

ESTUDIOS

REVISIÓN JUDICIAL DE LA APLICACIÓN PÚBLICA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

TENDENCIAS Y DESAFÍOS

JERÓNIMO MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS
DIRECTOR

**Si quieres adquirir esta
obra haz click aquí**



**Real Instituto Universitario
de Estudios Europeos**
Universidad CEU San Pablo
CPCR

||| ARANZADI

© Jerónimo Maíllo González-Orús (Dir.) y autores, 2026
© ARANZADI LA LEY, S.A.U.

ARANZADI LA LEY, S.A.U.

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

www.aranzadilaley.es

Atención al cliente: <https://areacliente.aranzadilaley.es/publicaciones>

Primera edición: septiembre 2026

Depósito Legal: M-15668-2026

ISBN versión impresa: 978-84-1085-976-0

ISBN versión electrónica: 978-84-1085-977-7

Proyecto I&D **Jueces y Derecho de la Competencia** (Ref. PID2020-115314GB-I00). Ministerio de Ciencia e Innovación

Diseño, Preimpresión e Impresión: ARANZADI LA LEY, S.A.U.

Printed in Spain

© **ARANZADI LA LEY, S.A.U.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, ARANZADI LA LEY, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Dirijase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

ARANZADI LA LEY no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, o cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, ARANZADI LA LEY se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

ARANZADI LA LEY queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

ARANZADI LA LEY se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **ARANZADI LA LEY, S.A.U.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Si quieres adquirir esta
obra haz click aquí



Índice General

Página

CAPÍTULO 1

LA LABOR REVISORA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: TENDENCIAS RECIENTES

ALFONSO GUTIÉRREZ	23
1. Introducción.....	23
2. Algunas estadísticas	24
3. Tendencias y patrones 2020-2025	26
3.1 <i>Valoración de los indicios y pruebas indirectas.....</i>	<i>27</i>
3.1.1. Validez como prueba de cargo del testimo- nio referencial y manifestaciones de terceros	28
3.1.2. Proyección temporal de las pruebas e indi- cios.....	33
3.1.3. Ausencia de alternativas razonables.....	35
3.1.4. Interpretación objetiva de la evidencia.....	37
3.1.5. Peso de las pruebas de descargo aportadas por las empresas investigadas	38
3.2. <i>Infracción única y continuada</i>	<i>40</i>
4. Conclusiones.....	45



CAPÍTULO 2

EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS DECISIONES DE LA COMISIÓN EUROPEA (2021-2025): BALANCE DE CINCO AÑOS DE INTENSIDAD DEL ESCRUTINIO

MATEO DOMEQ.....	47
1. Introducción	47
2. Sección I: una visión panorámica del control jurisdiccional ejercido en el período 2021-2025	50
3. Sección II: un examen de la intensidad del control jurisdiccional	55
4. Sección III: el ejercicio de la competencia jurisdiccional plena	60
4.1. <i>Las sentencias en Altice</i>	63
4.2. <i>Las sentencias en los asuntos OEE y Bonos SSA</i>	64
5. Equilibrio entre los derechos fundamentales y Derecho de la competencia	65
5.1. <i>Los procedimientos híbridos de transacción</i>	66
5.2. <i>Las decisiones de inspección y los requerimientos de información</i>	71
6. Conclusiones	78

CAPÍTULO 3

LA INFLUENCIA DE LAS DEMANDAS DE DAÑOS EN LA LEGITIMACIÓN ACTIVA ANTE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

ALFONSO RINCÓN GARCÍA LOYGORRI	81
1. La jurisprudencia en materia de legitimación activa en la jurisdicción contencioso-administrativa	82
1.1. <i>La jurisprudencia tradicional</i>	82
1.2. <i>Las precisiones realizadas por el TS que amplían de manera limitada la legitimación en supuestos en los que el fallo es favorable</i>	83



	<i><u>Página</u></i>
1.3. <i>La jurisprudencia de la Unión Europea</i>	87
2. La interposición de un recurso por la empresa que ha obtenido una Resolución favorable de la CNMC	90
2.1. <i>La valoración de la admisibilidad por la AN en el supuesto de una empresa solicitante de clemencia</i>	90
2.2. <i>La valoración por la AN de la admisibilidad del recurso en el supuesto de una empresa respecto de la cual la CNMC ha declarado la prescripción de la infracción</i>	92
2.3. <i>La divergente apreciación por el TS</i>	93
3. La interposición de un recurso de casación por el recurrente que ha obtenido una resolución favorable de la AN en un recurso contra una Resolución de la CNMC	94
3.1. <i>Legitimación por la posible existencia de perjuicio reputacional, así como posibles efectos civiles de la sentencia estimatoria</i>	95
3.2. <i>Legitimación por posible infracción del derecho a la presunción de inocencia</i>	95
4. La valoración por la jurisdicción civil del análisis que realizan las autoridades de competencia sobre los efectos de la infracción	96
4.1. <i>El principio según el cual lo único vinculante a efectos civiles es la declaración de infracción en la resolución de una autoridad de competencia</i>	96
4.2. <i>La jurisprudencia reciente de la jurisdicción civil sobre el contenido de las resoluciones de las autoridades de la competencia relativo a los efectos de la infracción</i>	97
5. Conclusiones	99

CAPÍTULO 4

LA REVISIÓN JUDICIAL DE LAS DECISIONES DE LA COMISIÓN EUROPEA EN APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 101 TFUE DURANTE EL PERÍODO 2020-2025

JUAN ARPIO SANTACRUZ.....	101
1. Introducción	101



	<i><u>Página</u></i>
2. Competencia territorial: el criterio de la aplicación y el de los efectos cualificados.....	102
2.1. <i>Cuestiones previas.....</i>	<i>102</i>
2.2. <i>El criterio de la aplicación y los asuntos de los condensadores electrolíticos</i>	<i>104</i>
2.3. <i>El criterio de los efectos cualificados y los asuntos de los fletes aéreos</i>	<i>108</i>
3. Cuestiones de derecho sobre conductas realizadas en un entorno digital: el concepto de acuerdo.....	115
3.1. <i>Preliminar</i>	<i>115</i>
3.2. <i>Acuerdos y comportamientos unilaterales</i>	<i>117</i>
3.3. <i>La provisión de medidas técnicas por una plataforma digital y la expresión de una voluntad concordante: el asunto Valve corporation</i>	<i>122</i>
3.4. <i>La participación en foros o chats de internet y la existencia de una voluntad concordante: el asunto UBS group (Credit Suisse)</i>	<i>128</i>
4. Requisitos sustanciales de forma y los derechos fundamentales.....	133
4.1. <i>Antecedentes</i>	<i>133</i>
4.2. <i>Presunción de inocencia y buena administración en procedimientos híbridos escalonados</i>	<i>134</i>
4.3. <i>Tutela judicial efectiva, respeto a la vida privada y familiar e inviolabilidad del domicilio y los poderes en materia de inspección</i>	<i>144</i>
5. Conclusiones.....	157
6. Bibliografía	160

CAPÍTULO 5

LA REVISIÓN JUDICIAL DE LA APLICACIÓN DEL ART. 2 LDC

FERNANDO DÍEZ ESTELLA..... 163

1. Introducción..... 163



	<i>Página</i>
2. Marco analítico: la revisión judicial de la aplicación pública del Derecho de la Competencia en España	165
3. Revisión judicial de la aplicación del Art. 2 LDC	166
3.1. <i>Exigencias materiales del tipo</i>	170
3.2. <i>Exigencias probatorias del tipo</i>	171
3.3. <i>La definición del mercado relevante</i>	172
3.4. <i>Tipicidad de la conducta infractora</i>	173
3.5. <i>Carácter objetivo del abuso</i>	174
3.6. <i>Necesidad de acreditar efectos (reales o potenciales)</i>	175
3.7. <i>Ausencia de justificación objetiva</i>	177
4. Delimitación jurisprudencial de algunos ejemplos de prácticas abusivas	178
4.1. <i>Precios discriminatorios</i>	178
4.2. <i>Negativa injustificada de suministro: doctrina de los recursos esenciales</i>	181
4.3. <i>Subordinación de prestaciones</i>	182
4.4. <i>Descuentos fidelizadores y paquetización</i>	184
4.5. <i>Estrechamiento de márgenes («margin squeeze»)</i>	186
4.6. <i>Precios excesivos</i>	192
5. Balance global y conclusiones: una jurisprudencia «clarificadora»	195
6. Bibliografía	196

CAPITULO 6

LA JURISPRUDENCIA EUROPEA RECIENTE EN MATERIA DE ABUSO: DE LA FRAGMENTACIÓN A LA COHERENCIA

PABLO SOLANO DÍAZ.....	199
1. Panorámica de las tendencias jurídicas	199
2. La tendencia hacia un marco analítico basado en la eficiencia.	203
3. La tendencia hacia una regla jurídica estructurada	206
4. Tendencias en materia de abusos de explotación	211



