

Isabel Álvarez Fernández del Vallado*

DINÁMICAS DE CONCENTRACIÓN EN MERCADOS DIGITALES Y SU CONTROL

La irrupción de las nuevas tecnologías y el avance de la digitalización han generado un debate sobre la necesidad de llevar a cabo una revisión del mecanismo de control de concentraciones. A lo largo de los últimos años se ha apreciado una tendencia por parte de los grandes operadores de estos mercados, generalmente plataformas, a adquirir otras empresas pequeñas pero innovadoras. Algunas operaciones, por no cumplir con los umbrales requeridos por la legislación, han escapado al escrutinio de las autoridades. Asimismo, se han aprobado otras que han podido tener efectos lesivos para la competencia. Estas situaciones han propiciado la aparición de nuevas teorías del daño adaptadas a las características de estos mercados digitales, y han incentivado la elaboración de numerosos estudios e investigaciones que han resultado en recomendaciones y propuestas legislativas acordes con la nueva realidad.

Merger's dynamics and control in digital markets

The irruption of new technologies and digitalization have sparked a debate about the need of a review of the merger control mechanism. Especially given the growing trend for large incumbents, generally platforms, to acquire small and innovative nascent firms. Some of these transactions have escaped the scrutiny of competition agencies because they do not meet the thresholds required by law. Additionally, many other transactions that have been cleared may have had harmful effects on competition. These situations have led to the emergence of new theories of harm adapted to digital market features and have encouraged a great level of investigations and research resulting in recommendations, reports and legislative proposals adapted to the new reality.

Palabras clave: control de concentraciones, mercados digitales, plataformas, teorías del daño, guardianes de acceso, fusiones asesinas, innovación, competencia potencial.

Keywords: merger control, digital markets, platforms, theories of harm, gatekeepers, killer acquisitions, innovation, potential competition.

JEL: D04, K21, K23, L12, L13, L14, M48.

* Inspectora Jefe de Competencia en la Subdirección de Sociedad de la Información de la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

Contacto: isabel.alvarez@cnmc.es

Versión de enero de 2022.

<https://doi.org/10.32796/ice.2022.925.7369>

1. Introducción

Las nuevas tecnologías digitales relativas a la información y las comunicaciones han traído consigo la aparición de nuevos servicios y modelos de negocio, así como la transformación de actividades económicas ya existentes. El desarrollo de estos mercados digitales, que presentan numerosas eficiencias, pero al mismo tiempo posibles retos para la competencia, ha abierto un vivo debate sobre cuál es la respuesta óptima desde la política de la competencia y la regulación, cobrando especial relevancia la necesaria revisión de los mecanismos de control de concentraciones.

En efecto, a lo largo de los últimos años se ha apreciado una tendencia por parte de los grandes operadores de estos mercados, generalmente plataformas, a adquirir otras empresas pequeñas pero innovadoras. Algunas operaciones, por no cumplir con los umbrales requeridos por la legislación, han escapado al escrutinio de las autoridades. Asimismo, se han aprobado otras que han podido tener efectos lesivos para la competencia. Estas situaciones han propiciado la aparición de nuevas teorías del daño adaptadas a las características de estos mercados digitales, y han incentivado la elaboración de numerosos estudios e investigaciones que han resultado en recomendaciones y propuestas legislativas acordes con la nueva realidad.

Este artículo se estructura en cuatro grandes apartados, más una introducción (apartado 1) y unas conclusiones finales (apartado 6). En el apartado 2 se aporta una visión general de los actuales mecanismos de control de concentraciones, y se hace referencia a los posibles riesgos que las características especiales de los mercados digitales pueden entrañar en términos de competencia. En el apartado 3 se abordan las nuevas teorías del daño surgidas a raíz de la necesidad de adaptación a estos mercados, con especial referencia a las controvertidas teorías de *killer* y *reverse killer acquisitions*. En el apartado 4 se revisan los casos más paradigmáticos a los que se han enfrentado las autoridades de competencia en este ámbito,

tanto a nivel internacional como en el caso específico español. El apartado 5 se centra en las dos respuestas más relevantes a nivel europeo en lo que respecta a la adaptación del marco regulatorio a la esfera digital, a saber, la reinterpretación del mecanismo de remisión de operaciones de control de concentraciones de la Comisión y la propuesta de la *Digital Markets Act*.

2. Adquisición de control en los mercados digitales

Umbrales de notificación en los mecanismos de control de concentraciones a nivel europeo y nacional

La mayoría de las jurisdicciones con regímenes de derecho de la competencia poseen, en lo que respecta a los mecanismos de control de concentraciones, sistemas de notificación obligatoria, característicos en gran parte de las jurisdicciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Las encuestas más recientes de este organismo revelan que 44 de las 55 jurisdicciones encuestadas tienen un sistema obligatorio de notificación, y 52 de estas jurisdicciones utilizan el umbral de cifra de negocios como criterio —o como uno de los criterios (OECD, 2020)—.

El problema fundamental de los sistemas de notificación obligatoria es que, de no cumplir la operación de los umbrales de aviso legalmente establecidos, en muchas ocasiones la Autoridad pierde la posibilidad de examinarla, lo cual implica que se produzcan fusiones que puedan escapar fácilmente al escrutinio, dado que, salvo en ciertos sistemas como el de la Unión Europea (UE), no se establecen excepciones asociadas a la posibilidad de revisión en determinados casos. Esto pone de relevancia que los sistemas basados únicamente en el umbral de cifra de negocios no tienen posibilidad de revisar fusiones en las que dicho volumen es reducido, tal y como comprobaremos.

A nivel europeo, actualmente la normativa que rige este tipo de operaciones se encuentra contenida en

el Reglamento 139/2004 sobre el control de concentraciones entre empresas (en adelante, Reglamento), que establece los criterios bajo los cuales se considera que una operación de esta índole tiene dimensión comunitaria, recayendo su evaluación sobre la Comisión Europea (CE) de forma exclusiva y excluyente tanto en lo que respecta a conocimiento como a valoración, a la luz del principio de ventanilla única (*one stop shop*). De esta manera, las operaciones que escapen al ámbito de aplicación de la normativa europea serán evaluadas por los Estados miembros afectados —o por las autoridades de terceros— tras previamente determinarse si se superan los umbrales nacionales que establezcan los últimos, de manera que, en caso contrario, la operación no está sujeta a control.

A la hora de determinar la dimensión comunitaria se examina si los efectos de la operación analizada inciden en el territorio comunitario, evaluándose si se satisfacen los umbrales contenidos en el Reglamento. Estos se caracterizan por basarse en criterios «absolutos y objetivos», y son concretamente los volúmenes de negocios de las empresas afectadas en tres niveles (mundial, comunitario y nacional)¹.

Adicionalmente, existe en el marco el denominado mecanismo de remisión, a través del cual se establece la posibilidad de que, por un lado, la Comisión pueda llegar a analizar una concentración sin dimensión comunitaria, y por otro, una autoridad nacional pueda examinar una concentración inicialmente sometida a notificación ante la Comisión Europea, permitiéndose que la operación en cuestión sea analizada por la autoridad mejor situada para ello².

Es preciso en este punto señalar, tal y como se desarrollará más adelante, que la evolución de los mercados hasta la actualidad, fundamentalmente en lo que respecta al ámbito digital, ha puesto en evidencia la necesaria

adaptación de los umbrales de notificación a nivel europeo y en ciertos casos nacional, como respuesta a los cambios que se han producido tanto en lo que respecta a los nuevos modelos de negocio como a la naturaleza dinámica de los mismos. Ello, principalmente, debido a la incapacidad de estos umbrales de captar una serie de operaciones que, si bien por su envergadura pueden considerarse susceptibles de evaluación por parte de autoridades de competencia por su posibilidad de afectar a la misma, no han superado dichos umbrales precisamente por cómo están definidos los mismos.

