

El control de concentraciones en la economía digital: retos y soluciones

Autora¹:

Micaela Arias Domecq, Vocal Asesora en la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

Resumen:

La aplicación del marco clásico de control de concentraciones a la economía digital presenta retos de tal calado que se ha cuestionado su efectividad.

Muchas concentraciones digitales escapan a los umbrales de notificación tradicionales, aunque puedan afectar significativamente a la competencia. Para corregirlo varias jurisdicciones han introducido nuevos umbrales que sin embargo para las empresas pueden suponer menor seguridad jurídica y mayores cargas.

Además, en algunas operaciones digitales que sí fueron analizadas, las autoridades de competencia han sido criticadas por subestimar los riesgos que suponían para la competencia. Por un lado, esto ha impulsado desarrollos académicos y mejores prácticas para adaptar las teorías del daño a las singularidades de la economía digital. Por otro lado, ante la dificultad de acreditar riesgos para la competencia en entornos tan dinámicos se han propuesto reformas para suavizar el estándar de prueba.

Palabras clave:

Concentraciones, economía digital, umbrales de notificación, teorías del daño.

Códigos JEL:

K21, L40.

¹ Las opiniones, interpretaciones y conclusiones expresadas en este trabajo son las de su autora y no representan las opiniones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

1. Introducción

La transformación de la economía digital ha generado retos sin precedentes en el control de concentraciones. Las características de los mercados digitales, como las economías de escala extremas, las economías de red o la centralidad de los datos, los hacen tender naturalmente hacia la concentración. Estas dinámicas estructurales han favorecido consolidación de un reducido número de actores con gran poder de mercado, planteando desafíos significativos para las autoridades de competencia.

En este contexto, las operaciones de concentración, especialmente las adquisiciones de empresas innovadoras o emergentes (*start ups*) por parte de grandes plataformas tecnológicas, se han convertido en un fenómeno recurrente. Sin embargo, muchas de estas operaciones han escapado al control de concentraciones por no alcanzar los umbrales de notificación. Incluso en los casos en que estas operaciones han sido analizadas, las autoridades han tendido a autorizarlas sin condiciones.

Durante años predominó la idea de que los mercados digitales podían autorregularse y que una aplicación muy rigurosa de la política de competencia, y singularmente del control de concentraciones, podría desincentivar la innovación con consecuencias negativas para el bienestar y el crecimiento. No obstante, esta visión ha cambiado. Actualmente, existe una mayor preocupación por los efectos de la concentración de poder económico en un pequeño grupo de operadores, y las autoridades de competencia han sido criticadas por contribuir a esta concentración mediante una aplicación laxa del control de concentraciones a las operaciones digitales.

Este cambio de tendencia ha tenido también su reflejo en la regulación sectorial. Si hasta hace poco tiempo las grandes tecnológicas operaban en un marco fundamentalmente desregulado, en los últimos años, muy particularmente en la Unión Europea (UE), asistimos a una creciente regulación de los sectores digitales. Resultan destacables el Reglamento de Mercados Digitales² (en adelante DMA por sus siglas en inglés), el Reglamento de Servicios Digitales³ y el de Inteligencia Artificial⁴. Estas normas han transformado el panorama digital, imponiendo nuevas obligaciones que no solo afectan a los modelos de negocio digitales y a su operativa diaria sino también a la supervisión de las concentraciones económicas.

Ahora bien, aplicar el marco tradicional de control de concentraciones a los mercados digitales plantea importantes dificultades. Por un lado, muchas operaciones que podrían tener un impacto relevante en la competencia no están sujetas a análisis por no superar los umbrales de notificación, ya que las empresas adquiridas suelen tener escasos ingresos iniciales. Por otro lado, alcanzar el estándar de prueba requerido para prohibir una concentración o autori-

² Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828.

³ Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE.

⁴ Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) nº 300/2008, (UE) nº 167/2013, (UE) nº 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828.

zarla sujeta a condiciones reviste una especial complejidad en la economía, pues es necesario realizar análisis prospectivos complejos en sectores dinámicos en los que la innovación disruptiva desempeña un papel importante. Asimismo, las teorías del daño tradicionales, esto es, las que abordan el modo en que una concentración puede dañar la competencia, a menudo se adaptan mal a las realidades digitales y requieren una adaptación específica.

Este artículo explora las particularidades de la economía digital y los desafíos que plantea para el control de concentraciones. En primer lugar, se analizan las características estructurales de estos mercados que favorecen la concentración.

En segundo lugar, se abordan los retos jurisdiccionales asociados al control de concentraciones en estos mercados, destacando las limitaciones de los umbrales tradicionales de notificación, que a menudo no captan operaciones. También se abordan respuestas que buscan cubrir estas lagunas como los *call-in powers* y los renvíos del artículo 22 del Reglamento de Concentraciones así como los desafíos que plantean en términos de previsibilidad y seguridad jurídica. Por último, se analizan los retos sustantivos que surgen en la evaluación de concentraciones digitales, las propuestas de reforma de los estándares de prueba y la evolución de las teorías del daño aplicadas a estas realidades económicas.

2. Características de la economía digital

Hay ciertos rasgos que caracterizan a la mayoría de operadores de la economía digital que condicionan su regulación y supervisión (Cremer et al., 2019 pág 7; y Vives, 2024 pág 3).

Economías de escala extremas

Las economías de escala tienen lugar cuando el coste de producir un bien cae según aumentan las cantidades producidas. Es un fenómeno muy habitual. Lo que distingue a los mercados digitales es la magnitud de estas economías de escala que determinan que una vez se alcanza determinada escala el coste de ofrecer el servicio a un nuevo cliente sea prácticamente cero. Esto tiene implicaciones relevantes porque da a los primeros entrantes en mercados digitales una gran ventaja.

Externalidades de red

Un producto presenta externalidades de red directas cuando la utilidad que el consumidor obtiene del producto crece al hacerlo el número de consumidores. Dicho de otra manera, los efectos de red surgen cuando un producto o servicio es más atractivo para un consumidor cuanto mayor es la base de usuarios, como en el caso de las redes sociales.

Esta característica explica por ejemplo que las empresas tengan incentivos a ofrecer, al menos durante un tiempo, servicios a precio monetario muy bajo (cero o incluso negativo) hasta alcanzar un volumen suficiente de usuarios. Así, es frecuente que nuevas empresas tengan planes de negocios en los que no prevén ingresos por ventas a medio plazo; se trata de estrategias de monetización diferidas, también llamadas de crecimiento antes de rentabilidad.

Hay otro tipo de externalidad de red que caracteriza a las empresas digitales: las indirectas. Éstas tienen lugar cuando la empresa en cuestión atiende a distintos tipos de demandantes. Siguiendo el ejemplo de las redes sociales, es frecuente que las mismas no impongan un precio monetario por el uso de sus servicios pues rentabilizan a través de la publicidad personalizada. Las economías de red indirectas suponen que cuantos más usuarios finales tenga la red social más interesante será para los anunciantes.

Estos efectos de red generan una tendencia natural hacia la concentración ya que las plataformas que logran alcanzar una masa crítica de usuarios adquieren una ventaja competitiva significativa.