5. Conclusión	213
----------------------------	------------

CAPÍTULO 7

REVISIÓN EN ESPAÑA DE LAS DECISIONES SOBRE CONTROL DE CONCENTRACIONES: TENDENCIAS EN LOS ÚLTIMOS 5 AÑOS Y DESAFÍOS DE FUTURO

MERCEDES PEDRAZ CALVO	215
1. Introducción.....	215
2. La operación de concentración telefónica y DTS	215
2.1. <i>Hechos en el origen del litigio</i>	216
2.2. <i>Resolución de la CNMC.....</i>	216
2.3. <i>Recursos ante la AN.....</i>	217
2.3.1. Cuestiones procedimentales.....	218
2.3.2. Cuestiones sustantivas	218
2.3.3. Otras cuestiones suscitadas ante los Tribunales en relación con la operación de concentración TELEFONICA-DTS	227
3. Otras cuestiones en materia de concentraciones	229
3.1. <i>La condición de interesado en el expediente administrativo</i>	229
3.2. <i>La confidencialidad de documentos obrantes en el expediente administrativo</i>	231
3.3. <i>Prórroga de los compromisos impuestos para autorizar la operación de concentración</i>	233
3.4. <i>Sanciones.....</i>	234
4. Consideraciones finales	237

CAPÍTULO 8

REVISIÓN JUDICIAL DEL CONTROL EUROPEO DE CONCENTRACIONES: ¿ENTRE LA EFECTIVIDAD Y LA SEGURIDAD JURÍDICA?

JERÓNIMO MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS.....	241
1. Introducción.....	241



	<i>Página</i>
2. Ilumina Grail: límites a la expansión jurisdiccional por vía interpretativa	245
3. CK Telecoms: sobre acotar el estándar de incompatibilidad y el margen de discreción de la Comisión	252
4. Conclusiones	257

CAPÍTULO 9

RESTRICCIONES PÚBLICAS A LA COMPETENCIA EN ESPAÑA

ANTONIO MIÑO LÓPEZ	261
1. Restricciones públicas a la competencia: concepto subjetivo-funcional	261
1.1. <i>Restricciones públicas autorizadas por norma legal: exención ex lege del Derecho de defensa de la competencia</i>	263
1.2. <i>Restricciones públicas «autorizadas» por norma reglamentaria o actos administrativos</i>	266
1.3. <i>Sujeción al Derecho de defensa de la competencia y a la acción de las autoridades de competencia</i>	268
2. Restricciones públicas a la unidad de mercado	271
2.1. <i>Restricciones en materia de vehículos de transporte con conductor (VTCs)</i>	273
2.2. <i>Restricciones en materia de viviendas de uso turístico (VUTs)</i>	281
2.3. <i>Restricciones en materia de taxis</i>	285

CAPÍTULO 10

LA REVISIÓN JURISPRUDENCIAL DEL TJUE SOBRE LAS AYUDAS DE ESTADO EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA (2019-2026)

JAVIER PORRAS BELARRA.....	289
1. Introducción	289
2. Marco conceptual	291
2.1. <i>Actividad económica y concepto de empresa en contextos regulatorios</i>	291



	<i><u>Página</u></i>
2.2. <i>Intervención estatal y Derecho de la Competencia</i>	292
3. Evolución jurisprudencial (2019-2026)	293
3.1. <i>2019-2021: consolidación del análisis material</i>	293
3.2. <i>2021-2023: expansión del control en fiscalidad</i>	295
3.3. <i>2024-2026: límites al control y reafirmación estatal</i>	296
4. Ámbitos de aplicación	297
4.1. <i>Regulación sectorial (energía)</i>	297
4.2. <i>Servicios públicos y transporte</i>	299
4.3. <i>Fiscalidad (núcleo central actual)</i>	300
4.4. <i>La importancia del control de la fiscalidad</i>	301
5. Criterios doctrinales consolidados	302
5.1. <i>Imputabilidad y recursos estatales</i>	302
5.2. <i>Selectividad y ventaja económica</i>	303
5.3. <i>Marco de referencia y límites del control</i>	305
6. Valoración crítica	306
6.1. <i>Expansión del control del TJUE</i>	306
6.2. <i>Tensiones con la soberanía estatal</i>	307
6.3. <i>Seguridad jurídica</i>	308
7. Perspectivas (2026-2030)	309
8. Conclusiones	310
9. Bibliografía	313

CAPÍTULO 11

REVISIÓN JUDICIAL DE RESOLUCIONES DE LA AUTORITAT CATALANA DE LA COMPETÈNCIA: CASOS ESPECÍFICOS DE SENTENCIAS SOBRE PROHIBICIÓN DE CONTRATAR Y VALORACIÓN DE PROGRAMAS DE COMPLIANCE

CARMEN CAMPO FANLO.....	317
1. Introducción	317



	<i>Página</i>
2. Pronunciamientos judiciales relacionados con la prohibición de contratar	318
2.1 <i>Sentencias del TSJCAT</i>	320
2.1.1. Sobre la competencia de la ACCO para determinar el alcance y duración de la prohibición de contratar	320
2.1.2. Sobre los criterios a utilizar para determinar este alcance y duración	322
2.2. <i>Pronunciamientos del Tribunal Supremo</i>	324
3. Pronunciamientos judiciales relacionados con la valoración de programas de compliance	326
4. Conclusiones	328

CAPÍTULO 12

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA SOBRE LA DESLEALTAD CONCURRENCIAL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA (ART. 3 LDC/2007)

IGNACIO LÓPEZ-CHAVES CASTRO	331
1. El art. 3 LDC/2007 y su aplicación en el ámbito de la contratación pública	331
1.1. <i>Introducción</i>	331
1.2. <i>Art. 3 LDC/2007 y contratación pública</i>	334
2. Deslealtad concurrencial en la contratación pública: las resoluciones de las autoridades autonómicas de competencia	336
2.1. <i>Análisis del modo de aplicación del art. 3 LDC/2007</i>	336
2.2. <i>Resoluciones sancionadoras de las autoridades autonómicas de defensa de la competencia</i>	338
2.3. <i>Estimación de la afectación al interés público en las resoluciones de las autoridades autonómicas analizadas</i>	342
3. Revisión judicial por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia	345
3.1. <i>Sentencia del TSJG de 5 de noviembre de 2021</i>	346



	<i><u>Página</u></i>
3.1.1. Naturaleza concurrencial de la LCSP.....	346
3.1.2. Sobre la afectación al interés público	348
3.1.3. Actos de competencia desleal	350
3.2. <i>Sentencia del TSJG de 28 de abril de 2023</i>	351
3.3. <i>Sentencias del TSJG de 26 de septiembre de 2025</i>	353
4. Conclusiones	354
5. Bibliografía	355
6. Jurisprudencia	356
7. Resoluciones de las autoridades de competencia españolas	356

CAPÍTULO 13

REVISIÓN JURISDICCIONAL DE RESOLUCIONES DICTADAS POR LA AGENCIA DE LA COMPETENCIA Y REGULACIÓN ECONÓMICA DE ANDALUCÍA (ACREA)

JOAQUÍN PÉREZ MUÑOZ.....	359
1. Introducción	359
2. Datos	360
3. Examen de asuntos judicializados de cierto interés en casos de abuso de posición de dominio	361
3.1. <i>José Manuel Pascual Pascual, S.A.</i>	361
3.1.1. Resolución del Consejo de Defensa la Competencia de Andalucía	363
3.1.2. Recurso contencioso	364
3.2. <i>Grupo Funeser ASV</i>	366
3.2.1. Resolución del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía.....	366
3.2.2. Recurso contencioso	368
3.2.3. Casación	369
3.3. <i>Tanatorios provincia de Huelva</i>	370
3.3.1. Resolución del Consejo de la Competencia de Andalucía.....	370



	<i><u>Página</u></i>
3.3.2. Recurso Contencioso	371
3.3.3. Casación	372
3.4. <i>Cofradías de Pescadores</i>	372
3.4.1. Resolución del Consejo de la Competencia de Andalucía.....	373
3.4.2. Recurso Contencioso	373
4. Otras cuestiones de interés resueltas en sentencias	374
4.1. <i>Reciente Sentencia del TSJA de 20 de abril de 2025 confirmando la primera sanción de una autoridad de competencia a la obstrucción de una persona física a la labor inspectora.</i>	374
4.2. <i>Sentencia del TSJA, sede Sevilla, de 7 de mayo de 2018, en el asunto FACTO y SALCOA</i>	376

CAPÍTULO 14

LA INTERVENCIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA COMO AMICUS CURIAE EN LOS PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES NACIONALES QUE APLICAN LOS ARTÍCULOS 101 Y 102 DEL TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA

DR. SERGIO BACHES OPI	377
1. Introducción	377
2. Fundamentos jurídicos, génesis y ratio del <i>amicus curiae</i> en el Reglamento 1/2003	379
3. Requisitos de aplicación	383
4. Procedimiento	386
4.1. <i>Procedimiento interno</i>	386
4.2. <i>Procedimiento para la presentación de las observaciones</i>	390
5. Naturaleza de las observaciones	392
6. Alcance de las observaciones	394
7. Algunas críticas a la institución del <i>amicus curiae</i>	396
8. Epílogo: estadísticas y reflexiones finales	399



CAPÍTULO 15

LA PRUEBA ECONÓMICA EN LAS RESOLUCIONES DE COMPETENCIA DE LA CNMC Y SU REVISIÓN JUDICIAL

JAVIER GARCÍA-VERDUGO SALES	403
1. La prueba económica en las resoluciones de competencia...	403
2. Prueba económica e informes ante la Audiencia Nacional ..	406
3. Análisis de casos ilustrativos	410
3.1. <i>Ejemplos de casos finalizados con sentencia.....</i>	410
3.1.1. S/DC/0557/15 Nokia	410
3.1.2. S/DC/0579/16 Derivados financieros	412
3.1.3. S/0425/12 Industrias lácteas 2.....	413
3.2. <i>Ejemplos de casos pendientes de sentencia.....</i>	414
3.2.1. S/0028/20 Leadiant.....	414
3.2.2. S/DC/0617/17 Atresmedia-Mediaset	416
3.2.3. S/0013/19 Conservación de carreteras.....	417
4. Comentarios finales.....	418
5. Referencias bibliográficas	420

CAPÍTULO 16

LA REVISIÓN JUDICIAL DE LA EVIDENCIA ECONÓMICA EN EL CONTROL DE CONCENTRACIONES EN LA UNIÓN EUROPEA: IMPLICACIONES DE UPS V COMMISSION

JORGE PADILLA	423
1. Introducción.....	423
2. La Evidencia Económica en el Control de Concentraciones de la UE.....	424
2.1. <i>La etapa inicial: economía cualitativa y presunciones estructurales</i>	424
2.2. <i>El giro hacia un enfoque basado en efectos</i>	425
2.3. <i>La decisión de la Comisión en UPS / TNT</i>	427



	<u>Página</u>
2.4. <i>El modelo de precio-concentración en detalle</i>	429
2.5. <i>UPS v Commission: Tribunal General</i>	430
2.5.1. Demanda de anulación	430
2.5.2. Defensa de la Comisión	431
2.5.3. Sentencia del TG.....	432
2.5.4. Revisión detallada del modelo utilizado en la Decisión.....	432
2.6. <i>UPS v Commission: Tribunal de Justicia</i>	433
3. La revisión judicial de las valoraciones económicas complejas antes de UPS	434
4. La relevancia del asunto UPS	436
5. Observaciones finales	437



Revisión judicial del control europeo de concentraciones: ¿entre la efectividad y la seguridad jurídica?

JERÓNIMO MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS

*Catedrático de Derecho UE, Internacional Público
y Relaciones Internacionales y Director
del Centro de Política de la Competencia y Regulación,
Universidad San Pablo-CEU, CEU Universities*

1. INTRODUCCIÓN

La aplicación del sistema europeo de control de concentraciones difiere sustancialmente de la aplicación del control de conductas. Mientras este último, especialmente desde los 2000, se aplica de forma crecientemente descentralizada tanto por los tribunales nacionales como sobre todo por las autoridades nacionales de competencia, el control de concentraciones sigue muy centralizado en la Comisión Europea.

Efectivamente, cuando una concentración tiene dimensión comunitaria, en principio la única competente para examinar dicha operación desde la vertiente de competencia va a ser la Comisión Europea. Incluso aunque no tenga dimensión comunitaria, si afecta al comercio entre Estados miembros y es notificable en más de un Estado miembro, probablemente acabe siendo decidida en exclusiva por la Comisión Europea, dado que es frecuente la utilización por las autoridades nacionales competentes de la posibilidad de reenvío prevista en el artículo 22 del Reglamento europeo de control de concentraciones¹. Si la operación es notificable a nivel nacional en más de 3

1 Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas («Reglamento comunitario de concentraciones»,



Estados miembros, las probabilidades de que acabe siendo decidida por la Comisión Europea aumentan significativamente por dos razones: primero, porque cuantas más notificaciones en paralelo a nivel nacional sean necesarias, más eficiencia conllevaría y por tanto más sentido tiene el reenvío, además de que más autoridades lo pueden plantear; y segundo, porque en estos supuestos, las partes notificantes estarán habilitadas ellas mismas para tomar la iniciativa y pedir a la Comisión Europea que se haga cargo del asunto². Tras una comunicación a los Estados competentes y salvo que estos objeten, la Comisión muy probablemente decidirá el caso en exclusiva. Dado que, en estos supuestos, las partes notificantes serán las primeras interesadas en beneficiarse del sistema de ventanilla única —una única decisión de una única autoridad en un solo procedimiento y bajo una única normativa— cabe presuponer que en la inmensa mayoría de casos las partes activarán esta posibilidad. En la práctica se está apreciando también que las autoridades nacionales raramente objetan a esta petición pues va en beneficio del propio sistema, ahorra costes innecesarios y evita riesgos de falta de uniformidad o descoordinación derivados de los procedimientos paralelos.

Todos estos factores unidos a la bajada de los umbrales a finales de los 90, a que estos no hayan sido actualizados con posterioridad y a la entrada de nuevos Estados miembros, ha generado un aumento del número de asuntos decididos por la Comisión Europea en sede concentraciones que han venido rondando en los últimos años entre los 350 y los 400 de media. Es indudablemente un número muy significativo, aunque muchos de ellos se canalicen a través del procedimiento simplificado y/o se resuelvan en primera fase sin grandes complicaciones. De hecho, pocas operaciones se prohíben y el sistema parece más haberse canalizado hacia una negociación de las condiciones de autorización en los casos complicados que plantean objeciones³.

Esta centralización de la toma de decisiones en la Comisión Europea tiene su lógica consecuencia en sede de revisión judicial.

La primera es que, a diferencia de lo que ocurre en sede de control de conductas, los asuntos en los que los tribunales nacionales se refieren a este control son por lógica casi inexistentes y cuando los hay se refieren a él de modo indirecto, más teniendo en cuenta la interacción de otras normativas, respecto a las

DO L 24 de 29.1.2004, pp. 1-22, en adelante ROPC.

2 Artículo 4.5 ROPC.

3 S. Marco Colino and K.L.M. Chung, Reshaping «EU Merger Control: from Harm Detection to Harm Control» (2024) 15 Journal of European Competition Law & Practice 409.



cuales sí son competentes, con el sistema de control de concentraciones. Ello conlleva que sean raras las cuestiones prejudiciales en este ámbito mientras que cada vez son más frecuentes en sede control de conductas. Sin embargo, el período temporal aquí analizado revela un ejemplo muy interesante con el asunto Towercast⁴. Debe verse como la excepción que confirma la regla.

La segunda es que, por tanto, las revisiones judiciales del control europeo de concentraciones llegarán sólo a los tribunales UE de Luxemburgo y canalizadas fundamentalmente por la vía del recurso de anulación planteado por los particulares directamente, primero ante el Tribunal General, con posibilidades de recurso de casación posterior ante el Tribunal de Justicia de la UE. La legitimación activa se limita principalmente a las empresas destinatarias de la decisión de la Comisión Europea o a otras que puedan probar afectación directa e individual lo que reduce sustancialmente el número de recurrentes. Raramente el asunto atraerá el interés de otros recurrentes más privilegiados como los Estados miembros u otras Instituciones más allá de la Comisión Europea, salvo que concite cuestiones de reparto de competencias de calado cuasi constitucional como por ejemplo ocurrió en el caso Illumina Grail⁵ que analizaremos en esta contribución.

Además, hay que tener en cuenta la materia y el contexto socioeconómico que rodea estas decisiones. En efecto, en operaciones estructurales que son las que caen bajo esta normativa, los tiempos y la seguridad son claves. No se puede mantener por mucho tiempo la operación en un limbo de incertidumbre pendiente de una futura rectificación judicial. Si la operación es prohibida por la Comisión, aunque se impugne ante los tribunales y los recurrentes ganen el caso tras un largo proceso judicial, difícilmente saldrá adelante. Los mercados no permiten mantener la incertidumbre por mucho tiempo. Ello hace que en buena medida decaiga el interés en dichas impugnaciones, más allá del interés por obtener una clarificación de la interpretación de cara a futuro, la obtención de una victoria simbólica *a posteriori* y, en algunos casos, eventuales posibles reclamaciones posteriores por los daños causados. Si la operación se autoriza, la batalla puede tener más impacto práctico, aunque, cuando eventualmente se gane la impugnación años después, la situación

4 Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 16 de marzo de 2023, asunto Towercast SASU contra Autorité de la concurrence y Ministère de l'Économie., C-449/21, ECLI:EU:C:2023:207.