Y es que efectivamente, puede apreciarse cómo los umbrales descritos previamente están únicamente asociados al nivel de facturación de las partes además de algún vínculo con el territorio afectado, siendo este el sistema escogido por múltiples Estados miembros³ y países terceros.

Existen, sin embargo, ciertos Estados miembros que han establecido umbrales adicionales, como puede ser el valor de la transacción, incluido en Alemania y Austria en el año 2017⁴, fundamentalmente a raíz de los problemas mencionados anteriormente con respecto a operaciones que escapen del escrutinio de las Autoridades por el no cumplimiento de umbrales únicamente basados en criterios de facturación; o el de cuota de mercado, que existe en Portugal, Reino Unido⁵ (aunque ya no esté en la UE) y España.

Por tanto, España posee un doble criterio cualitativo y cuantitativo, estableciendo así nuestra Ley de Defensa de la Competencia un sistema de control previo obligatorio sobre aquellas concentraciones que alcancen una determinada cuota de mercado (art. 8.1 a) o un determinado

³ Concretamente, todas las jurisdicciones europeas a excepción de Luxemburgo, que no ha promulgado normas de control de concentraciones como tal, cuentan con un umbral de notificación objetivo basado en el volumen de negocio de las partes.

⁴ Ley contra las Restricciones de la Competencia en la versión publicada el 26 de junio de 2013 (Boletín Oficial Federal I, 2013, pp. 1750, 3245), modificada por última vez por el artículo 10 de la Ley de 12 de julio de 2018 (Boletín Oficial Federal I, 2018, p. 1151). La Sección 35, que contiene el ámbito de aplicación, establece el criterio adicional al de volumen de negocios.

⁵ *Share of supply test*.

¹ Artículo 1.2 del Reglamento.

² Dichos mecanismos se encuentran establecidos en los artículos 9 y 22 del Reglamento.

volumen de negocios (art. 8.1 b), siempre que no exista la obligación de notificarlas a la Comisión Europea.

Lo cierto es que, a pesar de las críticas tanto a nivel institucional (por parte de organismos como la Comisión Europea o la OCDE, que defienden umbrales cuantitativos por ser más objetivos, claros, cuantificables y asociados a una mayor certidumbre), como a nivel académico (por parte de algunos expertos que también sostienen estos argumentos), la autoridad de competencia española considera que el establecimiento de este segundo tipo de umbral ha resultado ser muy favorable, como posteriormente se verá.

Por otro lado, en lo que respecta al sistema de remisión previamente expuesto, es importante destacar que España ha sido uno de los Estados miembros gracias a los cuales la Comisión ha tenido posibilidad de revisar algunas de esas fusiones digitales relevantes a nivel competitivo, que por no alcanzar los umbrales de cifra de negocios habrían escapado del escrutinio de las autoridades, y ello gracias a este mecanismo.

Ejemplo de ello fue el caso Apple/Shazam⁶, remitido a la UE por varias autoridades nacionales de competencia dado que, si bien no alcanzaba los umbrales de volumen de negocios de la UE, sí alcanzaba el umbral de varias, incluido el de cuota de mercado de España, de manera que varias solicitaron a la Comisión que revisara la fusión en vista de sus efectos transfronterizos. Por otro lado, en el caso Facebook/WhatsApp⁷ se cumplían los umbrales de cuota de mercado en determinados Estados miembros, entre ellos España de nuevo, y en este asunto fueron las propias partes las que, en la fase de notificación previa, solicitaron que la UE revisara la fusión.

Mercados digitales y control de concentraciones

La irrupción de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación ha dado pie a una creciente

digitalización que no solo ha tenido su reflejo en una traslación de la actividad económica a la esfera digital, sino que ha afectado profundamente a la forma en la que los operadores económicos llevan a cabo su actividad y toma de decisiones.

La aparición de nuevos modelos de negocio ha tenido repercusiones muy relevantes en lo que respecta al ámbito de fusiones y adquisiciones, lo cual ha redundado en una cada vez más acuciante necesidad de adaptación de los mecanismos y políticas de control, dado que la legislación existente hoy en día puede no ser siempre capaz de prevenir y evitar los efectos anticompetitivos que han emergido propiciados por las características de estos mercados (como pueden ser las economías de escala, de aprendizaje o los efectos de red) que, si bien pueden ser muy positivas en algunos aspectos, son susceptibles de llevar a su vez a situaciones que entrañan riesgos para la competencia.

Por tanto, el desarrollo experimentado por estos mercados tan dinámicos, y concretamente por las plataformas digitales, ha supuesto un verdadero cambio de paradigma en la economía en general dado que, si bien ciertas características de las mencionadas ya aparecían anteriormente en algunos mercados tradicionales, el contexto actual es novedoso, en el sentido de que la combinación de todos los factores anteriores y su relevancia hace que algunos mercados sean más propensos a la *concentración* y a la *dominancia*, ya que solo un número reducido de operadores alcanzará la suficiente masa crítica como para ser competitivos. En este sentido, los mercados digitales aumentan el poder natural de los grandes actores con gran rapidez, de manera que el panorama tecnológico y económico cambia de forma muy veloz y disruptiva.

En consecuencia, si bien es innegable que existen ventajas derivadas de todas las características descritas (como pueden ser la aparición de eficiencias, la creación de valor para el consumidor, el incentivo a la autorregulación o la aparición del efecto procompetitivo de intento de innovar por parte de las empresas instaladas por el surgimiento de nuevos modelos de negocio

⁶ Caso M.8788 (2018).

⁷ Caso M.7217 (2014).

en los mercados), lo cierto es que también se produce esa tendencia a la concentración, decantándose el mercado (*market tipping*) por esos pocos grandes operadores (*gatekeepers*)⁸. De esta forma, el poder de mercado se erige en torno a las grandes y escasas plataformas ganadoras (*winner-takes-it-all/almost all*). Estas pueden identificar potenciales rivales para replicar su estrategia competitiva o eventualmente adquirirlos, apareciendo así problemas para los nuevos entrantes, que no tienen ni escala ni experiencia suficiente como para atraer a nuevos usuarios (*chicken and egg problems*).

Asimismo, la combinación de esos factores y características asociadas a los mercados digitales propicia la aparición de ecosistemas digitales de productos y servicios complementarios que, centrados en el servicio principal, ofrecen una línea de productos y servicios con una vinculación tecnológica que aumenta la complementariedad entre ellos. Dicha complementariedad, si bien puede ser atractiva para los usuarios, provoca que estos muchas veces queden atrapados en ese ecosistema (dinámicas de *lock-in*), en ocasiones por los elevados costes de cambio (*switching costs*), reduciéndose los incentivos al pertenecer a varias plataformas (*single-homing* en detrimento del *multi-homing*), redundando ello en una reducción en la presión competitiva.

Además, estas plataformas adquieren la posibilidad de recolectar, analizar y agregar grandes cantidades de datos, lo que lleva a que los ecosistemas digitales puedan generar importantes beneficios y una ventaja comparativa frente a las empresas competidoras que no puedan acceder a los mismos. Esto lleva a su vez a que muchas veces aparezcan ciertas prácticas anticompetitivas, como el apalancamiento (*leveraging*) por parte de estas grandes plataformas en mercados en los que el poder

de mercado es elevado para aumentar la presencia en mercados adyacentes; conductas de *tying* o *bundling* de distintos productos o servicios verticalmente integrados; o prácticas de auto preferencia (*self-preferencing*), consistentes en otorgar un tratamiento más favorable en *rankings* a sus propios productos, distorsionando la competencia de una manera que, posiblemente, reduzca el bienestar del consumidor.