Importancia de los datos

Los datos son un activo crítico en los mercados digitales. El acceso a grandes volúmenes de datos y la creciente capacidad para procesarlos y almacenarlos a un coste cada vez menor (Vives, 2024 pág 4-6) permiten a las empresas entrenar algoritmos e inteligencia artificial y con ello personalizar servicios, mejorar la experiencia del usuario, ofrecer nuevas y mejores soluciones, etc.

La combinación de economías de escala y red, junto con el valor estratégico de los datos en la economía digital da también lugar a economías de alcance (al resultar menos costoso proveer conjuntamente varios bienes o servicios que por separado) y genera una tendencia natural hacia la concentración (Vives, 2024 pág. 19). Las economías de escala y red refuerzan la posición de las empresas líderes, mientras que el acceso a datos masivos y una gran capacidad de procesamiento permite mejorar continuamente los servicios ofrecidos y ofrecer servicios adicionales con un bajo coste relativo. Esta dinámica genera barreras de entrada y expansión significativas y consolida la posición de mercado de unos pocos actores, favoreciendo la concentración y planteando retos para la política de competencia y la regulación.

3. Los retos jurisdiccionales

Las limitaciones de los umbrales de notificación tradicionales

La mayoría de los sistemas de control de concentraciones de nuestro entorno se basan en la obligatoriedad de notificar operaciones⁵ de concentración que superan cierto umbral establecido en la norma. Así, las empresas no podrán ejecutar una operación de concentración notificable sin la previa aprobación de la autoridad de competencia competente.

Al establecer estos umbrales el legislador pondera por una parte la seguridad jurídica que reporta a las empresas poder determinar si las concentraciones económicas están sujetas al régimen de control de concentraciones, lo cual facilita tomar decisiones de inversión. Por otra parte, ha de valorarse la relevancia del umbral como indicador del posible impacto de una concentración en la competencia, pues someter a control operaciones que no tienen aptitud para

⁵ No obstante, en el ámbito anglosajón existen sistemas en que la notificación es voluntaria si bien la autoridad la puede requerir.

afectar a la competencia genera ineficiencias tanto para empresas como para las autoridades de competencia. Por último, corresponde evaluar las cargas que genera tanto para la administración como para las empresas su aplicación efectiva (Delgado Ruíz Gallardón, 2019).

En prácticamente todas las jurisdicciones existe un umbral de notificación basado en la cifra de negocios de las partes de la concentración⁶ y en la mayoría, hasta hace relativamente poco tiempo, éste era el único umbral. La cifra de negocios tiene la ventaja de dar seguridad jurídica a las empresas pues es un umbral objetivo, claro y resulta sencillo para las partes de una operación comprobar si se supera. También supone que no se examinan las concentraciones entre empresas de menor tamaño liberando de cargas administrativas tanto a empresas como a autoridades de competencia. Sin embargo, se trata de un umbral que no guarda relación directa con los eventuales problemas de competencia que puedan surgir de una concentración.

Su aplicación a los mercados digitales presenta una dificultad añadida puesto que muchas de las empresas adquiridas parten de modelos de negocio en los que los servicios ofrecidos no se rentabilizan del modo tradicional al ser habitual postponer la monetización hasta haber logrado una base de clientes suficiente. Esto es particularmente frecuente cuando una gran tecnológica adquiere una nueva empresa de alto potencial (*start up*) que tiene una cifra de negocio aún escasa o incluso inexistente pero que puede suponer una amenaza competitiva significativa para la adquirente.

Por tanto, el primer reto es que las concentraciones digitales que puedan afectar a la competencia estén sujetas al control de concentraciones por superar los umbrales de notificación.

La excepción angloibérica: el umbral de cuota de mercado

Otras jurisdicciones tradicionalmente han complementado el umbral de cifra de negocios con un umbral de cuota de mercado que supone que han de notificarles operaciones si como consecuencia de las mismas se adquiere o incrementa una cuota de mercado superior a cierto umbral. Cuentan con este umbral Reino Unido, España y Portugal⁷.

El umbral de cuota de mercado puede considerarse un indicador indirecto de la relevancia de una operación de concentración para la competencia pues las concentraciones que dan lugar a tasas de concentración elevadas pueden indiciariamente tener efectos negativos sobre la competencia. Así, en el caso español entre 2008 y 2024 el 90% de las operaciones que han dado lugar a la imposición de compromisos o condiciones han superado este umbral.

Desde la perspectiva del ámbito digital estos umbrales presentan una ventaja adicional puesto que permiten someter a control operaciones en las que existe adición de cuota, aunque la empresa objetivo carezca de volumen de negocio puesto que las cuotas de mercado pueden medirse en términos de volumen (como el número de usuarios o el tráfico).

⁶ Art. 8. 1 b) de la LDC y art. 1 del Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas ("Reglamento comunitario de concentraciones").

⁷ En el caso de España 30% (que se eleva a 50% si la sociedad o los activos adquiridos facturan menos de 10 millones de euros), 50% en el caso de Portugal y 25% en el caso de Reino Unido.

Así, en el caso español más del 60% de las concentraciones analizadas en el periodo 2008-2024 sólo superaba el umbral de cuota de mercado. Esto ha sido más acusado si cabe en el caso de las concentraciones digitales donde más del 75% de las 30 concentraciones analizadas en los últimos 6 años únicamente alcanzaban este umbral.

Sin embargo, si se compara con el umbral de cifra de negocios resulta menos inmediato determinar si una concentración está o no sujeta a control pues requiere determinar el mercado en el cual calcular la cuota de mercado y estimar las de los competidores. Por otra parte, puede haber adquisiciones digitales relevantes que no alcancen el umbral, lo cual explica la reciente reforma del régimen del Reino Unido⁸ que flexibiliza la aplicación de este umbral.

El umbral de valor de la transacción

En 2017 Alemania y Austria incorporaron umbrales de notificación adicionales basados en el valor de la transacción para complementar los tradicionales de cifra de negocios. Este enfoque busca garantizar el control de concentraciones en casos donde las empresas objetivo generen ingresos limitados, pero exista una desproporción significativa entre su cifra de negocio y el precio pagado, lo que podría reflejar el interés del comprador por eliminar un competidor potencial, reforzar su posición de mercado o adquirir activos estratégicos.

En Alemania, este umbral se estableció en 400 millones de euros, con requisitos adicionales de que la empresa objetivo tenga una actividad significativa en el país, que al menos una de las partes genere más de 50 millones de euros en Alemania y que el volumen de negocio global combinado supere los 500 millones de euros. Austria adoptó un esquema similar, aunque con umbrales algo más bajos.

Este umbral parte de un criterio objetivo aunque menos sencillo de aplicar que el de cifra de negocios pero tampoco permite capturar todas las concentraciones potencialmente relevantes para la competencia efectiva.

Los call in powers: ventajas y retos

En un número creciente de estados miembros de la UE (EM) la respuesta a la problemática de concentraciones relevantes que escapan al control de concentraciones ha sido aprobar los conocidos como “*call in powers*” que permiten requerir información sobre estas transacciones que no superan los umbrales y someterlas a revisión formal si se anticipan riesgos para la competencia.

Dentro de la UE en algunos países como Italia, Suecia, Hungría o Dinamarca estos *call in powers* se acompañan de unos requisitos mínimos de cifras de negocio. En otros, como Letonia o Eslovenia, se emplean junto con un criterio de cuota de mercado mientras que Irlanda y Lituania no requieren ningún requisito adicional en términos de cifra de negocio o cuota de mercado. Además, son varios los EM que están considerando la adopción de este tipo de umbrales.