5 Véanse Sentencia del Tribunal General de 13 de julio de 2022, Illumina/Comisión, asunto T-227/21, EU:T:2022:447, y Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 3 de septiembre de 2024. Illumina, Inc. y Grail LLC contra Comisión Europea, asuntos acumulados C-611/22 P y C-625/22 P; ECLI:EU:C:2024:677.



de mercado pueda ser muy distinta y la operación difícilmente reversible. De nuevo ello puede desincentivar el interés en estas impugnaciones.

Por otro lado, las decisiones en sede control de concentraciones implican en muchas ocasiones una complejidad adicional derivada del necesario análisis prospectivo y contra fáctico. La operación se notifica *ex ante* y la Comisión Europea ha de valorar cuáles son los efectos que produciría en el futuro y contrastarlos con un escenario en que no se materializase. A diferencia de lo que ocurre en sede control de conductas en el que, al ser el control *ex post*, hay más posibilidades de disponer de evidencias, en sede concentraciones esto es más complicado. Ante esa complejidad adicional, cabría pensar que, por un lado, la Comisión debiera ser cauta a la hora de decidir prohibiciones y, por otro lado, que la Comisión debiera de gozar de margen de flexibilidad para realizar estas valoraciones complejas.

Todo ello podría llevarnos a pensar que la revisión judicial en sede control de concentraciones, más allá de algunas cuestiones de procedimiento o formales, fuese escasa, casi anecdótica, especialmente en cuestiones de fondo. También que, cuando esa revisión tuviese lugar, dada esa complejidad adicional añadida y el consiguiente mayor margen de discreción para la autoridad, la revisión judicial debiera ser contenida y, salvo casos extraordinarios, confirmar las valoraciones realizadas por la Comisión. Incluso cabría pensar que, por todo ello, de esa revisión judicial no se irían a obtener grandes aportaciones para el desarrollo de la materia (aunque es verdad que en ocasiones pasadas sí las ha habido).

Sin embargo, el análisis de los últimos 5 años de revisión judicial en sede de concentraciones aporta unos resultados mucho más matizados. Un repaso cuantitativo a los asuntos recurridos y decididos por el Tribunal General y el Tribunal de Justicia en estos 5 años eleva por encima de 40 la lista, en torno a 8 de media por año. No es un número elevado teniendo en cuenta que el número de decisiones anuales ronda las 350-400, pero no es despreciable. Aunque en la gran mayoría de los casos se confirma la decisión de la Comisión europea, los tribunales parecen estar entrando cada vez más a fondo en las decisiones, tanto desde el punto de vista de la forma y el procedimiento como en ocasiones el análisis de fondo, y con rectificaciones sonadas a la posición de la Comisión como exploraremos más adelante. Además, y esto es muy significativo, las aportaciones de la jurisprudencia al desarrollo de la aplicación de la normativa europea de control de concentraciones han sido cualitativamente muy relevantes en este período. Es precisamente en estas aportaciones cualitativas donde voy a centrar el resto de mi análisis con 2



casos en el foco: Illumina Grail y CK Telekom⁶. Lo voy a hacer, además, bajo la lente del debate entre, por un lado, la promoción de un sistema efectivo de control de concentraciones y, por otro lado, la seguridad jurídica; la búsqueda del mejor punto de equilibrio entre ambos objetivos y, cuando procede, en el marco de las controversias y la divergencia de razonamientos entre el Tribunal General y el Tribunal de Justicia al respecto. Ello no descarta que también se utilicen otros marcos para ese análisis y de hecho será interesante ver cuál de ellos puede explicar mejor las soluciones finalmente adoptadas: podría o no ser ese dilema efectividad-seguridad jurídica.

2. ILLUMINA GRAIL: LÍMITES A LA EXPANSIÓN JURISDICCIONAL POR VÍA INTERPRETATIVA

Aunque este asunto presenta diversas vertientes, voy a centrar mi análisis en las interpretaciones que tanto la Comisión como especialmente los dos tribunales hacen del artículo 22 del ROPC y en los límites de la expansión jurisdiccional por vía interpretativa que el TJUE termina por establecer.

El caso se origina cuando Illumina, una empresa estadounidense especializada en secuenciación genética y uno de los principales actores en el mercado europeo de la genómica, anuncia su intención de adquirir Grail, una start-up estadounidense especializada en detección precoz del cáncer mediante tecnología de biopsia líquida.

Pese a la relevancia de la operación, ésta en principio no era notificable ni a la Comisión Europea ni a ninguna de las NCAs, dado que ni tenía dimensión comunitaria ni cumplía con los criterios de notificación a nivel nacional. Hay que tener en cuenta que Grail no tenía todavía actividades en Europa, por lo que no cumplía los umbrales de volumen de negocios y cuotas de mercado que en aquellos tiempos existían a nivel europeo y/o nacional. Sin embargo, la Comisión Europea invitó a las autoridades nacionales a valorar la remisión del caso a la luz de sus Orientaciones sobre el artículo 22 ROPC⁷. La Autoridad francesa de la competencia, a la que se

6 Sentencia del Tribunal General (Sala Primera ampliada) de 28 de mayo de 2020, CK Telecoms UK Investments Ltd contra Comisión Europea, asunto T-399/16, ECLI:EU:T:2020:217 y Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de julio de 2023, Comisión Europea contra CK Telecoms UK Investments Ltd, asunto C-376/20 P, ECLI:EU:C:2023:561.

7 Comisión Europea, Orientaciones sobre la aplicación del mecanismo de remisión establecido en el artículo 22 del Reglamento n° 139/2004 a determinadas categorías de casos, DO 2021, C 113, p. 1.



sumarán después otras autoridades nacionales, finalmente remitió el caso a la Comisión Europea.

La decisión fue recurrida de inmediato por Illumina, que alegó que la Comisión carecía de competencia para examinar una operación no sujeta a requisitos nacionales de notificación, cuestionando frontalmente la interpretación expansiva —y muy controvertida— que la Comisión Europea había realizado en sus Orientaciones sobre el artículo 22 ROPC. De este modo, el caso se va a convertir en el campo de prueba y de debate sobre los límites a esa interpretación expansiva de la Comisión y a la búsqueda del punto de equilibrio adecuado entre la efectividad del sistema de control y la seguridad jurídica/previsibilidad dentro del marco legal existente.

En 2022, el Tribunal General respaldó la posición de la Comisión, concluyendo que el artículo 22 ROPC permitía las remisiones incluso en ausencia de una obligación nacional de notificación⁸.

Se basó para ello en una interpretación no sólo literal sino también histórica, contextual y sobre todo teleológica.

La interpretación literal permitía esta interpretación expansiva y hasta parecía apoyarla al establecer que «Uno o varios Estados miembros podrán solicitar a la Comisión que examine **cualquier concentración** que se ajuste a la definición del artículo 3 y que no tenga dimensión comunitaria en el sentido del artículo 1, pero que afecte al comercio entre Estados miembros y amenace con afectar de forma significativa a la competencia en el territorio del Estado miembro o de los Estados miembros que presentan la solicitud»⁹ (énfasis añadido)¹⁰.

Según el Tribunal General las interpretaciones histórica, contextual y teleológica apoyaban esa interpretación.

Desde un punto de vista histórico, el Tribunal encontró, en el Green Paper de reforma del control de concentraciones y varias de las reformas del propio reglamento, elementos que sugerían que el uso del mecanismo de remisión del artículo 22 no se restringía a supuestos en los que la opera-

8 Sentencia del Tribunal General de 13 de julio de 2022, Illumina/Comisión, asunto T-227/21, EU:T:2022:447. Para una crítica a esta sentencia, véase por ejemplo E.H Kim & M. Marquis, «Illumina/Grail, Chapter 1: The Unexpectedly Broad Merger Control Powers of the European Commission» (2023) 44(4) European Competition Law Review 162.

9 Artículo 22.1 ROPC.

10 Sentencia TG Illumina, ap. 91.



ción fuese notificable según la legislación nacional. En especial, el Tribunal General prestó atención a la historia de la introducción del mecanismo del artículo 4.5 ROPC, que aludía a «concentraciones susceptibles de ser analizadas en virtud de la normativa nacional en materia de competencia de al menos tres Estados miembros» y su diferencia con el artículo 22 que, según el Tribunal General, no se quiso modificar para introducir una referencia similar a la necesaria competencia nacional sí mencionada en el artículo 4.5¹¹.

Desde un punto de vista contextual, el Tribunal General aludió a los artículos 352 y 103 TFUE, así como a algunas expresiones relativas al propio procedimiento de remisión del artículo 22 en sus párrafos 2 a 5, para apoyar su interpretación¹².

Pero sobre todo, el Tribunal General se basó en una interpretación teleológica, basada en el objetivo del propio reglamento (y de su sistema de reenvíos) de garantizar un sistema de control efectivo que pudiera capturar concentraciones que dañasen la competencia y consideró que las nuevas Directrices de la Comisión se enmarcaban dentro del margen que el Reglamento y en especial su artículo 22 permitían¹³. Para él, el mecanismo de remisión tenía una naturaleza correctiva que buscaba completar el sistema de umbrales, permitiendo remitir a la Comisión Europea todas aquellas concentraciones que, sin tener dimensión comunitaria, sí pudiesen afectar a la competencia en el territorio de los Estados miembros remitentes.