3. Nuevas teorías del daño, con especial referencia a la teoría de *killer* y *reverse-killer acquisitions*

Nuevas teorías del daño en el contexto de mercados digitales

Como ya se ha visto, el desarrollo de los mercados digitales ha generado un debate sobre la necesidad de llevar a cabo una revisión y adaptación de la legislación de competencia para dar respuesta a todos los cambios que esta evolución tecnológica ha traído consigo. En este sentido, el marco actual puede no ser capaz de hacer frente a ciertos problemas que emergen a raíz de la naturaleza de estos mercados. Y algunos problemas pueden surgir de los límites de las autoridades de competencia a la hora de captar ciertas operaciones que escapan al escrutinio por no cumplir los umbrales y estándares establecidos legalmente. Esto puede terminar generando una reducción de la presión competitiva y, con ello, del bienestar del consumidor. Por ello, existe cierto consenso general en torno a la necesidad de que los mecanismos de control de concentraciones sean capaces de adaptarse a la nueva realidad, apareciendo nuevas teorías del daño que toman un enfoque más dinámico y holístico, teniendo en cuenta la rápida evolución de estos mercados y la importancia de tener en cuenta no solo la competencia actual sino también la potencial. Muchos expertos perciben las teorías tradicionales como «cajones» o «compartimentos estancos» en los que ya no existe encaje teniendo en cuenta las nuevas circunstancias

⁸ En el caso más paradigmático de los denominados GAFAM (Google, Apple, Facebook, Amazon y Microsoft) cada plataforma tiene un guardián de acceso (*gatekeeper*) sobre un canal clave (*key channel*) de distribución. En el caso de Facebook es una red social; en Google, un buscador con publicidad; en Amazon, una red de distribución comercial; en Apple un sistema operativo con tienda de *apps*.

y, por ello, abogan por cambios tanto en las políticas como en la regulación para paliar las deficiencias de los sistemas y mecanismos actuales.

Una de las nuevas teorías más debatidas es la de la *pérdida de innovación* (Micheletti, 2021), y es que un análisis de los precedentes más recientes de las Autoridades de Competencia muestra cómo la competencia efectiva en innovación se ha incrementado cada vez más. A nivel general, se está produciendo una intervención cada vez mayor en fusiones de estas características, fundamentalmente en los ámbitos farmacéutico y digital.

Así, la Comisión ha centrado en las últimas décadas parte de su análisis en estudiar los elementos que llevan a un «impedimento significativo para la competencia efectiva en la innovación» (SIEIC, por sus siglas en inglés)⁹ cuyo origen es una disminución en los esfuerzos en I+D+i tras haberse aprobado la fusión, lo cual difiere de la teoría tradicional asociada a los efectos del daño que suponen un «impedimento significativo para la competencia efectiva» (SIEC, por sus siglas en inglés)¹⁰ como resultado del aumento de los precios (Crucelegui Garate, 2020).

Otro enfoque de las nuevas teorías del daño es el que hace referencia a *pérdida de competencia potencial* (Micheletti, 2021). Tradicionalmente, las Autoridades establecían una óptica centrada en la posible pérdida de competencia actual, conllevando ello la desaparición de rivales existentes en el momento de la fusión. Sin embargo, las características de los mercados digitales ponen en evidencia la necesidad de tomar una perspectiva dinámica e incluir en el análisis la posible competencia futura.

En este sentido, la OCDE define en un informe publicado en 2021 sobre el concepto de competencia

potencial dicho término como «la disciplina competitiva al comportamiento de una firma que puede surgir potencialmente, pero que aún no lo ha hecho» (OCDE, 2021), y llama a no confundir situaciones en las que un operador (aún sin estar activo en un mercado relevante determinado pero sí en otros o no estarlo en ninguno todavía) supone, en el momento presente, una amenaza para la competencia que ya es captada por la empresa incumbente y tomada en cuenta en su estrategia de actuación, de situaciones en las que un operador podría llegar a entrar en el mercado pero aún no lo ha hecho, no estando consecuentemente incluido en las toma de decisiones sobre la actividad de la empresa ya instalada.

Esto ha traído consigo gran debate puesto que muchos consideran que ha sido un ámbito descuidado, dando pie a críticas sobre la excesiva laxitud en lo que respecta a la aprobación de adquisiciones de rivales potenciales que en muchas ocasiones habrían derivado en entradas de nuevos competidores que nunca se han llegado a producir. Sin embargo, es cierto que se trata de un aspecto delicado dado que, si ya de por sí en el ámbito de derecho de la competencia muchas veces nos encontramos con una elevada incertidumbre debido a la aplicación del análisis del contrafactual, entrando en juego escenarios hipotéticos aplicados a la dinámica actual del mercado, el hecho de incluir en el estudio la evaluación de la competencia potencial incrementa en gran medida dicha incertidumbre, pues ello implica la necesidad de estimar la forma, impacto y probabilidad de que la entrada de un nuevo rival se materializase.

Por ello, la OCDE destaca, asimismo en ese informe, la relevancia de llevar a cabo un análisis riguroso de los documentos internos, los programas de innovación de las empresas o de los mercados adyacentes, por la evidencia que pueden aportar sobre la visión y toma de decisiones de las empresas ya instaladas, en detrimento de un estudio tan exhaustivo de las barreras de entrada como el que se venía realizando tradicionalmente. En este punto se destaca que tiene más sentido estudiar la

⁹ Ello puede apreciarse, entre otros, en casos como el de la concentración Dow/Du Pont (Caso M.7932), aprobada tras un análisis exhaustivo de los efectos de la fusión en el ámbito de la innovación, bajo el cual la Comisión consideró que la fusión efectivamente amenazaba la competencia en la innovación debido a una pérdida de rivalidad entre los proveedores de los productos, condicionando finalmente la aprobación de la fusión a la venta de la división mundial de investigación y desarrollo de plaguicidas de DuPont.

¹⁰ Los fundamentos de la teoría sobre el SIEIC se encuentran en las Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento.

probabilidad concreta de una posible entrada en base a indicadores y antecedentes concretos que estudiar la intensidad de las barreras¹¹.

Por último, la teoría del daño probablemente más en sede de debate actual es la relativa a las *killer acquisitions*, concepto que para muchos expertos hace referencia a una teoría del daño que no es más que un caso particular de la teoría del daño clásica de desaparición de un competidor potencial, en la que la preocupación esencial es la posible aparición de efectos horizontales unilaterales de modo que, como resultado de la transacción, desaparezca un competidor potencial de la adquirente y, con ello, se vea reducida la competencia debido a que tras la operación la empresa resultante tenga incentivos a subir precios, reducir la calidad o reducir la innovación.

Es preciso resaltar que lo verdaderamente característico de las *killer acquisitions* es que añaden a la pérdida de competencia potencial la desaparición del producto que está desarrollando la empresa objetivo, ya sea porque no llega a lanzarse al interrumpirse su desarrollo o porque se retira del mercado en un estadio temprano de su comercialización. Y es precisamente este requisito adicional, asociado a la desaparición del producto, lo que explica que las *killer acquisitions* sean menos frecuentes, fundamentalmente en el ámbito digital, que las operaciones en las que la preocupación desde el prisma de la competencia es solo la menor competencia potencial o la reducción de la competencia en innovación. Consecuentemente, muchos expertos llaman la atención sobre la importancia de las denominadas *reverse killer acquisitions*, en las que

la adquirente puede, o bien continuar el desarrollo del producto, pero de un modo menos agresivo, o bien incorporarlo como insumo a su propio ecosistema o plataforma, por lo que en este contexto es más bien la adquirente la que puede suponer una amenaza competitiva a la empresa objetivo.