⁸ En 2025 ha entrado en vigor la Digital Markets, Competition and Consumers Act que prevé que pueda solicitarse la notificación de operaciones que superen un umbral de cuota del 33% (sin necesidad de que se alcance o incremente, luego bastaría que la adquirente dispusiera previamente de presencia significativa en algún mercado) si se cumplen otros requisitos (volumen de negocios de una de las partes superior a 350 millones de libras y nexo local de la adquirida).

Sin embargo, esta solución introduce una elevada inseguridad jurídica que se traduce en una mayor carga para las empresas.

El art. 22 del Reglamento de Concentraciones y el caso *Illumina Grail*

En el sistema comunitario de control de concentraciones, si la cifra de negocios de las partes de la operación excede de los umbrales de cifra de negocios del Reglamento de Concentraciones, la Comisión Europea (CE) adquiere competencia exclusiva para analizarla. Sin embargo, este sistema incluye mecanismos de flexibilidad que permiten adaptar la competencia jurisdiccional a las características particulares de cada caso. Por un lado, el artículo 22 permite que los EM soliciten a la CE el análisis de operaciones que, aunque no alcancen los umbrales comunitarios, puedan afectar al comercio entre EM y amenacen con obstaculizar significativamente la competencia. Por otro lado, el artículo 9 ofrece flexibilidad en sentido contrario, ya que permite a los EM reclamar el análisis de una operación notificada a la CE si sus efectos competitivos se limitan a un mercado nacional concreto o a una parte sustancial del mismo.

Tradicionalmente, el artículo 22 se utilizaba solo en casos en que la operación no alcanzaba los umbrales comunitarios, pero o bien era notificable en uno o más EM o bien el EM que solicitaba el envío carecía de régimen de control de concentraciones.

Sin embargo, en 2021, con objeto de hacer frente a las lagunas Cremer, 2019 página 111) detectadas en control de concentraciones la CE adoptó una nueva interpretación del artículo 22⁹ de acuerdo con la cual aceptaría envíos incluso en casos donde la operación no fuese notificable en los países solicitantes.

Aplicando esta nueva interpretación la CE instó a los EM a solicitar el envío de la operación por la que por la que *Illumina*, que elabora sistemas de nueva generación de secuencias genéticas (NGS) adquiriría el control de la empresa de tests de detección de cáncer *Grail* que empleaba los sistemas de la adquirente. Esta operación no cumplía con los umbrales de notificación comunitarios pues *Grail* no tenía volumen de negocios ni en la UE ni a nivel mundial y tampoco cumplía los umbrales de notificación de ningún EM.

Francia solicitó el envío de la concentración a la CE y varios EM se adhirieron a su solicitud. Tras analizar el caso¹⁰ la CE prohibió la operación porque podría dar lugar a una reducción en el nivel de innovación y en la capacidad de elección de los consumidores¹¹.

Esta interpretación del art. 22 no fue confirmada por los tribunales. En relación con esta concentración el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE)¹² estableció que la CE no está autorizada a promover o aceptar que se le remitan proyectos de concentración sin dimensión europea por

⁹ Orientaciones sobre la aplicación del mecanismo de remisión establecido en el artículo 22 del Reglamento de concentraciones a determinadas categorías de casos.

¹⁰ [M.10939](#).

¹¹ La CE consideró que la entidad resultante tendrá la capacidad y el incentivo para cerrar el acceso a los sistemas NGS de *Illumina*, que es un insumo necesario para ciertos tipos de test de detección de cáncer, a competidores de la adquirida.

¹² Sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2024 en los asuntos C-611/22P y C-625/22 P (*Illumina Grail*), ECLI:EU:C:2024:677 (STJUE C-611/22P).

parte de autoridades nacionales de defensa de la competencia cuando éstas no sean competentes para examinar dichos proyectos en virtud de su propia legislación nacional. El TJUE indica que el objetivo del art. 22 no es actuar como mecanismo corrector de las deficiencias del umbral comunitario de cifra de negocios¹³ y destaca la importancia de la seguridad jurídica y la previsibilidad (Frediani, Simas y Jalil 2024) como objetivos del Reglamento de concentraciones que determina que las empresas afectadas han de poder determinar fácilmente si su proyecto de operación está sujeto al régimen de control de concentraciones y en caso afirmativo por parte de qué autoridad y con arreglo a qué requisitos procedimentales¹⁴. En consecuencia, el TJUE anuló las decisiones de la CE en relación con el envío de la concentración.

Tras esta sentencia la CE ha continuado haciendo uso del art. 22 para analizar casos digitales que no cumplieran los umbrales comunitarios, pero sí los de al menos un EM. Así, el 20 de diciembre de 2024 la CE aprobó sin condiciones la adquisición por parte de Nvidia de la *start up* Run:ai Labs¹⁵ proveedora de software que permite a los clientes corporativos programar, gestionar y optimizar su infraestructura de computación para inteligencia artificial. Esta concentración fue notificada en Italia que hizo uso de sus *call in powers* y solicitó el envío a la CE. Ahora bien, Nvidia ha recurrido la aceptación del envío por parte de la CE.

Tras la STJUE *Illumina Grail*, los *call in powers* de los EM han ganado importancia. De hecho, para algunos, quizás una consecuencia de la sentencia sea incrementar la incertidumbre para las empresas que se enfrentan a una constelación de regímenes nacionales que pueden solicitar la notificación de concentraciones que no superan umbrales.¹⁶

Por otra parte, la sentencia puede limitar la capacidad de los EM de sumarse a las solicitudes de envío de operaciones que no superan los umbrales nacionales y con ello la posibilidad de que la CE, en caso de aceptar el envío, estudie efectos circunscritos a esas jurisdicciones cuando los mercados afectados no sean de ámbito al menos europeo. Consecuentemente, podría incluso llegar a incentivar que más EM adopten *call in powers* con los correspondientes aumentos de cargas e inseguridad jurídica para las empresas.

¹³ El párrafo 200 de la STJUE C-611/22P establece que “no se ha acreditado que dicho mecanismo estuviera destinado a remediar las deficiencias del sistema de control que resultaban inherentes a una normativa basada principalmente en umbrales de volumen de negocios, la cual, por definición, no puede abarcar todas las operaciones de concentración potencialmente problemáticas.”

¹⁴ Párrafos 206, 208 y 209 STJUE C-611/22P reproducidos a continuación:

“206 En particular, esa interpretación pone en peligro la eficacia, la previsibilidad y la seguridad jurídica que deben garantizárseles a las partes de una concentración.

208 (...) los umbrales fijados para definir si una operación debe o no notificarse tienen una importancia capital. En efecto, las empresas potencialmente sujetas a obligaciones de notificación y suspensión deben poder determinar fácilmente si su proyecto de operación debe ser objeto de examen previo y, en caso afirmativo, por parte de qué autoridad y en qué fecha cabe esperar una resolución de dicha autoridad sobre dicha operación.

209 La determinación de la competencia de las autoridades nacionales de defensa de la competencia por referencia a criterios vinculados con el volumen de negocios es una importante garantía de previsibilidad y seguridad jurídica para las empresas afectadas, que deben poder identificar fácil y rápidamente a qué autoridad deben dirigirse y en qué plazo y en qué forma, en particular en lo que respecta a la lengua y al contenido de la información requerida, deben someter la cuestión a dicha autoridad cuando se embarcan en una operación de concentración.”