No obstante, en su sentencia de septiembre de 2024 sobre el caso *Ilumina/Grail*, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea rechazó la ampliación interpretativa del artículo 22 ROPC que venía promoviendo la Comisión¹⁴. Consideró que no puede aceptarse la remisión de una operación por parte de un Estado miembro que carece de competencia para revisarla conforme a su propio Derecho nacional. Con ello, el TJUE dio preeminencia a los principios de seguridad jurídica y previsibilidad en materia de control de concentraciones, al limitar el alcance de las remisiones a aquellas situaciones expresamente previstas en la normativa vigente.

11 Ibid., ap. 96 y ss. Véase también la sentencia en casación en ap. 138, 140 y 143.

12 Ibid., ap. 118 y ss. Véase también la sentencia en casación en ap. 162 a 173 sentencia TJUE.

13 Ibid., ap. 140 y ss. Véase también la sentencia en casación en ap. 181-189 sentencia TJUE.

14 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 3 de septiembre de 2024. *Ilumina, Inc. y Grail LLC contra Comisión Europea*, asuntos acumulados C-611/22 P y C-625/22 P; ECLI:EU:C:2024:677.



El Tribunal de Justicia aceptó que la interpretación literal permitía una interpretación como la promovida por el Tribunal General, pero consideró que tal interpretación literal no era decisiva y que era indispensable completarla con la interpretación histórica, contextual y teleológica¹⁵. Y al aplicarlas llegó a la conclusión contraria de la alcanzada por el Tribunal General.

En cuanto a la interpretación histórica, el TJUE dejó claro que el artículo 22 ROPC fue creado inicialmente para permitir reenvíos desde Estados que no tenían un mecanismo propio a nivel nacional¹⁶ y que, más allá de eso, no existía en los trabajos preparatorios ni posteriormente ninguna prueba sólida de que se pretendiese extender a todas las concentraciones sin dimensión comunitaria que pudieran tener efectos en el territorio europeo, sino más bien lo contrario: parecía evidente que el sistema no pretendía que todas esas concentraciones se pudiesen remitir¹⁷.

En cuanto a la interpretación contextual, al TJUE no le parecen convincentes ninguno de los argumentos del Tribunal General al respecto¹⁸ y además menciona otros contextuales que debieron tenerse en cuenta, en especial que en las remisiones del artículo 22 es el Estado remitente quien cede a la Comisión su competencia para decidir el asunto y para tener esa competencia la operación ha de tener competencia previa, es decir la operación ha de ser revisable según su legislación nacional¹⁹.

Por último, en cuanto a la interpretación teleológica, el TJUE empieza por resaltar la importancia de la seguridad jurídica y la previsibilidad en el sistema de control de concentraciones²⁰. Los operadores deben poder conocer qué operaciones han de notificarse y se van a controlar. Para el TJUE, la remisión del artículo 22 ROPC sí tiene una naturaleza correctiva, pero solo para, por un lado, remitir casos cuando el Estado no tiene una normativa de concentraciones a nivel nacional y, por otro lado, para preservar o promover el sistema de ventanilla única y favorecer que el caso pueda ser decidido por la Comisión Europea en vez de por varias autoridades nacionales²¹.

Esta resolución marca un giro relevante en el actual debate sobre el control de concentraciones, al cuestionar el uso expansivo de mecanismos como

15 Ibid., ap. 121-123.

16 Ibid., ap. 147. En su origen, Países Bajos. Por eso, se la denominó «cláusula holandesa».

17 Ibid., ap. 148.

18 Ibid., ap. 172-175.

19 Ibid., ap. 177-180.

20 Ibid., ap. 186.

21 Ibid., ap. 192 y 200.



el artículo 22 ROPC para sortear las limitaciones de los umbrales de notificación tradicionales, y reabre el debate sobre la necesidad de una reforma estructural del marco normativo europeo. Son especialmente interesantes a este respecto los comentarios del Abogado General en este asunto:

«No excluyo en absoluto que, en un mundo basado cada vez más en la “economía 2.0”, pueda ser deseable, y quizás incluso necesario, modificar los actuales umbrales para el examen de las concentraciones. En este contexto, puede ser interesante observar que, muy recientemente, dos Estados miembros (Austria y Alemania) han modificado su legislación nacional para incluir umbrales basados en los valores de las operaciones. Otros Estados utilizan umbrales de competencia diferentes, concebidos específicamente para permitir el examen de las concentraciones aun cuando la sociedad afectada no genere ingresos locales (como el “criterio de la cuota de suministro”, en el caso del Reino Unido). Evidentemente, pueden estudiarse estas y otras opciones a efectos de modificar el Reglamento de concentraciones de la Unión. **Pero es al legislador de la Unión, y no a la Comisión, a quien incumbe esta tarea**²². (énfasis añadido).

Creo que este último inciso está no sólo en el núcleo de las conclusiones del Abogado General sino también en el de la sentencia final del TJUE y nos puede servir de eje para interpretar todo lo que ha pasado en este caso y la posición final del TJUE.

A mi modo de ver, la Comisión, llevada por su legítimo interés en examinar concentraciones que no tenían dimensión comunitaria ni tampoco eran revisables a nivel nacional, pero que podían causar potencialmente importantes daños a la competencia en el Mercado Común (por ejemplo, posibles killer acquisitions²³), se aventuró a una interpretación demasiado expansiva del artículo 22 ROPC.

La Comisión podía haber optado por proponer una reforma del reglamento para cambiar el sistema de umbrales o rediseñar el sistema de remisiones con claridad, pero las dificultades y riesgos del proceso le llevaron a descartar esta opción. Dificultades, puesto que la reforma, al tener que

22 Conclusiones AG Emiliou presentadas en los asuntos acumulados Illumina y Grail/Comisión (C-611/22 P y C-625/22 P, EU:C:2024:264), ap 220.

23 El debate sobre este tipo de adquisiciones ha sido una constante en los últimos años. Véase C Cunningham et al, «Killer Acquisitions» (2021) 129 Journal of Political Economy 649; G Crawford et al, ««How tech rolls»: Potential competition and «reverse» killer acquisitions»» (Vox EU, 11 May 2020); N Levy et al, «Reforming EU merger control to capture «killer acquisitions» — the case for caution» (2020) 19 Competition Law Journal 51; and M Ivaldi et al, «Killer Acquisitions: Evidence from European Merger Cases» (2024) TSE Working Papers 1420, available at <<https://www.tse-fr.eu/>>



basarse parcialmente en el artículo 352 TFUE, requería unanimidad y el consenso no hubiera sido fácil. Y, en todo caso, hubiera requerido tiempo y probablemente un proceso largo. Es verdad que el Reglamento preveía un procedimiento especial para cambiar los umbrales y los criterios por mayoría cualificada en el artículo 1.5, pero existían dudas sobre la posibilidad de utilizarlo, dado que de su lectura podía interpretarse que se previó solo como continuación al informe previo de antes de 2009 al que aludía el artículo 1.4. Además, se hubiera corrido el riesgo de abrir el campo de la reforma a otros temas en momentos complicados políticamente²⁴. Todo ello, unido a que el artículo 22 ROPC, en su tenor literal, dejaba el campo abierto a interpretaciones amplias, pudo llevar a la Comisión a preferir esta opción, aun a sabiendas de que iba a ser controvertida. Aunque generaba una cierta inseguridad, confiaba en que sus Orientaciones y un uso mesurado serían positivos para un control europeo más útil, efectivo y completo, colmando algunas de las lagunas existentes.

La interpretación no resultó tan cuestionada como cabía pensar inicialmente, pues el Tribunal General, como hemos visto, llegó incluso a respaldarla en una primera instancia, pero con argumentos poco sólidos y convincentes, como ha terminado dictaminando el TJUE.

La clave final está en la naturaleza correctiva del mecanismo de remisión y sus objetivos que, a mi modo de ver, están ligados estrechamente con la promoción del principio de ventanilla única. Adquiere todo su sentido cuando una misma concentración sin dimensión comunitaria sería revisable en varios Estados miembros, lo que llevaría a procedimientos paralelos ante diversas autoridades bajo diferentes normativas, con todos los riesgos e ineficiencias que ello implica. Más allá de este escenario, no dejaba de ser sorprendente que se quisiera remitir un caso que no era revisable según la normativa nacional, que se quisiera ceder una competencia que en el fondo no se tenía (y no por ausencia de una normativa nacional de control de concentraciones, que sí era una de las previsiones iniciales).