Por su gran relevancia en la actualidad abordaremos estas teorías del daño de forma autónoma en el siguiente subapartado.

Killer y reverse killer acquisitions

El concepto *killer acquisition* fue acuñado por Cunningham, Ederer y Ma en 2018 (Cunningham *et al.*, 2018) en un estudio centrado en operaciones de concentración del sector farmacéutico en el que se lleva a cabo un análisis empírico de operaciones en las que un operador adquiriría una empresa o unidad de negocio que se encontraba desarrollando un producto competidor, y en las que tras la adquisición, incluso si la línea de investigación era prometedora o el nuevo producto superior, la adquirente no continuaba la investigación ni lanzaba el producto al mercado. A la luz de los resultados estos autores pudieron constatar que entre un 5 % y un 7 % de las adquisiciones consideradas en la industria farmacéutica resultaron en la «muerte» de un medicamento en desarrollo, reduciéndose como consecuencia la innovación y la competencia en el mercado. Por tanto, estos autores asociaron las *killer acquisitions* a casos en los que las empresas adquirentes adoptan la estrategia de «decontinuar el desarrollo del proyecto innovador de la *start-up* adquirida y prevenir futura competencia»¹².

¹¹ Ejemplo claro de aplicación de esta moderna teoría del daño, que también supuso una estrecha colaboración entre la Competition & Markets Authority (CMA) y la Federal Trade Commission (FTC), fue la adquisición de Spark Therapeutics por parte de Roche Holdings, Inc. en 2019 (ME/6831/19). En este caso, la CMA se centró en analizar si la pérdida de Spark como rival en el mercado podría plantear problemas de competencia, constatando finalmente que Spark no era el único proveedor que desarrollaba un tratamiento de terapia génica y que, en ese momento, no se consideraba que sus productos tuvieran ventajas clínicas o comerciales sobre los desarrollados por otros proveedores. Por su parte, Estados Unidos autorizó la operación tras diez meses de estudio concluyendo que esta no llevaría a una reducción en la presión competitiva (Commission Matter No. 1910086).

¹² A raíz de las investigaciones llevadas a cabo en el estudio se llegó, entre otros, a los siguientes resultados en el sector farmacéutico:

- Incumbentes cuatro veces más propensos a adquirir proyectos de competidores directos.
- Incumbentes dos veces más propensos a «matar» esos proyectos (efecto concentrado en mercados poco competitivos).
- Estos proyectos no llegan a alcanzar los umbrales de notificación.
- 6 % del total de adquisiciones de empresas con proyectos farmacéuticos en desarrollo son *killer acquisitions*.

Si bien el estudio anterior se centró en el sector farmacéutico, en el mismo se señala la oportunidad de analizar si también en el entorno digital se dan operaciones de este tipo, de manera que numerosos autores comenzaron a analizar más a fondo estos mercados desde el nuevo enfoque. A modo de ejemplo, el *Furman Review* (Digital Competition Expert Panel UK Government, 2019) destacaba que en los últimos diez años, Google, Apple, Facebook, Amazon y Microsoft (los denominados GAFAM) realizaron alrededor de 400 adquisiciones a nivel mundial, y que hasta la fecha no ha habido falsos positivos¹³ en fusiones que involucran a las principales plataformas digitales por la simple razón de que todas ellas habían sido permitidas.

Por otro lado, en el *Stigler report* (Stigler Committee on Digital Platforms, 2019) se destaca el mayor daño derivado de falsos negativos en mercados tendentes a la monopolización, recomendándose una revisión en el sistema estadounidense de control de concentraciones, y a su vez Gautier y Lamesch (2020) examinan la cuestión del *under-enforcement* analizando 175 adquisiciones por Google, Amazon, Facebook, Amazon y Microsoft durante un periodo de tres años, encontrando que en 105 casos, la marca de la empresa adquirida se suspendió en el año de adquisición.

Por su parte, Argentesi *et al.* (2020) señalan que la edad media de las adquisiciones fue de 6,5 años en el caso de Amazon, de 2,5 años en el de Facebook y de 4 años en el de Google. Estas adquisiciones pueden producirse en diferentes etapas del ciclo de vida de una empresa, pero lo relevante es que existe el riesgo de que las limitaciones competitivas existentes no sean un indicador fiable de las que probablemente se aplicarán en el futuro.

Por tanto, puede apreciarse cómo se han producido muchas operaciones de este tipo en el entorno digital.

Sin embargo, lo que parece empíricamente más frecuente no son los casos en los que la preocupación reside en que el comprador adquiera y luego neutralice una futura amenaza (ya sea directamente o haciendo que el producto o servicio adquirido no esté disponible para otros), sino aquellos en los que la adquisición puede extinguir el propio esfuerzo independiente del comprador para expandirse en un particular sector o mercado porque la adquirida le proporciona inmediatamente esas capacidades. Es decir, la clave se encuentra en descifrar a qué grado de innovación se está renunciando al aprobarse una operación consistente en la adquisición de un negocio que podría haberse construido orgánicamente en su lugar. El hecho de únicamente perseguir aquellos casos en los que la adquirente únicamente busca evitar la aparición de un «futuro sustituto» de su *core business*, lleva a no evaluar múltiples casos en los que el comprador interrumpe o renuncia a su propio esfuerzo por haber adquirido el «siguiente mejor sustituto» (Caffarra, 2021).

En estos casos, bautizados por los expertos como *reverse killer acquisitions*, cobra especial relevancia el examen por parte de las Autoridades de los documentos internos, pues muchas veces revelan la disyuntiva que aparece a la hora de tomar la decisión de «fabricar» o «comprar» en los casos en los que la expansión es a mercados adyacentes, y en dichos documentos puede apreciarse cómo hay ocasiones en las que la adquirente ya ha desarrollado parte del nuevo producto o funcionalidad pero al aparecer la oportunidad de comprar, los recursos se destinan a esa adquisición canibalizándose el objetivo del incumbente incluso llegando a archivar el proyecto.

Es por ello que, si bien hace unos años las adquisiciones en mercados verticalmente integrados eran consideradas algo positivo desde el punto de vista de la competencia por no existir solapamientos ni cierre a competidores y suponer un ahorro de tiempo y recursos, lo cierto es que en la actualidad el análisis tiene cada vez más en cuenta este nuevo enfoque.

¹³ Los falsos positivos (error tipo I) son los asociados a riesgo de *over enforcement*, mientras que los falsos negativos (error tipo II) implican situaciones de regulación excesivamente laxas.

Y es que numerosos expertos (Caffarra, 2021) destacan que lo verdaderamente relevante es medir la intensidad del esfuerzo innovador en términos del impacto que puede tener en la economía en su conjunto y, cómo ello, puede repercutir en el bienestar de los consumidores. En este sentido, al aprobarse la adquisición de la *start-up* o nuevo pero pequeño e innovador competidor en cuestión, se está eliminando el esfuerzo innovador que habría desarrollado la adquirente de haber realmente evolucionado ese competidor potencial, de manera que lo que realmente se pierde al producirse estas «fusiones asesinas inversas» es el aumento de bienestar que habría procedido del desarrollo del producto o servicio por parte del comprador para poder competir con la empresa adquirida¹⁴.

4. Casos relevantes analizados por las autoridades de competencia

Casos analizados por autoridades de competencia internacionales

A continuación, se expondrán algunos de los casos más paradigmáticos asociados a adquisiciones de *start-ups* por parte de grandes operadores que han sido objeto de estudio por parte de muchos autores e instituciones, por ser consideradas operaciones en las cuales las Autoridades no han sido capaces de captar el potencial daño a la competencia que podían causar.