¹⁵ Nota de prensa disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_6548.

¹⁶ Artículo de SURA, M y WIESE, E de 2025 disponible en el siguiente enlace: <https://www.hoganlovells.com/en/publications/call-in-the-merger-cavalry-how-new-intervention-powers-are-transforming-merger-control>.

Estas implicaciones podrían parecer paradójicas toda vez que la mencionada sentencia subraya la importancia de la previsibilidad y la seguridad jurídica. No obstante, los tribunales europeos tendrán ocasión de pronunciarse al respecto en relación con el caso Nvidia.

La regulación sectorial

La DMA es sin duda una de las regulaciones más ambiciosas que la UE ha aprobado en los últimos años en el ámbito digital. Se trata de una normativa asimétrica que impone obligaciones de hacer y no hacer únicamente a ciertos grandes operadores tecnológicos designados como guardianes de acceso¹⁷ y en relación con ciertos servicios.

Este Reglamento contine previsiones específicas que afectan a las concentraciones empresariales de los guardianes de acceso. Por un lado, el art. 14 de la DMA obliga a comunicar a la CE las adquisiciones cuando (i) las partes o la entidad resultante presten servicios básicos de plataforma en el sector digital o (ii) cuando permitan la recogida de datos antes de su ejecución. El artículo prevé que la CE de traslado de esta información a los EM y haga público anualmente un listado de estas adquisiciones. Con ello se da transparencia a la política de adquisiciones de los guardianes de acceso. A su vez, en conexión con los *call in powers* y con el art. 22 del Reglamento de concentraciones esta previsión puede contribuir a someter a control estas adquisiciones.

Por otro lado, el art. 18.2 de la DMA establece que en el caso de vulneraciones sistemáticas de la DMA pueden prohibirse a los guardianes de acceso las concentraciones económicas por un tiempo determinado.

Finalmente, en tanto el marco normativo es relevante al analizar la estructura y el funcionamiento de un sector, el mismo deberá necesariamente tenerse en cuenta en el análisis sustantivo.

4. Los retos sustantivos

Una vez notificada una operación de concentración económica, el siguiente desafío consiste en llevar a cabo un análisis riguroso sobre su impacto en la competencia. Es un análisis prospectivo o *ex ante*, cuyo objetivo es determinar si la ejecución de la concentración podría generar efectos negativos para la competencia en el futuro.

El criterio sustantivo empleado para analizar las operaciones de concentración sometidas a examen está contenido en el art. 10 Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia que recoge la *“posible obstaculización de una competencia efectiva en todo o parte del mercado nacional”*. A su vez, en el ámbito comunitario adopta la forma del test de obstaculización significativa de la competencia efectiva (*Significant Impediment to Effective Competition*, SEIC, por sus siglas en inglés)¹⁸, y es el empleado en la práctica. Es un test flexible y formulado en

¹⁷ Los criterios para la designación se incluyen en el art. 3 DMA. Hasta la fecha han sido designados Alphabet, Amazon, Apple, ByteDance, Meta, Microsoft y Booking.

¹⁸ Art. 2 del Reglamento (CE) No 139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas.

términos muy amplios que no se circunscribe a teorías del daño ni parámetros de competencias concretos. Como consecuencia de este análisis, pueden prohibirse aquellas concentraciones económicas que puedan restringir significativamente la competencia.

En la UE, corresponde a las autoridades de competencia demostrar que una concentración plantea riesgos significativos para la competencia, lo que implica que la carga de la prueba recae sobre dichas autoridades. Debido al carácter prospectivo del análisis, estas gozan de un cierto margen de discrecionalidad para evaluar los posibles efectos de la operación¹⁹.

Sin embargo, una concentración económica no solo puede acarrear riesgos para la competencia, sino también generar eficiencias que podrían contrarrestar dichos riesgos. En estos casos, las empresas tienen la posibilidad de alegar tales eficiencias, pero recae sobre ellas la responsabilidad de demostrar que éstas cumplen con los estándares legales establecidos para su aceptación.

Muchos consideran que una aplicación excesivamente laxa del control de concentraciones en mercados digitales ha favorecido un exceso de concentración con efectos perniciosos sobre el bienestar (Crandall y Hazlett, 2022). De ahí que a ambos lados del atlántico haya propuestas para endurecer el régimen de control de concentraciones si bien no existe unanimidad al respecto (Crandall y Hazlett, 2022).

Cabe destacar que en el ámbito europeo las críticas no se han dirigido al test sustantivo en sí, sino a su aplicación práctica por parte de las autoridades de competencia (Schmidt, 2020).

El estándar de prueba en la UE y las voces que abogan por el cambio

Una vez establecido cuál es el test sustantivo que aplican las autoridades de competencia, SEIC en nuestro caso, es necesario conocer el estándar de prueba que ha de alcanzarse para prohibir una concentración.

Esta cuestión generó controversia en el caso comunitario HUTCHINSON 3G (THREE)/TELEFÓNICA (O2)²⁰, una concentración que habría reducido de cuatro a tres el número de operadores de comunicaciones móviles en el Reino Unido. La CE prohibió la operación en 2016, pero en 2020 el Tribunal General anuló esta decisión al considerar que la CE no había demostrado, con el estándar de prueba requerido²¹ que la concentración restringiera significativamente la competencia.

Sin embargo, en 2023, en una sentencia clave para el control de concentraciones, el TJUE anuló la sentencia del tribunal de instancia y aclaró que el estándar de prueba aplicable al con-

¹⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 13 de julio de 2023 en el asunto C-376/20 P, ECLI:EU:C:2023:561, párrafos 82-87.

²⁰ [COMP/M.7612- Hutchinson 3 G UK/ Telefónica UK](#).

²¹ En el párrafo 118 de su sentencia de 28 de mayo de 2020 en el asunto T-399/16, ECLI:EU:T:2020:217 el Tribunal General consideró que para prohibir una concentración que daba lugar a efectos no coordinados en un mercado oligopolístico en el que no había una posición de dominio que se reforzase había que probar que tales efectos se daban con una "probabilidad seria" (que en la versión inglesa corresponde a "strong probability") que va más allá de la ponderación de probabilidades sin llegar al estándar de más allá de toda duda razonable.

trol de concentraciones es el de ponderación de probabilidades²². Esto quiere decir que para prohibir una concentración las autoridades de competencia tienen que probar que es más probable que improbable que la misma restrinja significativamente la competencia efectiva. Esto requiere un análisis detallado de cómo la concentración podría afectar los parámetros de competencia relevantes evaluando escenarios posibles mediante elementos de prueba suficientes y concordantes para determinar cuál es el más probable. Como ha recordado el TJUE estos parámetros van más allá del precio²³.

En la práctica para hacer este análisis se comparan las condiciones competitivas que resultarían de la concentración con las que prevalecerían en ausencia de la misma²⁴ (el denominado escenario contrafactual).

Otro aspecto relevante de la mencionada sentencia del TJUE²⁵ es que establece que el estándar de prueba no es más elevado para teorías del daño complejas ni novedosas, aunque la complejidad pueda incidir en la probabilidad de los diversos escenarios. Precisamente por la elevada dificultad del análisis de concentraciones digitales que pueden requerir una adaptación de las teorías del daño tradicionales o incluso el desarrollo de nuevas teorías del daño, la clarificación de que ni la complejidad ni la novedad de la teoría del daño exigen un estándar de prueba más alto reviste una especial importancia.