Cabría pensar que ante el dilema efectividad-seguridad jurídica/previsibilidad, el Tribunal General prefirió optar por promover la efectividad del sistema de control (lo que hubiera llevado a ampliar por vía interpretativa

24 Algunos Estados miembros muy relevantes (Francia y Alemania) habían tenido no hacía mucho un desacuerdo importante con la Comisión sobre la prohibición, indeseable para ellos, de la fusión Siemens-Alstom en la que habían llegado a amenazar incluso con promover cambios en el Reglamento para evitar nuevos casos parecidos en el futuro.



las competencias de la Comisión Europea y el alcance de su control, aunque siempre por remisión de los Estados miembros), mientras que el TJUE optó por garantizar la seguridad jurídica y la previsibilidad del propio sistema ya diseñado. Pero atención porque detrás de la decisión del TJUE puede latir más un dilema de atribución de competencias entre la Unión Europea y sus Estados miembros y de los propios límites de la vía interpretativa de expansión de las competencias, una cuestión más de carácter cuasi constitucional que un debate entre principios sustantivos. Tras el estudio de las dos sentencias, queda la sensación de que los argumentos para defender una interpretación expansiva eran poco sólidos y un tanto forzados.

Sea como fuere, el mensaje final es claro: si se quiere esa ampliación jurisdiccional —que puede ser loable²⁵— no se puede imponer por vía interpretativa, sino que debería canalizarse a través de una reforma legislativa (y no corresponde, por tanto, a los Tribunales, sino al poder legislativo europeo). Habrá que ver si la Comisión utiliza su poder de iniciativa legislativa o al menos explora esta posibilidad y, en su caso, cuáles son sus tiempos. Por ahora, no parece haber movimientos significativos en esta dirección.

Alternativamente, cabe pensar que la solución pase por la iniciativa de los Estados miembros, quienes pueden modificar sus normativas nacionales para ampliar los casos revisables. Si lo hacen y, además, buscan otros criterios que no sean los de umbrales de negocios o cuotas de mercado, sino que tengan en cuenta el valor de la transacción u otros, ello podría conllevar una ampliación de las competencias nacionales. Una vez que las operaciones sean revisables a nivel nacional, el artículo 22 ROPC podría ser plenamente operativo de nuevo para remitir el caso a la Comisión Europea. De hecho, algunos Estados miembros ya tomaron esta iniciativa antes incluso de la sentencia del TJUE en el asunto *Illumina Grail* y otros lo han explorado después. Puede ser un modo indirecto de favorecer que nuevos casos (entre ellos también eventuales *killer acquisitions*) puedan ser revisados a nivel nacional o a nivel europeo y colmar en parte la posible laguna existente. Si esto conlleva más o menos seguridad jurídica y previsibilidad dependerá

25 Para una discusión de los riesgos de extender ciertas soluciones, en la línea de las Orientaciones de la Comisión, a través de una reforma del Reglamento, véase A. Burnside & A. Kidane, «Double Dutch: *Illumina/Grail*, Article 22 and the General Court» (2024) 8(3) *Competition Law & Policy Debate* 140, 149; and R. Fadi-ga, «Novel Merger Control Practices Expanded the Commission's Jurisdiction to Review Concentrations beyond EUMR Thresholds» (2024) 15(1) *Journal of European Competition Law & Practice* 3, 13, y P. Whelan, *EU-Level Jurisdiction Over «Killer Acquisitions» In The Aftermath Of Illumina/Grail*, *Competition International*, December 2024, p. 8.



mucho del diseño de esos sistemas nacionales (si es solo control *ex ante* o también *ex post* y en qué condiciones). Indudablemente, sí podría contribuir a un mayor alcance y efectividad del sistema de control de concentraciones en Europa. De nuevo, sería importante encontrar el buen punto de equilibrio entre efectividad y seguridad jurídica en ese diseño.

3. CK TELECOMS: SOBRE ACOTAR EL ESTÁNDAR DE INCOMPATIBILIDAD Y EL MARGEN DE DISCRECIÓN DE LA COMISIÓN

El caso CK Telecoms es muy relevante, en primer lugar, porque el Tribunal tuvo la oportunidad de definir, por primera vez, cómo se aplica la prueba del *test* de compatibilidad (obstaculización significativa de la competencia efectiva, SIEC en sus siglas en inglés) en el contexto de concentraciones que no crearían ni reforzarían una posición dominante. Pero también porque se ha abierto un debate muy importante tanto entre los Tribunales UE (Tribunal General y Tribunal de Justicia de la UE) como en la doctrina sobre el estándar de prueba y la revisión jurisdiccional de estos asuntos que va a afectar al margen de discreción que la Comisión pueda tener en el futuro en estos escenarios²⁶. El debate es trascendente especialmente en un momento geopolítico como el que vivimos y con una reforma en marcha de las directrices sobre compatibilidad de las concentraciones con el Mercado Común.

El caso se centra en la revisión judicial de la decisión de la Comisión Europea en el caso Hutchison 3G UK / Telefónica UK²⁷. La compra de O2 UK por parte de Three fue prohibida por la Comisión Europea porque habría reducido el número de operadores de red móvil en el Reino Unido de cuatro a tres, limitando las opciones de los consumidores, encareciendo los precios y perjudicando la innovación. Siguiendo sus Directrices sobre

26 Véanse, entre otros, G Monti, «EU Merger Control After CK Telecoms UK Investments v. Commission» (2020) 43 World Competition 447; K Fountoukakos and C Puech-Baron, «Towards a Higher Standard of Proof and a More Interventionist Judicial Review in Antitrust Cases Involving Complex (Economic) Assessments Following CK Telecoms?» (2020) 11 Journal of European Competition Law & Practice 460; E Deutscher, «Prometheus Bound? — The Uncertain Future of the Unilateral Effects Analysis in EU Merger Control after CK Telecoms» (2022) 18 Journal of Competition Law & Economics 323 or P. Ibañez, «Judicial review in EU merger control: towards deference on issues of law?», European Law Open. 2025;4(3):441-463. doi:10.1017/elo.2025.10016.

27 Comisión Europea, Decisión de 11 de Mayo de 2016, Caso M.7612 — Hutchison 3G UK/Telefónica UK. Se puede encontrar un resumen de la decisión en español en DO C 357 de 29.9.2016, pp. 15-28.



concentraciones horizontales, la Comisión realizó un examen global de los factores en juego (reiterando que no es indispensable tener en cuenta todos y cada uno de los factores que, de forma no exhaustiva, se mencionan en ellas)²⁸. A efectos de la revisión judicial posterior es importante señalar también que la Comisión precisó: por un lado, que dos partes pueden ser consideradas competidores cercanos en el sentido de las Directrices sin ser necesariamente los competidores «más» cercanos²⁹; y por otro, que una fuerza competitiva importante no tiene por qué ser «particularmente importante» y, por lo tanto, no tiene por qué ser la destacada en relación al resto de operadores³⁰.

El Tribunal General anuló la decisión de la Comisión en 2020³¹. Es interesante ver cómo el Tribunal endurece los requisitos para probar la incompatibilidad:

- Por ejemplo, según el Tribunal General, no bastaría con demostrar que las partes son competidores cercanos, como argumentó la Comisión en su decisión. Sería necesario probar que son competidores «particularmente» cercanos; es decir, que existe algo en la relación competitiva entre las partes que es cualitativamente diferente de la relación con los otros competidores, en particular cuando sus productos se consideran los «únicos» dos sustitutos significativos entre sí³². Tal escenario ocurriría, por ejemplo, cuando las empresas fusionadas se dirigen al mismo nicho de clientes o cuando los clientes de una de las partes solo contemplan cambiarse a la otra³³.
- De igual modo, al Tribunal General no le bastaría con probar que la empresa díscola (maverick) involucrada en la concentración es una «fuerza competitiva importante». Habría que demostrar que es una fuerza competitiva «particularmente importante», para lo que debe ejercer una presión competitiva claramente destacada en relación con la del resto de rivales³⁴. No sería suficiente con agregar más dinamismo al mercado, ni siquiera con ser una fuente relevan-

28 Véanse ap. 313 y 321 de la decisión.

29 Ibid, ap. 324.

30 Ibid., ap. 326.

31 Sentencia del Tribunal General (Sala Primera ampliada) de 28 de mayo de 2020, CK Telecoms UK Investments Ltd contra Comisión Europea, asunto T-399/16, ECLI:EU:T:2020:217.

32 Ibid, ap. 241.

33 Ibid., ap. 246 y 248.

34 Ibid., ap. 174.



te de dinamismo, sino que habría que probar que es la «principal responsable» de disciplinar el comportamiento del resto de los oligopolistas.

- El Tribunal General, basándose en el Preámbulo del ROPC³⁵, introduce un *test* o prueba general adicional, que no debe confundirse ni equipararse con los factores definidos por la Comisión en sus Directrices³⁶. Consistiría en demostrar cumulativamente que la concentración implicaría la desaparición de importantes presiones competitivas que las partes en la concentración ejercían entre sí, así como una reducción de la presión competitiva sobre los competidores restantes.