Concretamente, se trata de algunos de los casos que sí que fueron sometidos a análisis por parte de las autoridades de competencia de forma *ex ante*, pero no hay que olvidar que la mayoría de fusiones de estas características en el ámbito digital han escapado a

este estudio precisamente por no haber alcanzado los umbrales establecidos a nivel legal.

En primer lugar, el caso Facebook/Instagram¹⁵ consistió en la adquisición en 2012 de Instagram por parte de Facebook. La Office of Fair Trading (OFT) del Reino Unido, tras analizar la operación, no consideró que estas empresas operaran en el mismo mercado y fue aprobada en primera fase y sin compromisos, estudiando la posible teoría del daño de que Instagram podría convertirse en un proveedor de redes sociales, pero concluyendo que Instagram no llegaría a monetizar sus servicios. El *Informe Lear* (Argentesi *et al.*, 2020) critica en este sentido que la autoridad subestimó el potencial de la aplicación asociado al componente de publicidad *online*, señalando que la operación puede haber representado una oportunidad perdida para la aparición de un competidor de Facebook, a pesar de haber podido también producir eficiencias. A su vez, la investigación sobre plataformas digitales llevado a cabo por la Comisión Australiana de la Competencia y del Consumidor (ACCC, por sus siglas en inglés) señala que «al adquirir Instagram, Facebook eliminó a un competidor potencial» (ACCC, 2019).

Por otro lado, el caso Google/Waze¹⁶ consistió en la adquisición en 2013 por parte de Google de Waze. Esta operación fue también aprobada por la OFT sin compromisos. El foco de la investigación estuvo centrado en si se produciría la pérdida de un competidor innovador que suponía una importante limitación para Google, y entre los resultados puede destacarse que la OFT concluyó que: *i)* Google y Waze no eran competidores cercanos en el Reino Unido, fundamentalmente por diferencias a nivel de calidad; *ii)* los proveedores alternativos ejercían presión competitiva, especialmente Apple Maps; y *iii)* la inexistencia de efectos de red por la insuficiencia de escala de Waze hacía que la amenaza en términos de reducción de competencia fuera menor de la planteada inicialmente.

¹⁴ Esto ya fue percibido como una preocupación por la CMA en PayPal/iZettle, Sabre/Farelogix y Amazon/Deliveroo, donde se planteaban si la adquisición permitió a la adquirente renunciar a sus propios esfuerzos en el mercado de la adquirida, eliminando la perspectiva de competencia futura.

¹⁵ ME/5525/12.

¹⁶ ME/6167/13.

Tal y como señalan relevantes autores (Argentesi *et al.*, 2020) de estas dos operaciones puede destacarse, en primer lugar, la gran dificultad que puede entrañar la definición de mercado relevante en mercados de múltiple cara; en segundo lugar, la importancia de considerar los datos como activo crucial en estos mercados (algo que no se tuvo lo suficientemente en cuenta en ninguno de los dos casos) y, por último, la necesidad de adoptar una perspectiva dinámica dada la dificultad de evaluar el grado de sustituibilidad o complementariedad.

En el caso Facebook/WhatsApp¹⁷ la CE en 2013 autorizó la propuesta de adquisición de WhatsApp por parte de Facebook, declarando que el acuerdo no plantearía problemas de competencia y concluyendo que Facebook Messenger y WhatsApp no son competidores cercanos y que los consumidores seguirían teniendo una amplia gama de alternativas después de la adquisición. Dicha operación contribuyó a la estrategia de Facebook de centrar su negocio en el desarrollo de la telefonía móvil, y al evaluarla la CE analizó los posibles problemas de concentración de datos únicamente en lo que respecta a la posible lastra de competencia en el mercado de la publicidad *online*, declarando que los problemas relacionados con la privacidad derivados de la mayor concentración de datos bajo el control de Facebook, a causa del acuerdo con WhatsApp, no son una cuestión de derecho de la competencia de la UE.

No obstante, cabe destacar que apenas unos meses después de la decisión, la autoridad de competencia alemana abrió un procedimiento contra Facebook por sospechar que Facebook había abusado de su poder de mercado al infringir las normas de protección de datos con sus condiciones de servicio específicas sobre el uso de los datos de los usuarios (Bagnoli, 2019).

Por otro lado, la operación Google/Fitbit¹⁸ fue aprobada por la CE en 2020 en segunda fase y con

compromisos y consistió en la adquisición por parte de Google de la empresa tecnológica Fitbit (dedicada al desarrollo, fabricación y distribución de dispositivos para uso del consumidor, *software* y servicios del sector de salud y *fitness*). Este caso trajo consigo cierta polémica ya que, en primera fase, las preocupaciones fundamentales surgieron en torno al riesgo de un posible fortalecimiento por parte de Google de su posición en el mercado de publicidad *online* en el que ya de por sí tiene una posición consolidada, gracias a los datos de salud y cuidado personal obtenidos a raíz de esta fusión, lo cual era susceptible de crear barreras de entrada, y los primeros compromisos que planteó la empresa fueron rechazados por parte de la CE y los Estados miembros. En consecuencia, la operación pasó a segunda fase y tras la presentación de nuevos compromisos (relativos a la separación de datos de salud de los destinados a publicidad *online*, el mantenimiento del acceso a la Interfaz de Programación de Aplicaciones —API, por sus siglas en inglés— web a competidores y establecimiento de completa interoperabilidad por parte de Google) la operación fue finalmente aprobada por parte de la CE, aunque en otros países como EE UU y Australia la operación continuó bajo escrutinio.

En lo que respecta a casos que están siendo investigados en el momento actual cabe destacar como paradigmático el bloqueo ordenado por la CMA en noviembre de 2021 de la adquisición de Giphy (plataforma digital que ofrece una biblioteca y un motor de búsqueda de GIF) por parte de Facebook, por ser la primera vez que el organismo bloquea una adquisición llevada a cabo por de una de las grandes empresas tecnológicas. Concretamente ha ordenado a Facebook que deshaga su adquisición de Giphy, ya completada, por valor de 340 millones de euros, por considerar que la operación reduciría la competencia entre las plataformas de redes sociales y eliminaría un potencial rival de Facebook —que recientemente cambió su nombre a Meta— en el mercado de la publicidad *online*.

Sin embargo, cabe también mencionar que este mismo organismo autorizó de manera rápida la

¹⁷ M.8228.

¹⁸ M.9660.

adquisición por parte de Meta de Kustomer¹⁹ (*start-up* con un *software* tipo CRM —Customer Relationship Management— que combina la información que proviene de diferentes fuentes y redes sociales para mostrar a las empresas cómo se relaciona, desde los inicios, cada cliente con cada negocio), operación que, sin embargo, la CE se encuentra analizando de forma exhaustiva encontrándose en estos momentos en segunda fase y prevista la adopción de decisión para enero de 2022 tras haber presentado las partes nuevos compromisos durante el mes de diciembre.

Puede apreciarse a la luz de estas investigaciones más recientes cómo las preocupaciones mostradas por las agencias, expertos y autores en lo que respecta a operaciones consistentes en adquisiciones por parte de los gigantes tecnológicos, aprobadas a lo largo de los últimos años en el sector digital, comienzan ya a plasmarse en los análisis llevados a cabo por las autoridades de competencia, y se percibe un cambio de enfoque. En este sentido, si bien hasta hace unos años existía una cierta concepción de que los errores de Tipo I eran más dañinos por su repercusión negativa en términos de reducción de incentivos a innovar mostrando las autoridades cierta preferencia por no investigar o aprobar fusiones, que luego han resultado en la creación o fortalecimiento de agentes dominantes, parece que los numerosos estudios e investigaciones de los últimos años, junto con la evidencia empírica, han puesto de manifiesto la necesidad de una atención especial a la hora de evaluar este tipo de operaciones y una adaptación del marco a las características de estos mercados.