Muchas voces autorizadas abogan por modificar este estándar de prueba, ya sea invirtiendo la carga de la prueba o introduciendo la cuantía del daño esperado a la competencia en el estándar. Estas propuestas obedecen a la dificultad que reviste probar la nocividad de una concentración digital para la competencia por tratarse de mercados complejos y muy dinámicos en los que la innovación, a menudo disruptiva, desempeña un papel clave. A su vez, los efectos son más difíciles de medir pues con frecuencia se proyectan sobre parámetros de competencia distintos del precio que son los que han sido tradicionalmente objeto de estudio; además, pueden materializarse a largo plazo. Esta combinación hace que exista una elevada incertidumbre sobre cómo evolucionarán los mercados, lo cual dificulta la labor de las autoridades de competencia que cuentan con un tiempo tasado para su análisis.

El informe Crèmer planteó la posibilidad de invertir la carga de la prueba cuando ciertas estrategias restrictivas en el ámbito digital fueran plausibles (Crèmer et al., 2019 pág 11 y 51) porque el coste en términos de bienestar de aprobar concentraciones que dañan la competencia resultaría aún mayor en el caso de concentraciones digitales (Bourreau y de Streel, 2020 pág 20). El cambio propuesto supondría que en ciertos casos correspondiese a las partes de la concentración probar que la misma es beneficiosa para la competencia.

En esta misma línea Motta (Motta, 2020 pág 35) considera con carácter general (esto es, no solo para los sectores digitales, pero *a fortiori* en estos casos) que en concentraciones horizontales en los que de acuerdo con la experiencia económica los efectos solo pueden com-

²² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de julio de 2023 (C/376/20 P), párrafo 87.

²³ La propia sentencia en su párrafo 165 establece que para analizar la dinámica competitiva la innovación y la calidad pueden ser decisivos.

²⁴ Párrafo 9 de las Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (2004/C 31/03).

²⁵ Párrafos 78, 79, 84.

pensarse con eficiencias significativas debe invertirse la carga de la prueba de forma que sean las partes las que hayan de probar las eficiencias de la concentración, también las dinámicas, y que las mismas superan los efectos negativos.

Valetti (Valetti, 2021) también defiende una inversión de la carga de la prueba asimétrica para los grandes operadores digitales que tengan un impacto sistémico. Concretamente aboga por una presunción *iuris tantum* (esto es, que admite prueba en contrario) de que las adquisiciones por parte de estos operadores dañan la competencia. Considera que la asimetría de información y de medios entre las grandes empresas digitales y las autoridades de competencia determinan que sea extremadamente difícil alcanzar el estándar de prueba requerido en el ámbito digital.²⁶

La inversión de la carga de la prueba, si bien ciertamente facilitaría la labor de las autoridades de competencia, podría compadecerse mal con principios como la libertad de empresa o la presunción de inocencia. Con todo, podría argumentarse que en la medida en que el control de concentraciones no es un procedimiento sancionador no hay derechos de defensa susceptibles de ser lesionados y no cabe invocar la presunción de inocencia. De otra parte, la inversión de la carga de la prueba podría desincentivar transacciones eficientes por la dificultad de probar su carácter procompetitivo.

Por su parte, el informe Furman (Furman, 2019 pág 13) defiende pasar de una ponderación de probabilidades a una ponderación de daños, de suerte que se haga una ponderación del efecto esperado en el bienestar. Así, podría prohibirse una operación que acarree un riesgo menor de un daño elevado.²⁷ Considera que sería desproporcionado invertir la carga de la prueba en relación con todas las adquisiciones de las grandes tecnológicas pues muchas de ellas no tendrían efectos nocivos sobre la competencia.

Cabral (Cabral, 2024) plantea un modelo de acuerdo con el cual pasar del estándar de ponderación de probabilidades a ponderación de daños supondría un incremento de las concentraciones digitales prohibidas (que pasarían de prácticamente cero actualmente al 25%) que a su vez incrementaría el bienestar en un 15%.

Las teorías del daño

Las teorías clásicas de cómo una concentración puede restringir la competencia se basan fundamentalmente en el impacto esperado en precios de una concentración. Como se ha señalado, en muchos modelos de negocio digitales no se fija un precio monetario por los servicios que presta el operador, ya sea por tratarse de una estrategia de monetización diferida hasta alcanzar una base de clientes suficientes o porque se monetiza a través de publicidad. Esto implica que los precios monetarios no son un parámetro de competencia relevante en muchos mercados digitales. Sí lo son sin embargo otros parámetros relacionados con la calidad como la experiencia de usuario, la amplitud de la gama de servicios o la innovación.

²⁶ BOURREAU y DE STREEL (2020) también señalan que las asimetrías de información probablemente sean más elevadas en los mercados digitales que en otros mercados.

²⁷ MOTTA coincide con esta aproximación.

También resultan muy relevante, particularmente en modelos de negocio que se basan en la publicidad personalizada, el acceso a datos y la capacidad para procesarlos.

Por otro lado, en las concentraciones digitales el ámbito temporal relevante puede ser más amplio que el habitual (dos o tres años) pues los efectos restrictivos de la competencia pueden materializarse a más largo plazo (por ejemplo en el caso de la innovación) (Crandall y Hazlett, 2022 pag S501). En consecuencia, el informe Lear (Argentesi et al, 2019) propone ampliar el horizonte temporal más allá de los dos años. No obstante, la cuestión no es pacífica ya que al ampliar el horizonte temporal también crece la incertidumbre (Cabral, 2021).

Los datos y la privacidad

Como se ha señalado, en la economía digital los datos desempeñan un papel central. Incluso si no se trata de datos de carácter exclusivo la posibilidad y capacidad de combinar los datos de las partes y emplearlos para reforzarse en aquellos sectores en los que opere la entidad resultante o para entrar en otros puede suponer un riesgo claro pues fortalecerá al operador resultante de la operación y hará más difícil la expansión y entrada de sus rivales (OCDE, 2023). Así, habrá de analizarse no solo el valor de acceder a más datos sino también la capacidad de procesarlos y cómo ello puede afianzar posiciones preexistentes y favorecer la expansión a nuevos ámbitos.

GOOGLE/FITBIT²⁸ es un caso en el que la CE analizó riesgos para la competencia derivados de la acumulación y combinación de datos. Concretamente, se valoró, entre otras cuestiones, si GOOGLE podía usar los datos relacionados con actividad y salud de la compañía de relojes inteligentes y rastreadores de actividad Fitbit para unirlos con sus propios datos y fortalecer su posición en los mercados de publicidad en línea. De acuerdo con la CE los datos de Fitbit son muy relevantes y valiosos al referirse a cuestiones de salud y ningún rival de Google tenía acceso a datos de esta naturaleza. Finalmente, la operación se aprobó sujeta a compromisos que incluían (i) no usar los datos de salud de Fitbit para publicidad en el Espacio Económico Europeo y (ii) mantener los datos de Fitbit separados (*data silo*) y (iii) garantizar a los usuarios el control sobre cómo se utilizan sus datos.