El resultado final es que, en estos escenarios, sería mucho más difícil para la autoridad demostrar que se cumple el *test* SIEC y por lo tanto prohibir una concentración e incluso plantear objeciones a la operación. Evidentemente, esto restringiría muy sustancialmente también el margen de discreción de la Comisión Europea al someter el examen a una serie de parámetros (y requisitos) mucho más concretos y difíciles de cumplir. Esto no sería solamente un efecto colateral, sino que es precisamente lo que el Tribunal General, muy conscientemente, estaba persiguiendo con su sentencia. El Tribunal quería evitar que, en mercados oligopolísticos, la Comisión pudiese prácticamente siempre, o al menos con gran facilidad, constatar la existencia de un caso positivo de SIEC. Y le parece que tal sería el caso en estos mercados pues, sin concretar y endurecer los parámetros, sería fácil demostrar que las partes eran competidores cercanos (en cierta medida al menos) o que se reduciría una presión competitiva relevante³⁷. El riesgo que esta conclusión podría conllevar es que al final fuese muy difícil (al menos mucho más difícil que antes) condenar este tipo de concentraciones y por tanto se ampliase demasiado el riesgo de falsos negativos.

Se podría interpretar que el Tribunal General está priorizando en este caso la seguridad jurídica y la previsibilidad para los operadores al acotar el margen de discreción de la Comisión Europea. Sería también una forma de evitar que, al mezclarse las cuestiones de Derecho y las valoraciones

35 En particular el considerando 25 del ROPC.

36 Asunto T-399/16 CK Telecoms, ap. 173.

37 Véase por ejemplo el ap. 174 de la sentencia en la que, en relación al requisito de reducción de una «fuerza competitiva importante», considera que cualquier empresa en un mercado oligopolístico estaría prácticamente en esa situación pues sería raro que no ejerciese presión competitiva (en cierta medida) relevante.



de hecho en este tipo de evaluaciones complejas, la revisión judicial tuviese que limitarse a errores manifiestos³⁸. Contribuiría por tanto a ampliar en la práctica el ámbito de lo que es una revisión judicial plena. Esto es especialmente relevante en un momento como el actual en el que está en proceso la reforma de las directrices y todo apunta a que habrá más margen para incluir otros criterios menos tradicionales o más difíciles de medir como los de resiliencia, autonomía estratégica o innovación en el examen de compatibilidad.

No obstante, el Tribunal de Justicia casó la sentencia del Tribunal General y reenvió el asunto de nuevo a dicho Tribunal para su reexamen³⁹.

En primer lugar, para el Tribunal de Justicia es un error de Derecho considerar que, en estos escenarios, sólo se puede prohibir cuando se demuestren cumulativamente dos requisitos: que la concentración implicaría tanto la desaparición de importantes presiones competitivas que las partes en la concentración ejercían entre sí, como una reducción de la presión competitiva sobre los competidores restantes⁴⁰. Para el TJUE, aceptar la posición del Tribunal General resultaría incompatible con el objetivo del ROPC consistente en establecer un control efectivo de todas las concentraciones que obstaculicen de forma significativa la competencia efectiva en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo, incluidas las que dan lugar a efectos no coordinados⁴¹. Además, implicaría que la desaparición de las importantes presiones competitivas que las partes en la concentración ejercían entre sí y el incremento unilateral de los precios que podría resultar de aquella nunca serían suficientes, por sí mismos, a efectos de demostrar la concurrencia del *test* SIEC⁴². Y ninguna de estas consecuencias son aceptables ni acordes con el sistema de control europeo de concentraciones.

En relación con el significado de una «fuerza competitiva importante», el TJUE no aceptó la interpretación del Tribunal General que exigía que fuese «particularmente importante», sino que bastará para considerar a la empresa como díscola o maverick con que la influencia de la empresa en el proceso competitivo sea más importante de lo que su cuota de mercado u

38 Véase en este sentido, P. Ibañez, cit supra.

39 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de julio de 2023, Comisión Europea contra CK Telecoms UK Investments Ltd, asunto C-376/20 P, ECLI:EU:C:2023:561. La sentencia sigue en buena medida las conclusiones de la AG Kokott, ECLI:EU:C:2022:817.

40 Asunto C-376/20 P Commission v CK Telecoms, ap. 114.

41 Ibid., ap. 113.

42 Ibid., ap. 112.



otros indicadores similares podrían sugerir⁴³, lo que a su vez habilita a que más de una empresa pueda ser considerada «fuerza competitiva importante»⁴⁴. Tampoco es indispensable que sea una empresa «particularmente agresiva» en ese mercado⁴⁵.

Respecto al indicador de «competidores cercanos o inmediatos», el TJUE dictaminó que no es necesario demostrar que dos partes son «los competidores más inmediatos» o al menos «competidores particularmente inmediatos». Exigir tal nivel, como hacía el Tribunal General, era requerir un nivel de sustituibilidad muy elevado entre los productos de esas partes en un mercado de productos diferenciados y el TJUE concluye que no se exige necesariamente ese nivel de sustituibilidad⁴⁶. El grado de sustituibilidad debe poder evaluarse en un continuo: un grado de proximidad de la competencia mayor entre las partes de una operación de concentración puede constituir un indicio de que es más probable que se cumpla el *test* SIEC y un menor grado de proximidad puede constituir un indicio en el sentido contrario⁴⁷.

Resulta también interesante el recordatorio del TJUE al Tribunal General de que la evaluación de la Comisión no se debe considerar fallida por el mero hecho de que algunos de los factores cuestionados en el procedimiento hayan sido erróneamente apreciados. El TJUE insiste que se debe valorar si otros factores analizados y la valoración global de la Comisión en su decisión (algunos de los cuales no se cuestionaron y por tanto deben ser considerados probados) son suficientes para confirmar el SIEC. No hacerlo es un importante error de Derecho que justifica la casación de la sentencia y el reenvío del caso para su reexamen al Tribunal General⁴⁸.

El resultado final es que, en estos escenarios, se restituye la situación anterior en la que la autoridad recupera una menor exigencia para demostrar que se cumple el *test* SIEC, elevando sus posibilidades de plantear objeciones a este tipo de operaciones. Evidentemente, esto restituye también el margen de discreción de la Comisión. El riesgo que esta conclusión podría conllevar

43 Ibid., ap. 167. Tal y como decía ya el ap. 37 de las Directrices sobre las concentraciones horizontales.

44 Ibid., ap. 163. Tal y como decía ya el ap. 38 de las Directrices sobre las concentraciones horizontales.

45 Ibid., ap. 162.

46 Ibid., ap. 189.

47 Ibid., ap. 188. Ya apuntaban en este sentido también las Directrices sobre concentraciones horizontales (ap. 28) y las conclusiones de la AG Kokott (ap. 121).

48 Ibid., ap. 269 y 270.



es que al final fuese más fácil de lo deseable condenar este tipo de concentraciones y por tanto se ampliase demasiado el riesgo de falsos positivos. No tendría que ocurrir siempre, pero podría tener lugar si la Comisión así lo valorase, dentro del margen de discreción restituido.

Se podría interpretar que el TJUE está priorizando en este caso la efectividad del control de concentraciones, entendido como la posibilidad de plantear objeciones a la concentración, frente a la seguridad jurídica y la previsibilidad para los operadores. Al aumentar el margen de discreción de la Comisión Europea, esto podría tener a su vez un impacto en el alcance de la revisión judicial: al mezclarse las cuestiones de Derecho y las valoraciones de hecho en este tipo de evaluaciones complejas, la revisión judicial podría verse limitada en la práctica más a errores manifiestos, a estándares de razonabilidad o una revisión más orientada al proceso (process-oriented)⁴⁹. Esto a su vez puede tener sus riesgos (o ser deseable, según la perspectiva con la que se analice) en un momento de reforma de las directrices con la posible futura inclusión de nuevas teorías del daño o incluso de criterios menos tradicionales o más difíciles de medir. Es verdad que el margen de discreción tendría, de todas maneras, sus límites, puesto que el TJUE ha dejado muy claro que tiene poderes de revisión judicial plena en todas las cuestiones de Derecho⁵⁰ y siempre podría reclamar esos poderes para confirmar o desestimar determinados desarrollos que la Comisión quisiera intentar. Pero también es verdad que, en la práctica, y sin parámetros claros y fijados de antemano que puedan servir de referencia, la aplicación caso a caso probablemente se va a imponer y con ella una revisión judicial más limitada en su alcance.

4. CONCLUSIONES

Primera. La propia naturaleza del control europeo de concentraciones y su diseño sugeriría que la revisión judicial, más allá de algunas cuestiones de procedimiento o formales, fuese escasa, casi anecdótica, especialmente en cuestiones de fondo. También que, cuando tuviese lugar, fuese contenida y, salvo casos extraordinarios, confirmara frecuentemente las valoraciones realizadas por la Comisión. Incluso inicialmente cabría pensar que, por todo ello, de esa revisión judicial no se irían a obtener grandes aportaciones para

49 Véase P. Ibáñez, cit. supra, p. 29, y F. Castillo de la Torre, «On Boxes and Paradoxes: Form and Substance in Judicial Review of Competition Decisions» (EU Law Live, 29 September 2022). Véase también K. Lenaerts, «The European Court of Justice and Process-Oriented Review» (2012) 31 Yearbook of European Law 3.