Casos analizados por la CNMC

Adentrándonos en el caso español, es preciso resaltar en primer lugar que, tal y como ya se anticipó, la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) establece un sistema de control previo obligatorio por parte de

la CNMC de las concentraciones que representen una determinada cuota de mercado o una determinada cifra de facturación. Gracias a ese primer umbral de cuota este organismo ha podido analizar varias fusiones en los mercados digitales incluso en un contexto de baja rotación debido a la reciente pandemia de COVID-19.

Si bien es cierto que algunos consideran que dicho umbral de cuota de mercado presenta como posible inconveniente un aumento de la incertidumbre para las partes notificantes, los canales de comunicación adecuados con la autoridad de competencia pueden mitigar ese riesgo, y puede afirmarse que ha demostrado ser particularmente útil con la llegada de la economía digital. En este sentido, ha sido considerado una herramienta muy ventajosa para la autoridad española de competencia para, por un lado, poder llevar a cabo la revisión de fusiones potencialmente preocupantes, que de otro modo habrían escapado al escrutinio, y por otro, poder remitir a la CE este tipo de fusiones potencialmente preocupantes cuando tenían un alcance internacional, pero carecían de dimensión comunitaria en el marco del Reglamento de concentraciones de la CE.

Esto explica por qué el debate sobre la introducción de un nuevo umbral centrado en el crecimiento potencial de las empresas, como el basado en el valor de la transacción implementado por Austria y Alemania, no ha ganado fuerza en España, ni tampoco el de rebajar el existente en función del volumen de facturación; la Autoridad no ha identificado que su umbral de notificación actual no capte las fusiones relevantes en la economía digital, incluidas las *killer acquisitions*.

A pesar de todo, y en lo que respecta a la evaluación de la eficiencia del sistema español, es importante mencionar que la evaluación de las cuotas de mercado generalmente se complementa con un análisis de otras características del mercado relevante, como su naturaleza expansiva o dinámica, barreras de entrada y expansión, la dinámica competitiva y los modelos de negocio, así como el contexto regulatorio del que forman parte las prácticas o transacciones.

¹⁹ M.10262.

TABLA 1
OPERACIONES NOTIFICADAS A LA CNMC, 2018-2019

	2018		2019	
	Total	Con compromisos	Total	Con compromisos
Umbral de cuota de mercado	51	2	46	3
Umbral de cifra de negocios	27	1	34	–
Ambas	5	1	6	2
Total	83	4	86	5

FUENTE: Elaboración interna CNMC.

Concretamente, de las concentraciones notificadas en el periodo transcurrido entre el 2010 y 2020, el 60 % entraron en el escrutinio de la CNMC gracias al umbral de cuota de mercado, y tal y como puede apreciarse en la Tabla 1, de las 83 y 86 operaciones notificadas a esta institución en 2018 y 2019, más del doble de las mismas (51 y 46, respectivamente), pudieron ser revisadas gracias a la existencia de este umbral, no habiendo tenido la CNMC acceso a las mismas de no tener este segundo criterio.

En lo que respecta al sector digital (Tabla 2), de las ocho fusiones digitales revisadas en el año 2019 (se aportan los datos de este por ser el 2020 un año con una menor actividad en el ámbito de fusiones y adquisiciones por la irrupción del COVID-19 y descenso de la actividad empresarial a nivel general por este motivo), seis de las mismas (el 75 %) únicamente cumplían el umbral de cuota de mercado, y no el de volumen de negocios.

De estas fusiones analizadas en el entorno digital, cabe destacar que la mayoría estaban asociadas a mercados de doble o múltiple cara, involucrando plataformas, concretamente cinco de las ocho mencionadas.

En lo que respecta a casos de fusiones específicos analizados por la CNMC que pueden ilustrar las características típicamente vinculadas a *killer acquisitions*, existen cuatro a destacar, tres de ellos

digitales y uno del sector farmacéutico. La Autoridad aprobó las cuatro operaciones, aunque dos de ellas con compromisos, tras haber constatado que no existía evidencia que acreditara que se trataba de ese tipo de adquisiciones.

La primera es la operación Just Eat/La Nevera Roja²⁰, aprobada en 2016, que supuso la adquisición por parte de Just Eat, plataforma *online* multinacional que ofrece servicios de comida a domicilio a restaurantes y consumidores, de un rival local. Fue aprobada en primera fase sujeta a compromisos consistentes en eliminar las cláusulas de exclusividad en los contratos con restaurantes por un periodo determinado.

Es importante señalar que este sector en particular ha experimentado una transformación sustancial con el auge de Internet, especialmente los últimos años con una actividad que involucra dos vertientes: las plataformas de comida a domicilio tratan con restaurantes, por un lado, y con usuarios finales, por el otro. La interacción de los dos lados del mercado es una fuente de efectos de red y, a pesar de las altísimas cuotas de mercado de las partes de la fusión, la CNMC consideró suficientes los compromisos mencionados.

Tras la transacción, las partes habrían tenido una cuota de mercado conjunta de más del 70 %, lo que puede ser un indicativo preliminar de una posición

²⁰ C/0730/16.

TABLA 2
OPERACIONES DIGITALES REVISADAS POR LA CNMC, 2019

Caso	Sector	Umbral de cuota de mercado	Umbral de volumen de negocios	Plataformas	Outcome
C/1015/19 Bauer/Clabere Negocios	<i>Online price comparison and sale of financial products</i>	√		√	Aprobada
C/1023/19 Wishbone/Palladian	<i>Software</i>	√			Aprobada
C/1028/19 Prisa/Vocento/Godó	<i>Marketing of programmatic online advertising</i>		√		Aprobada
C/1046/19 Just Eat/Canary	<i>Online food delivery platforms</i>	√		√	Aprobada
C/1061/19 Takeaway/Just Eat	<i>Online food delivery platforms</i>	√		√	Aprobada
C/1073/19 Mih Food Delivery Holdings/ Just Eat	<i>Online food delivery platforms</i>	√		√	Aprobada con compromisos
C/1076/19 EasyPark/Negocio Sistemas Aparcamiento Ival	<i>E-parking and online regulated parking payment system</i>	√			Aprobada
C/1083/19 Dealersco/Newco	<i>Online second hand car platform</i>		√	√	Aprobada

FUENTE: Elaboración interna CNMC.

dominante. Sin embargo, la participación en el mercado de la empresa adquirida era cercana al 25 %, lo que ya representaba una participación importante. Además, ambas tenían estrategias similares y la empresa *target* ya había estado operando en el mercado durante varios años. En consecuencia, la Autoridad no percibió la operación como una *killer acquisition*.

El segundo caso relevante es Just Eat/Canary²¹, en el que, Just Eat adquirió el control exclusivo de Canary Delivery Company, SL (Canary), empresa española constituida en 2014, y que solo operaba en las islas Canarias.

Esta fusión se aprobó sin compromisos en 2019, ya que la CNMC, tras un análisis exhaustivo del caso, consideró que no se podía esperar que la operación supusiese una amenaza a la competencia en los mercados relevantes. El panorama competitivo había cambiado significativamente desde la fusión anterior con una serie de jugadores fuertes que ingresaron con éxito al mercado.

En este caso concreto, la CNMC evaluó, entre muchos otros aspectos, si Canary era una empresa de rápido crecimiento en Canarias que tenía potencial para ejercer una presión competitiva significativa, pero esto fue rechazado teniendo en cuenta varios factores. Por un lado, Canary, que operaba desde

²¹ C/1046/19.

hacía varios años, tenía una baja rotación y solo un empleado. Además, no invirtió en I + D y su política de precios fue muy similar a la de Just Eat. Como resultado, la empresa *target* no podía considerarse un competidor innovador o agresivo y la CNMC descartó la posibilidad de tratar la operación como una *killer acquisition*.