Otro aspecto muy estrechamente relacionado con los datos es la privacidad, que puede considerarse un parámetro de competencia similar a la calidad. Así, un riesgo para la competencia puede ser una reducción de la privacidad o de la elección entre distintos niveles de privacidad. Ahora bien, en la medida en que existe una normativa específica destinada a la protección de la privacidad, el análisis necesariamente habrá de tener en cuenta el marco normativo (Reglamento general de protección de datos²⁹ y desarrollos nacionales). Así, por ejemplo, en el caso GOOGLE/FITBIT la CE consideró que el Reglamento general de protección de datos garantizaba suficientemente la privacidad y no se incluyeron compromisos adicionales en este sentido.

²⁸ M. 9660. Decisión de 17 de diciembre de 2020.

²⁹ Reglamento (UE) 2016/679 de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

Killer Acquisitions

Las autoridades de competencia prestan cada vez más atención al impacto de las concentraciones en la innovación, pero esto no ha sido siempre así. Puede argumentarse que el artículo “*Killer acquisitions*” publicado por primera vez en 2018 por Cunningham *et al* supuso una llamada de atención para las autoridades que a su vez inspiró muchos trabajos académicos centrados en el impacto de las concentraciones en la innovación en el ámbito digital.

El artículo muestra que entre un 5 y un 7% de las adquisiciones consideradas en la industria farmacéutica resultaron en la “muerte” de un medicamento en desarrollo y que en su gran mayoría no superaban umbrales. Con ello se reducían la innovación y la competencia en el mercado. Si bien el estudio se centra en la industria farmacéutica el mismo señala la oportunidad de analizar si también en el entorno digital se dan operaciones de este tipo.

El concepto hace por tanto referencia a la adquisición de una empresa naciente por parte de un operador asentado con el objeto de que el producto de la empresa naciente o bien no llegue a ser comercializado o bien sea retirado del mercado para evitar así la competencia futura que el producto de la empresa naciente ejercería sobre la adquirente. Por tanto, se trata de un caso específico de una teoría del daño tradicional, la desaparición de un competidor potencial.

En el entorno digital se han venido produciendo muchas adquisiciones de empresas nacientes o *start ups* que aún no han empezado a monetizar un determinado producto o servicio por parte de empresas que gozan de poder de mercado.

El análisis de este tipo de transacción en el entorno digital desde el punto de vista de la competencia supone todo un desafío. De una parte, el dinamismo de estos mercados y el ritmo de la innovación hace muy difícil determinar cuál sería el escenario en el que se desarrollaría la competencia en ausencia de la transacción analizada. La determinación del contrafactual supone responder a preguntas como cuál sería el grado de presión competitiva que ejercería la empresa objetivo sobre la adquirente en ausencia de la transacción y esto es particularmente difícil en entornos muy dinámicos y cuando existe incertidumbre sobre el éxito y las aplicaciones de la innovación o el desarrollo del producto por parte de la empresa objetivo. De otra parte, las operaciones en el sector digital pueden comportar eficiencias de difícil cuantificación.

Si bien este concepto ha tenido una enorme repercusión, las *killer acquisitions* que suponen la desaparición del producto que está desarrollando un competidor potencial son poco frecuentes (Padilla, 2024). En el ámbito digital son más habituales las denominadas *reverse killer acquisitions* (Caffarra, 2020) 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.

En general este tipo de transacciones suponen que la empresa adquirente en lugar de innovar adquiere la tecnología de la nueva empresa. Luego, en muchas transacciones que puedan considerarse “*reverse killer acquisitions*” no se aprecia una pérdida directa de bienestar y se puede argüir que una innovación de una pequeña empresa al ser adquirida por una gran plataforma con notables recursos financieros acelerará la comercialización de un nuevo producto

o la incorporación de un insumo o proceso a la comercialización de un producto ya existente mejorándolo. No obstante, en el medio plazo puede suponer que innovación de la *start up* no competirá con la de la adquirente lo cual reduce los incentivos a innovar, el esfuerzo en innovación y la intensidad en la misma con el consiguiente efecto negativo sobre el bienestar.

Por otra parte, este tipo de operaciones de concentración puede también dar lugar a eficiencias, por ejemplo, al posibilitar acceder a datos más ricos. En tanto puede ser difícil llegar a distinguir los efectos pro competitivos de los restrictivos o comparar el impacto de cada uno de estos dos efectos de sentido opuesto el análisis de este tipo de operaciones puede llegar a ser particularmente complejo.

La teoría del daño de las *reverse killer acquisitions* fue explorada por la CE al analizar la adquisición por parte de Adobe³⁰, si bien las partes desistieron de la transacción. La CE estudió el riesgo de que se tras la operación se discontinuase un producto con los consiguientes efectos nocivos sobre la innovación y la capacidad de elección. Concretamente se valoró si tras la transacción se discontinuaría la herramienta interactiva de diseño de Adobe, al ser Figma un competidor dinámico con un producto atractivo, o se dejaría de invertir en la misma no ofreciendo nuevas versiones.

El análisis de la innovación en la práctica

La importancia relativa de la innovación en el ámbito digital en comparación con otros sectores se refleja en el cociente entre la inversión en I+D y la cifra de ventas (también conocido como ratio de intensidad de la inversión). Padilla (Padilla, 2024 p18) muestra como esta inversión es sustancialmente más elevada en el ámbito digital que en otros sectores económicos y que es también es comparativamente más alta entre las grandes tecnológicas. Señala que a pesar de las múltiples adquisiciones las GAFAM³¹ han mantenido su inversión en innovación.

Otros indicadores que se han empleado se refieren a la proporción de recursos humanos dedicados a la innovación o el número de patentes, pues pueden ilustrar la importancia relativa de la innovación para la empresa.

En los últimos años las autoridades de competencia vienen haciendo un uso creciente de la documentación interna de las partes; por ejemplo, la relativa a planes de negocio y de inversión en I+D+i puede permitir conocer la intención de la adquirente al comprar a la empresa naciente, y si considera que la empresa objetivo ejerce una verdadera presión competitiva pues dispone de innovaciones prometedoras.

La práctica de la CNMC en los últimos años muestra que en las concentraciones digitales se analiza sistemáticamente el impacto en innovación. Un ejemplo de ello es el caso C/1263/22 NORTON/AVAST que afectaba al sector de la ciberseguridad. En este caso se compararon las ratios de intensidad en I+D de ambas empresas y se analizó cómo los incentivos a invertir podían verse afectados por la concentración. Tras estudiar tanto las respuestas al test de mercado como documentación interna de las partes se concluyó que la operación no com-

³⁰ M.11033. Este caso también fue remitiendo a la CE en virtud del art. 22 del Reglamento de concentraciones.

³¹ Google, Apple, Facebook (ahora Meta), Amazon y Microsoft.

portaba un riesgo apreciable de disminución de la innovación en el mercado. Los propios avances en ciberdelincuencia hacen necesario un esfuerzo sostenido en investigación a lo que se unen las soluciones gratuitas y eficientes. En este sentido varias grandes tecnológicas añaden sin coste adicional a sus productos soluciones de ciberseguridad dada la importancia de una experiencia de usuario segura. El test de mercado mostró que los incentivos a invertir en innovación de operadores que ejercían presión competitiva sobre las partes no se verían negativamente afectados.