50 Case C-376/20 P Commission v CK Telecoms, ap. 126.



el desarrollo de la materia (aunque en el pasado se hayan obtenido con carácter puntual).

Segunda. Sin embargo, el análisis de los últimos 5 años de revisión judicial aporta unos resultados mucho más matizados. Más de 40 casos (más de 8 al año) es un número modesto pero apreciable. Aunque en la gran mayoría de los casos se confirma la decisión de la Comisión europea, los tribunales entran en ocasiones en profundidad, tanto desde el punto de vista de la forma y el procedimiento como en ocasiones el análisis de fondo, y con rectificaciones sonadas a la posición de la Comisión y debates muy interesantes entre los dos Tribunales UE. La mayor parte de los casos se originan lógicamente por recursos de anulación, pero puede haber también, aunque en mucha menor medida y con carácter más excepcional, cuestiones prejudiciales interesantes como demuestra el caso Towercast. Además, las aportaciones de la jurisprudencia al desarrollo de la aplicación de la normativa europea de control de concentraciones han sido cualitativamente muy relevantes en este período, especialmente con los casos *Illumina Grail* y *CK Telekom* (también *Towercast*).

Tercera. Los casos *Illumina Grail* y *CK Telekom* podrían leerse a la luz del debate entre efectividad y seguridad jurídica y, en ese caso, sin un ganador claro ni una tendencia clara de priorización de cada Tribunal. En *Illumina*, el TG priorizó la efectividad, mientras que el TJUE se movió más por la seguridad jurídica. En *CK Telekom*, el TG priorizó la seguridad jurídica, mientras que el TJUE lo hizo por efectividad. Al final, en un caso (*Illumina*) la balanza parece inclinarse a favor de la seguridad jurídica, y en otro (*CK Telekom*), más por la efectividad. Sin embargo, el dilema efectividad-seguridad jurídica no es el único marco posible de interpretación (sí, sin duda, uno de los importantes y el que más explícitamente se deduce de la lectura de las sentencias).

Cuarta. En efecto, hay otros marcos posibles de interpretación de las soluciones ofrecidas por estos casos. Tras el caso *Illumina* puede latir más un dilema de atribución de competencias entre la Unión Europea y sus Estados miembros y de los propios límites de la vía interpretativa de expansión de las competencias, una cuestión más de carácter cuasi constitucional que un debate entre principios sustantivos. Y el caso *CK Telekom* se podría leer más desde una perspectiva de modelo de revisión judicial en sede concentraciones (y por extensión quizás también de otras del Derecho de la Competencia): el dilema sobre el alcance en la práctica de la revisión judicial plena que caracteriza las cuestiones de Derecho y una revisión judicial limitada en la práctica más a errores manifiestos, a estándares de razonabilidad o una revisión más orientada al proceso (process-oriented). Desde esta perspectiva,



se podría concluir que el TJUE en *Illumina* envía el mensaje de alta exigencia a la hora de hacer una interpretación expansiva de las competencias de la Unión Europea. Exigencia que no vio satisfecha en el caso concreto porque las razones y argumentos no le resultaron convincentes. Y en *CK Telecom*, la opción por un modelo de revisión menos invasivo de la actuación de la Comisión (que deja mayor margen de discreción a la Comisión) y menor alcance en la práctica de la revisión judicial plena.

Quinta. Sea como fuere, en *Illumina* el TJUE cierra definitivamente un debate que la Comisión había abierto con sus Orientaciones sobre el artículo 22 ROPC. Si se quiere esa ampliación jurisdiccional —que puede ser loable, aunque su diseño sería controvertido— no se puede imponer por vía interpretativa, sino que debería canalizarse a través de una reforma legislativa (y no corresponde, por tanto, a los Tribunales, sino al poder legislativo europeo). Con ello quedan abiertos otros dos debates: primero, ver si la Comisión utiliza su poder de iniciativa legislativa o al menos explora esta posibilidad y, en su caso, cuáles son sus tiempos, de qué modo y con qué alcance. Por ahora, no parece haber movimientos significativos en esta dirección; segundo, si, alternativamente, se producen cambios en las normativas nacionales de control de concentraciones que amplíen su alcance, lo que a su vez implicaría nuevas posibilidades de remisión bajo el artículo 22 ROPC. Se están produciendo ya movimientos muy significativos a este respecto que bien merecen un estudio específico; y tercero, si estas evoluciones colman satisfactoriamente la laguna existente que se pretendía colmar con las Orientaciones de la Comisión (captura de *killer acquisitions* y otros supuestos que merezcan examen a nivel europeo). Una puerta se cierra y otras se abren, a las que habrá que estar muy atentos.

Sexta. En *CK Telecom*, la conclusión no es tan contundente. Primero, porque el TJUE ha reenviado de nuevo el caso al TG para su reexamen, por lo que habrá que ver qué sentencia se dicta y si se recurre de nuevo ante el TJUE. La saga puede pues continuar. Segundo, porque la decisión sobre el modelo europeo de revisión judicial de las concentraciones está lejos de haberse cerrado: *CK Telecom* apunta a una posible dirección, cerrando un intento del TG de concretar más los criterios de compatibilidad y acotar el margen de discreción de la Comisión, pero no se excluye que el TG (o el propio TJUE) intenten en el futuro otras propuestas (como ya se hizo por ejemplo con la jurisprudencia *Airtours*⁵¹ en los casos de posición dominante

51 Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Quinta ampliada) de 6 de junio de 2002, *Airtours plc* contra Comisión de las Comunidades Europeas, asunto T-342/99, *Airtours*, ECLI:EU:T:2002:146.



colectiva). Tampoco cabe excluir que la Comisión tome la iniciativa, bien en la reforma de las directrices o en nuevos casos (y los Tribunales tengan que terminar pronunciándose al respecto). Es menos probable puesto que estaría recortando su propio margen de discreción, pero no sería la primera vez que lo hace, como lo demuestran otras directrices que ha adoptado en el pasado en otras áreas del Derecho de la Competencia (verticales o abuso, por ejemplo).

Séptima. En todo caso, la jurisprudencia revisada permite concluir que la revisión judicial de control europeo de concentraciones, incluso si escasa, ha sido muy relevante durante el período examinado, tanto en aspectos jurisdiccionales como sustantivos, y contribuye significativamente al desarrollo de la materia, cerrando determinadas vías y abriendo otras, condicionando el modelo de revisión judicial en sede concentraciones al menos, aunque no se descarte un impacto indirecto en otras áreas del Derecho de la Competencia y otras áreas del Derecho UE. Los debates entre los dos Tribunales UE no hacen sino enriquecer los resultados. Bienvenidos sean.



ESTUDIOS

En esta obra colectiva tratamos de identificar las tendencias recientes y los desafíos de futuro en la revisión judicial de las decisiones de las autoridades de competencia, tanto europea como nacionales. Dentro de la aplicación del Derecho de la Competencia, analizamos tanto el ámbito de las restricciones privadas (acuerdos restrictivos, abuso de posición de dominio y concentraciones empresariales) como el de las restricciones públicas (ayudas de Estados derechos exclusivos y especiales u otras).

El análisis se centra principalmente en los últimos 5 años de revisión judicial en el ámbito europeo (decisiones de la Comisión Europea) y español (decisiones de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, CNMC, y también de algunas autoridades autonómicas seleccionadas). El objetivo es reflexionar sobre la evolución de esta revisión judicial, del papel del juez y de su impacto en el desarrollo del Derecho de la Competencia.

Es uno de los resultados finales del Proyecto de I&D de Plan Nacional «Jueces y Derecho de la Competencia» (Ref. PID2020-115314GB-I00, Ministerio de Ciencia e Innovación) que lideramos desde el Centro de Política de la Competencia y Regulación de la Universidad CEU San Pablo (cpcr.eu) con la cooperación a lo largo del proyecto de la CNMC, la Asociación Española de Defensa de la Competencia (AEDC), la Red Académica de Defensa de la Competencia (RADC) así como de numerosos expertos de las autoridades, la academia, el mundo profesional y la judicatura.

Será de gran utilidad para todos los interesados en el Derecho de la Competencia, y en las tendencias de revisión judicial: abogados, autoridades de competencia, académicos, analistas, operadores económicos, jueces, consultores económicos, estudiantes..., todos ellos encontrarán en sus páginas apoyo para comprender mejor las grandes tendencias e identificar su impacto en la evolución de la materia.

Si quieres adquirir esta obra haz click aquí



ISBN: 978-84-1085-976-0



EN-02802005



GA-20050100