El tercer caso destacable es EasyPark/Activos Ivial²², que supuso la adquisición por parte de EasyPark España SLU (EasyPark), empresa especializada en la prestación de servicios de recogida de aparcamientos regulados mediante aplicaciones informáticas en 20 municipios españoles, del control exclusivo de determinados activos propiedad de Ingeniería Vial, SL (Ivial), centrada, entre otras actividades, en la prestación de servicios de recogida por móvil aplicaciones, en áreas de estacionamiento regulado.

En este caso, si bien con la transacción EasyPark ingresó en varios mercados locales de servicios de pago por aplicaciones móviles en áreas de estacionamiento regulado y reforzó su posición en otros, hubo una serie de competidores importantes y bajos costes de cambio para los consumidores.

Adicionalmente, la CNMC destacó que EasyPark era una empresa multinacional que disfrutaba de una tecnología superior y un mayor nivel de inversión en I+D+i que la adquirida, siendo capaz, en consecuencia, de ofrecer un mayor volumen de servicios, por lo que se descartaron efectos negativos en innovación. Por tanto, la CNMC concluyó que la fusión no perjudicaba la competencia²³.

²² C/1076/19.

²³ Por último, y dado que el término *killer acquisition* se acuñó en referencia a los mercados farmacéuticos, parece apropiado comenzar por mencionar un caso que afectó a dos empresas que solo se superpusieron en I + D para la vacuna contra el virus del Zika (C/0972/18, Emergent Biosolutions Inc. [EBS]/PaxVax Holding). Sin embargo, las preocupaciones en torno a que esta fusión podría constituir una adquisición asesina fueron descartadas en vista de que ambas compañías se encontraban en una etapa temprana de sus investigaciones, por lo que había una gran incertidumbre en cuanto a su probable éxito respectivo, y había un alto nivel de competencia potencial. De hecho, la Organización Mundial de la Salud (OMS) informó de 45 líneas alternativas de investigación.

5. Nuevas propuestas regulatorias de la CE

Tal y como se ha podido apreciar a lo largo del artículo, investigaciones y estudios llevados a cabo en los campos analizados recomiendan una adaptación en el marco regulatorio de política de la competencia y regulación con el objetivo de adaptar dicho marco a la realidad actual. En este sentido, existen numerosas propuestas de reformas legislativas y recomendaciones por parte de autores y organismos para paliar las deficiencias del sistema, de manera que en este apartado se hará referencia a las dos más relevantes en el seno de la Unión Europea.

Reinterpretación del mecanismo de remisión de operaciones de concentración a la Comisión Europea

En marzo de 2021, la Comisión publicó unas nuevas Orientaciones²⁴ sobre cómo interpretar el sistema de remisión de operaciones de concentración establecido en el artículo 22 del Reglamento europeo de control de concentraciones, abriendo bajo el nuevo prisma la posibilidad para las autoridades nacionales de competencia de remitir casos a la Comisión a pesar de no cumplirse los umbrales nacionales de notificación. Esto supone la adopción de un enfoque contrario al existente hasta el momento, bajo el cual se desincentivaba el empleo de este mecanismo correctivo en aquellos casos en los que no existía jurisdicción por considerarse que esto reducía la efectividad del sistema.

Bajo esta nueva política se persigue la revisión de casos en los que el volumen de negocios de al menos una de las partes no refleja su potencial competitivo actual o futuro, especialmente si se compara con el valor de la transacción.

²⁴ Orientaciones de la Comisión sobre la aplicación del mecanismo de remisión establecido en el artículo 22 del Reglamento de concentraciones a determinadas categorías de casos (Comisión Europea, 2021).

Si bien el ámbito de aplicación no se limita a sectores específicos, sí que aparecen en el documento ejemplos de empresas candidatas, como pueden ser *start-ups* con relevante potencial innovador, empresas de productos prometedores en fase de desarrollo... haciéndose, asimismo, especial referencia al sector farmacéutico, a los mercados digitales y otros «en los que la innovación es un importante parámetro de la competencia» o que impliquen a «empresas con acceso o impacto en activos de valor competitivo, como materias primas, derechos de propiedad intelectual, datos o infraestructuras»²⁵.

Se establece también en el documento que los dos requisitos exigidos son: por un lado, la «afectación al comercio entre Estados miembros», considerándose que esta se produce cuando el Estado que realiza la solicitud demuestra que la operación «puede tener una influencia perceptible en las corrientes comerciales entre los Estados miembros»; y por otro lado, que exista una amenaza de afectación significativa a la competencia en el Estado o Estados solicitantes, que se cumple cuando «sobre la base de un análisis preliminar, existe un riesgo real de que la transacción pueda tener un impacto adverso significativo sobre la competencia y, por lo tanto, merece un examen minucioso»²⁶.

Este nuevo enfoque no ha estado exento de críticas y ha resultado ser bastante polémico por la inseguridad jurídica que muchos dicen que genera, dado que las Orientaciones no solo prevén la posible revisión por parte de la Comisión de operaciones que no cumplen los umbrales nacionales, sino que en ellas se contempla expresamente la posibilidad de que dicha revisión sea *ex post*, estableciendo un periodo orientativo de seis meses tras haberse cerrado la transacción pero dejando la puerta abierta a que, de forma excepcional, dicho periodo sea más largo en casos en los que puedan existir problemas de competencia o puedan

producirse situaciones susceptibles de generar daño a los consumidores²⁷.

Digital Markets Act

Tal y como se ha podido apreciar, parece que en un número elevado de jurisdicciones existe una iniciativa decidida en torno a la necesidad de una regulación *ex ante* de las grandes plataformas digitales, *gatekeepers*, así como la necesidad de coherencia en los distintos enfoques regulatorios por la naturaleza transnacional de estos operadores, por los efectos extraterritoriales que implica la aplicación de la normativa. La ausencia de coherencia en los distintos marcos jurídicos puede llevar a una reducción de calidad, generación de costes innecesarios y freno a la innovación (Schnitzer *et al.*, 2021).

De esta manera, se están elaborando una serie de propuestas a nivel global para hacer frente a la amenaza que supone el elevado poder de mercado de estas plataformas dominantes, y en este sentido, la de la Unión Europea fue adoptada el 15 de diciembre de 2020, la *Digital Markets Act* (Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados competitivos y justos en el sector digital), que introduce reglas para estas grandes plataformas que actúan como *gatekeepers* en el sector digital generando cuellos de botella entre empresas y consumidores.

En lo que respecta al elemento subjetivo de la norma, está destinada a aplicarse únicamente a los operadores que puedan definirse como *gatekeepers*, para lo cual es necesario que se cumplan una serie de requisitos cuantitativos.

²⁷ Con respecto a la aplicación de este nuevo mecanismo de remisión ampliado puede hacerse referencia al debate causado por la adquisición de Grail por parte de Illumina (M.10188). En este caso concreto, la Comisión invitó (algo más de un mes antes de la publicación de las Orientaciones) a las autoridades nacionales de competencia a emplear el artículo 22 para remitir esta operación, que no había sido notificada en ningún Estado miembro por no cumplirse los umbrales. Como respuesta, la Autoridad Francesa, seguida por Islandia, Países Bajos, Noruega, Bélgica y Grecia se sumaron a la remisión. Las solicitudes de Francia y Países Bajos fueron recurridas por las partes de la operación, siendo dichos recursos desestimados por los tribunales nacionales por considerarse los órganos jurisdiccionales europeos los competentes para resolver.