De modo similar en el caso C/1295/22 KARNOV, en relación con soluciones de software jurídico, tras analizar documentación interna, ratios de innovación y respuestas al test de mercado, se consideró que tras la operación no se verían negativamente afectados los incentivos a innovar. Más recientemente en el caso C/1426/23 JCDECAUX/CLEAR CHANNEL se analizó si la desaparición de la presión competitiva ejercida por Clear Channel y que habría contribuido a la digitalización de soportes de publicidad comercial exterior podría haber resultado en una reducción de la innovación. No obstante, las partes desistieron de la operación.

Los ecosistemas digitales

Tradicionalmente las autoridades de competencia se han centrado en teorías del daño horizontales y en menor medida en las verticales y conglomerales. Las horizontales³² se centran en los problemas de competencia que provocan las concentraciones entre partes que son competidores reales o potenciales porque la concentración elimina la presión competitiva que una de las partes ejerce sobre la otra.

En cuanto a las teorías del daño verticales, estas se enfocan en los riesgos derivados de concentrar actores presentes en distintos eslabones de la cadena de valor. A su vez, las teorías del daño conglomerales se centran en los problemas de competencia que pueden surgir cuando una empresa se apalanca en su poder en un mercado para reforzarse en un mercado distinto pero relacionado con el primero.

Los efectos horizontales han sido tradicionalmente considerados los más perniciosos para la competencia por existir más margen para las eficiencias en los efectos verticales y conglomerales³³, por ejemplo, en términos de reducción de costes de transacción.

En los mercados digitales distintas plataformas compiten por la atención de los consumidores, el tiempo que dedican a la plataforma y su nivel de interacción (*engagement*) pues cuanto más tiempo pasen en su ecosistema más oportunidades de generar ingresos tendrá la plataforma, sea mediante suscripción (pues el usuario estará dispuesto a pagar más por su suscripción) o sea a través de la publicidad (habrá más oportunidades para mostrar anuncios y estos podrán ser más personalizados ya que la plataforma dispondrá más datos del usuario). Asimismo, cuanto más tiempo dedique el usuario a la plataforma mejor se conocerán sus preferencias lo que permitirá mejorar y personalizar la oferta de productos, servicios y la publicidad.

³² Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (2004/C 31/03).

³³ Párrafos 11 y siguientes de las Directrices para la evaluación de las concentraciones no horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (2008/C 265/07).

A ello se añade la relevancia de las economías de alcance y el hecho de que muchos de los activos y capacidades de las grandes plataformas pueden emplearse en muy diversos mercados (Caffarra et al., 2023).. En este contexto, los operadores ya instalados tienen incentivos a incluir nuevos productos y servicios en su plataforma pues disponen de una amplia base de usuarios y al ampliar su oferta se posibilita que el usuario pase más tiempo en su ecosistema. De este modo, en el mundo digital las fronteras entre horizontal, vertical y conglomeral se desdibujan y existen múltiples interacciones entre sectores muy distintos a los que puede aplicarse esa constelación de activos y capacidades. En consecuencia, el concepto de ecosistemas va ganando tracción tanto en el mundo académico como entre las autoridades de competencia.

Así, la OCDE (OCDE, 2023) define los ecosistemas digitales como líneas de productos o servicios ligadas por sus funcionalidades compartidas que generan beneficios a los consumidores cuando se usan conjuntamente.

Por lo que respecta a su impacto en el funcionamiento de los mercados, los ecosistemas presentan ventajas para los usuarios que disfrutan de un amplio abanico de servicios en una plataforma que conocen. No obstante, a medio plazo pueden elevar las barreras de entrada y expansión al atraer tráfico y retenerlo entre otras cuestiones por los costes que supone para el usuario cambiar de ecosistema.

Un buen ejemplo de las teorías del daño ligadas a ecosistemas es la operación por la que Booking proyectaba comprar la plataforma Etraveli que fue prohibida por la CE en 2023³⁴. Booking es una agencia de viajes en línea enfocada en las reservas hoteleras que notificó la adquisición de una agencia de viaje en línea especializada en las reservas de vuelos. La CE consideró que la operación dificultaría gravemente la competencia efectiva porque reforzaría la posición de dominio de Booking en el mercado de las reservas hoteleras en línea, lo cual habría acarreado mayores costes para los hoteles y eventualmente para los consumidores.

De acuerdo con la CE la transacción habría permitido a Booking hacerse con un canal relevante para la adquisición de clientes pues los vuelos son complementarios de los alojamientos hoteleros, generan un volumen de tráfico relevante y suelen ser el primer paso al planear un viaje. Por ello la transacción habría permitido a Booking apalancarse en el mercado conexo de agencias de viaje en línea para vuelos para fortalecer su posición en alojamiento y ampliar su ecosistema de servicios de viaje. En la decisión el ecosistema de servicios de Booking comprende a la amplia gama de servicios ofrecidos que cubre múltiples aspectos de la experiencia de viaje como distintos tipos de alojamientos, vuelos, taxis o entradas para atracciones³⁵. En la medida en que la operación fortalecería la posición de dominio de Booking al incrementar el tráfico a su plataforma y las ventas, la transacción reforzaría sus economías de red y las barreras de entrada y expansión, haciendo más difícil que otras agencias de viaje en línea pudiesen desarrollar una base de clientes suficiente.

En estos casos el marco de análisis tradicional (cómo incide la concentración en los incentivos y la capacidad de la entidad resultante de afectar negativamente a la competencia) tam-

³⁴ Decisión de la CE de 25 de septiembre de 2023 en el asunto M.10615 BOOKING HOLDINGS/ETRAVELI GROUP.

³⁵ Nota al pie 229 de la decisión BOOKING/ETRAVELI.

bién se desdibuja (Caffarra et al, 2023). La clave radica en cómo la concentración afecta directamente a la estructura de mercado: a la conducta de los consumidores y a la contestabilidad de los mercados afectados (Batra, 2024). Así, ha de tenerse en cuenta que los consumidores tienen tendencia a permanecer en un ecosistema que conocen para evitar costes de cambio y aprendizaje (efecto *lock in*). En paralelo, como se ha señalado, el crecimiento del tráfico en los ecosistemas incrementa los efectos de red y su combinación con los efectos *lock in* amplifica las barreras de entrada.

5. Conclusiones

El control de concentraciones desempeña un papel esencial para garantizar el buen funcionamiento de los mercados, preservando la competitividad y fomentando la innovación. Tradicionalmente este instrumento se ha aplicado de manera horizontal a todos los sectores, incluidos aquellos con altos niveles de concentración y barreras de entrada significativas, utilizando umbrales de notificación claros que ofrecían seguridad jurídica. Sin embargo, el enfoque tradicional ha resultado insuficiente en la economía digital, donde muchas operaciones, especialmente aquellas relacionadas con empresas emergentes, no se han analizado o sus riesgos no se han evaluado correctamente.

En los últimos años, ha habido una creciente toma de conciencia sobre las singularidades de la economía digital y sus implicaciones para la competencia. Características como las economías de red, las economías de escala extremas y el papel estratégico de los datos generan dinámicas que favorecen la concentración y presentan desafíos significativos para el control de concentraciones. Este cambio de enfoque ha impulsado el desarrollo de investigaciones académicas, modificaciones normativas que amplían las obligaciones de notificación, y debates sobre la posible reformulación del estándar y la carga de la prueba.

