entre competidores y, por el otro, que toda concentración en mercados oligopolistas tiende a producir un incremento de precios en el corto plazo. Por tanto, para evitar que cualquier operación se considere anticompetitiva, es necesario establecer un umbral de significatividad en cuanto a la subidas de precios.

En segundo lugar, el Tribunal ingenia un nuevo concepto de eficiencias además del habitualmente usado por la Comisión. Las eficiencias “tradicionales” son aquellas que permitirían contrarrestar los efectos anticompetitivos de una operación mediante la reducción de costes marginales, mejora de calidad o incremento de la innovación que beneficien a consumidores, sean inherentes a la concentración y puedan ser verificadas. Estas eficiencias se tienen en cuenta solo después de que se haya verificado que la concentración tiene efectos anticompetitivos, y su prueba incumbe a la parte notificante.

Pues bien, en el contexto de un análisis cuantitativo-económico relativo a posibles subidas de precios producidas por la concentración analizada, el Tribunal considera que incumbe a la Comisión tener en cuenta aquellas eficiencias “estándar” que se derivan de la reducción de duplicidades consustancial a toda operación de esta naturaleza, que pueden tener un impacto a la baja en los precios. Esto implica que, si la Comisión decide realizar un ejercicio cuantitativo, este análisis debe considerar las fuerzas que afectan a los precios en ambas direcciones, sin poder usar solamente un método que siempre predice subidas de precios.

4. El resultado de la sentencia en el caso y su impacto futuro

4.1. El resultado en el caso

En aplicación del marco conceptual descrito, el Tribunal analiza y desecha cada una de las tres teorías del daño. En relación con la primera teoría (reducción de competencia en el mercado minorista), la sentencia concluye que Three no ejercía una presión competitiva especialmente destacable y que esta empresa y O2 no eran competidores particularmente cercanos en general. Además, el análisis cuantitativo de los precios de la Comisión no superaba el umbral de significatividad exigible por comparación con otros precedentes.

En relación con la segunda teoría del daño (impacto de la operación en las redes de *network sharing*), el Tribunal concluye que la posible divergencia producida por la operación no es suficiente para alcanzar el umbral exigido por el Reglamento 139/2004. Además, no se habría probado un vínculo causal suficiente entre el supuesto mayor coste de inversión que se produciría por la operación y las inversiones que fueran a realizarse por los competidores. En cualquier caso, el objetivo de las normas de competencia es proteger el proceso competitivo, no a los competidores; por tanto, un perjuicio a un competidor no es, por sí mismo, suficiente para prohibir una operación.

Por último, en relación con la tercera teoría del daño (reducción de competencia en el mercado mayorista), el Tribunal considera que ni las cuotas en el mercado mayorista de Three ni su reciente progresión justificaban que fuera calificada de “fuerza competitiva importante”. El mero hecho de que Three desempeñase un papel más importante del que cabría esperar de su cuota de mercado no basta, especialmente cuando no se cuestiona que la cuota de mercado de Three fuera modesta.

4.2. El impacto futuro de la sentencia

Esta sentencia, que ha sido recurrida ante el Tribunal de Justicia por la Comisión Europea, es de referencia obligada para todo los operadores que se enfrentan a operaciones corporativas en mercados concentrados. La sentencia parte de una preocupación del Tribunal General de ceñir la discrecionalidad de la Comisión para prohibir operaciones en la medida de lo posible a aquellos casos en los que los efectos anticompetitivos sean más evidentes.

Además, la sentencia representa una clara señal para esta institución de que el Tribunal realizará un análisis muy exigente de los análisis económicos de la Comisión no solo en este caso, sino en los que vengan en el futuro. Es de esperar que la política de control de concentraciones europea —que ya se caracteriza por un nivel de sofisticación y análisis muy profundo— incremente aún más las exigencias de colaboración que se imponen a las partes notificantes y al resto de las empresas y entidades interesadas.

Como hemos indicado, la Comisión ha recurrido la sentencia ante el Tribunal de Justicia en casación. En resumen, el recurso de la Comisión se centra en tratar de rebatir el marco conceptual que

configura la sentencia, en relación con el estándar de prueba (que debería ser de preponderancia de probabilidades, y no de probabilidad seria), los requisitos necesarios para fundamentar un obstáculo significativo a la competencia efectiva en una operación oligopolista y la aplicación de un umbral de significatividad y una obligación de considerar las “eficiencias estándar”. Sin duda, la resolución de este recurso será de gran relevancia y tendrá que seguirse muy de cerca.