²⁵ Párrafo 9 de las Orientaciones de la Comisión.

²⁶ Ver Comisión Europea (2005) párrafos 43-44); Orientaciones, párrafos 13-15; y European Union Merger Regulation (EUMR), art 22(1).

En cuanto a lo que se refiere a control de concentraciones, el artículo 12 de la propuesta hace referencia a la obligación de informar sobre las mismas, estableciendo que un *gatekeeper* deberá informar a la Comisión de cualquier concentración que implique a otro proveedor de servicios de plataforma básica o de cualquier otro servicio prestado en el sector digital, independientemente de que sea notificable a una autoridad de competencia de la Unión o a una autoridad nacional de competencia según la legislación nacional, y dicha notificación ha de producirse tanto antes de su realización como tras la conclusión del acuerdo, el anuncio de la oferta pública o la adquisición de una participación de control, con un plazo de tres meses desde la realización de la operación²⁸.

6. Conclusiones

Los sistemas de control de concentraciones actuales, fundamentalmente los basados únicamente en el criterio de volumen de negocios, han demostrado no ser siempre adecuados teniendo en cuenta las especiales características de estos mercados, y ello ha dado lugar a nuevas teorías del daño centradas en aspectos como la innovación o la competencia potencial. Entre estas novedosas teorías del daño merecen especial mención las teorías de *killer* y *reverse killer acquisitions*, asociadas a situaciones en las que la empresa adquirente elimina el producto o servicio de la adquirida, o elimina su propio esfuerzo innovador tras la adquisición de un negocio que podría haber construido orgánicamente en su lugar. Y es que la evidencia empírica muestra cómo este tipo de adquisiciones por parte de grandes operadores de *start-ups* y empresas nacientes se han producido en numerosas ocasiones a lo largo de los últimos años, fundamentalmente en

los sectores farmacéutico y digital, escapando al escrutinio de las autoridades por no cumplir los umbrales de notificación.

En España, concretamente, lo cierto es que la autoridad nacional de competencia ha tenido la posibilidad de revisar todas las operaciones que podrían haber sido susceptibles de ser consideradas *killer* o *reverse killer acquisitions* y, por ello, el doble umbral de notificación basado no solo en el volumen de negocios sino también en la cuota de mercado es defendido desde este organismo. De hecho, gracias a este tipo de umbrales que incluyen como criterio la cuota, la Comisión Europea ha tenido la oportunidad de revisar operaciones a las que no habría accedido bajo su sistema de control de concentraciones.

A raíz de todas las investigaciones, llevadas a cabo centradas en estos aspectos, han surgido numerosas recomendaciones tanto por parte de organismos internacionales como por parte de expertos, siendo algunas de ellas la necesidad de modificación de los mecanismos de control de concentración, la reversión de la carga de la prueba en algunos casos de grandes gigantes digitales, la interposición de umbrales basados en criterios como el valor de la transacción, o la posibilidad de revisión *ex post* de ciertas operaciones por parte de las Autoridades.

En lo que respecta a la Unión Europea, los cambios más relevantes en el ámbito digital son la nueva interpretación del sistema de remisión de operaciones por parte de los Estados miembros a la Comisión en casos en los que no se cumplen los umbrales nacionales de notificación, que ha generado cierta polémica a raíz de su reciente primera aplicación, y la propuesta de *Digital Markets Act*, centrada en la regulación de grandes plataformas y aún en sede de debate en los organismos europeos.

Referencias bibliográficas

ACCC, Australian Competition & Consumer Commission. (2019). *Digital Platforms Inquiry*. Final Report. June. <https://www.accc.gov.au/publications/digital-platforms-inquiry-final-report>

²⁸ Según el apartado 2 de dicho artículo, el contenido de la notificación ha de ser, como mínimo, en el caso de la empresa adquirida, su volumen de negocios anual en el Espacio Económico Europeo (EEE) y mundial; y en el caso de los servicios de plataforma principales, su respectivo volumen de negocios anual en el EEE, su número de usuarios empresariales activos anuales y el número de usuarios finales activos mensuales, así como la justificación de la concentración prevista.

- Argentesi, E., Buccirosi, P., Calvano, E., Duso, T., Marrazzo, A., & Nava, S. (2020). Tech-over: Mergers and merger policy in digital markets. *VoxEU CEPR Policy*. <https://voxeu.org/article/mergers-and-merger-policy-digital-markets>
- Bagnoli, V. (2019). Questions that Haven Arisen since the EU Decision on the Whastapp Acquisition by Facebook. *Market and Competition Law Review*, 3(1), 15-51.
- Caffarra, C. (2021, November 27). 'How tech rolls': Potential competition and 'reverse' killer acquisitions. *OECD Competition Open Day Blog series #2*. <https://oecdonthellevel.com/2020/11/27/how-tech-rolls-potential-competition-and-reverse-killer-acquisitions/>
- Comisión Europea. (2005). Comunicación de la Comisión sobre la remisión de asuntos de concentraciones. *Diario Oficial de la Unión Europea*, de 05 de marzo, C 56/02.
- Comisión Europea. (2021). Orientaciones sobre la aplicación del mecanismo de remisión establecido en el artículo 22 del Reglamento de concentraciones a determinadas categorías de casos. *Diario Oficial de la Unión Europea*, de 31 de marzo de 2021, C 113/1.
- Crucelegui Garate, J. L. (2020). *La interacción de la Política de Competencia con la Innovación* (UNCTAD Research Paper No. 43). UNCTAD/SER.RP/2020/2.
- Cunningham, C., Ederer, F., & Ma, S. (2020). Killer Acquisitions. *Journal of Political Economy*, 129(3), 649-702. March 2021. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3241707>
- Digital Competition Expert Panel UK Government. (2019). *Unlocking digital Competition*. Report of the Digital Competition Expert Panel. March. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf
- Gautier, A., & Lamesch, J. (2020). *Mergers in the Digital Economy* (CESifo Working Paper No. 8056).
- Micheletti, F. (2021). The global fight against killer acquisitions. *PaRR*. November 29. <https://app.parr-global.com/intelligence/view/intelcms-zfcrsp>
- OCDE, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2020). *Competition Trends 2020*. <http://www.oecd.org/competition/oecd-competition-trends.htm>
- OCDE, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2021). *The Concept of potential competition* (OECD, Competition Committee Discussion Paper). <http://oe.cd/tcpc>
- Ortiz, L., Maíllo, J., Ibáñez, P. y Lamadrid, A. (2008). *Manual de Derecho de la Competencia*. Tecnos.
- Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas. *Diario Oficial de la Unión Europea*, de 29 de enero de 2004, L 24/1. <http://data.europa.eu/eli/reg/2004/139/oj>
- Schnitzer, M., Maximilians, L., Crémer, J., Dinielli, D., Fletcher, A., Heidhues, P., Scott Morton, F. M., & Seim, K. (2021). *International coherence in digital platform regulation: an economic perspective on the US and EU proposals* (Yale Tobin Center for Economic Policy, Digital Regulation Project, Policy Discussion Paper No. 5).
- Stigler Committee on Digital Platforms. (2019). *Stigler Center for the Study of the Economy and the State*. Final Report. September. <https://research.chicagobooth.edu/stigler/media/news/committee-on-digital-platforms-final-report>

Casos

- Caso M.7217 (2014).
- Caso M.7932 (2017).
- Caso M.8788 (2018).
- C/0730/16.
- C/0972/18.
- C/1046/19.
- C/1076/19.
- Commission Matter No. 1910086.
- M.8228.
- M.9660.
- M.10188.
- M.10262.
- ME/5525/12.
- ME/6167/13.
- ME/6831/19.

Últimos números publicados