El análisis de concentraciones digitales requiere ir más allá de los enfoques tradicionales centrados en el impacto sobre precios, integrando parámetros como la calidad, la privacidad y la innovación. Ciertamente la velocidad del cambio tecnológico y la incertidumbre inherente al análisis prospectivo complican este proceso. Sin embargo, esta complejidad no debe ser una excusa para la inacción. Por el contrario, demanda creatividad y rigor en el empleo de las herramientas disponibles para aplicar un marco sólido y adaptado a las dinámicas digitales.

Por su parte, las autoridades de competencia han creado equipos especializados en economía digital que conocen estos modelos de negocio y sus dinámicas competitivas. Se están analizando con mayor profundidad las concentraciones digitales notificadas, estudiando el impacto en parámetros de competencia distintos del precio y aplicando desarrollos recientes de teorías del daño tradicionales. En este contexto, el test sustantivo SEIC ha demostrado ser una herramienta flexible y adecuada para integrar nuevas teorías del daño, permitiendo un análisis ajustado a las especificidades de los mercados digitales.

El objetivo del control de concentraciones no es frenar la innovación ni limitar el crecimiento de las empresas, sino garantizar el funcionamiento competitivo del mercado, evitando que las barreras de entrada se vuelvan insuperables y preservando la diversidad y calidad en pro-

ductos y servicios. En última instancia, el éxito del control de concentraciones en la economía digital dependerá de su capacidad para identificar las dinámicas competitivas propias de la economía digital y su evolución.

Para que los mercados digitales sean abiertos y dinámicos es fundamental garantizar la competencia efectiva y el fomento de la innovación; en este contexto el control de concentraciones sigue siendo una herramienta clave.

Bibliografía

- ALLENDE SALAZAR, R. *Plataformas digitales y Big Data. Retos para el derecho de la competencia, Especial referencia al control de concentraciones*. Anuario de derecho de la competencia 2020. Thomson civitas.
- ÁLVAREZ, I. VELASCO, P. *Digital mergers under review*.
- ARGENTESI, E; BUCCIROSSI, E; DUSO, T; MARASSO, A; NAVA, S. *Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets*. 2019. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3501501>
- BATRA, M; DE BIJL, P; KLEIN, T. *Ecosystem theories of harm in EU merger control: analysing competitive constraints and entrenchment*. Journal of European Competition Law & Practice, Volume 15, Issue 6. 2024, <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpae061>
- BOURREAU, M.; DE STREEL, A. *Big Tech acquisitions. Competition and innovation effects and EU Merger Control*. Issue Paper, Centre on Regulation Europe, 2020.
- CABRAL, L. *Big Tech Acquisitions*. International Journal of Industrial Organization. 2024. <https://doi.org/10.1016/j.ijindorg.2024.103127>
- CABRAL, L. *Merger policy in digital industries*. Information Economics and Policy. 2021. <https://doi.org/10.1016/j.infoecopol.2020.100866>
- CAFFARRA, C; ELLIOTT, M., GALEOTTI, A. "Ecosystem" theories of harm in digital mergers: New Insights from network economics. Parts 1 and 2 2023 <https://cepr.org/voxeu/columns/ecosystem-theories-harm-digital-mergers-new-insights-network-economics-part-1> <https://cepr.org/voxeu/columns/ecosystem-theories-harm-digital-mergers-new-insights-network-economics-part-2>
- CAFFARRA, C; CRAWFORD, G; VALLETTI, T. *How tech rolls': Potential competition and 'reverse' killer acquisitions* VoxEU.org, 2020.
- CHAVONNAND-VALADES, N; FABRE, G; THOMAS, B. *Concentrations in the digital sector: Interplays between the DMA and EU merger control*. Concurrences N° 3-2024. 2024
- CRANDALL, R; HAZLETT, T. *Antitrust in the Information Economy: Digital Platform Mergers*. Journal of Law and Economics, vol. 65. University of Chicago. 2022.
- COLINO, S; CHUNG, K. *Reshaping EU Merger Control: from Harm Detection to Harm Control*. Journal of European Competition Law & Practice, Volume 15, Issue 6, (páginas 409–418). 2024. <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpae052>
- CUNNINGHAM, C; EDERER, F., MA, S. *Killer Acquisitions*. 2021. Journal of Political Economy. <https://doi.org/10.1086/712506>
- DELGADO RUÍZ GALLARDÓN, I. *Umbral de notificación: análisis comparativo entre España y la Unión Europea y los retos de la era digital*. 2019. Anuario de Competencia CNMC.
- D'AMICO, A. *Closing the tech acquisition enforcement gap: from article 22 to article 102*. European Competition Journal. 2023

- DE STEFANO, G; IBÁÑEZ COLOMO, P. *EU merger control: quo vadis?* Journal of European Competition Law & Practice, Volume 15, Issue 6. 2024. <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpae064>
- EUROPEAN COMMISSION: DIRECTORATE-GENERAL FOR COMPETITION; MONTJOYE, Y; SCHWEITZER, H; CRÉMER, J., *Competition policy for the digital era*, Publications Office. 2019. <https://data.europa.eu/doi/10.2763/407537>
- EUROPEAN COMMISSION: DIRECTORATE-GENERAL FOR COMPETITION, *Competition merger brief. Issue 2/2024, September*, European Commission, 2024, <https://data.europa.eu/doi/10.2763/7278586>
- FREDIANI, Z; SIMAS, L; JALIL, H. *Gun-jumping Enforcement and the Effect of Illumina Grail*. EUROPEAN COMPETITION AND REGULATORY LAW REVIEW (CoRe). 2024 OI: 10.21552/core/2024/3/6
- FURMAN et al. *Unlocking digital competition, Report of the Digital Competition Expert Panel*. HM Treasury. 2019. <https://doi.org/10.17639/wjcs-jc14>
- GAUTIER, A; LAMESCH, J. *Mergers in the digital economy*. Information Economics and Policy. 2020.
- MOTTA, M; PEITZ, M. *Big Tech Mergers*. Barcelona GSE Working Paper Series, Working Paper nº 1198, 2020.
- MOTTA, M; PEITZ, M. *Big Tech Mergers*. Information Economics and Policy volume 54, 2021. <https://doi.org/10.1016/j.infoecopol.2020.100868>
- OCDE. *Theories of Harm for Digital Mergers*. OECD Roundtables on Competition Policy Papers 293, OECD Publishing, 2023.
- PADILLA, J; GINSBURG, D; WONG-ERVIN, K. *Dynamic competition and antitrust: quick-look inferences from the analysis of big tech's R&D expenditure ratios*. 2024. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4721216>
- ROBERTSON, V. *Merger review in digital and technology markets: Insights from national case law*. Directorate for Competition, European Commission. 2022
- ROBERTSON, V *Digital merger control: adapting theories of harm*. European Competition Journal. 2024. DOI: 10.1080/17441056.2024.2307163
- ROBERTSON, V. *The Future of Digital Mergers in a Post DMA_World*. 2023
- SCHMIDT, H. *Merger regulation in the digital economy and the forgotten goal of innovation*. Journal of Antitrust Enforcement. 2023
- VALETTI, T. *How to tame the Tech Giants: Reverse the burden of proof in merger reviews*. Concurrances. 2021.
- VIVES, X. *La competencia en los mercados digitales*. Fedea. 2024.