



Universidad Internacional de La Rioja
Facultad de Derecho

Máster Universitario en Propiedad Intelectual E Industrial

**Evaluación de las operaciones de
concentración en mercados digitales
desde el marco jurídico europeo**

Trabajo fin de estudio presentado por:	Ane Montero Costa
Tipo de trabajo:	Investigación teórica
Director/a:	Octavio Gil Tamayo
Fecha:	18 de septiembre de 2024

Resumen

En los últimos años, las operaciones de concentración producidas en los mercados digitales han generado un enorme interés en la doctrina, principalmente por el impacto de éstas en el mercado y en la competencia. Esta cuestión ha propiciado un debate en torno a los criterios sustantivos para la evaluación de las operaciones, la competencia de las autoridades de control y la adecuación de los mecanismos. Por ello, el trabajo pretende dar respuesta a esta problemática examinando el régimen jurídico europeo de control de concentraciones, con especial hincapié en los mercados digitales. Tras un exhaustivo análisis, concluimos que todavía existen lagunas en el marco normativo, en particular en lo que respecta a la evaluación de las operaciones en el sector de la GenIA, como se ha observado en el caso Microsoft/Mistral AI. La investigación contribuye en el ámbito del Derecho de defensa de la competencia en los mercados digitales.

Palabras clave: competencia; concentración; GAFAM; start-up; digital; mecanismos

Abstract

In recent years, mergers in digital markets have generated considerable interest in the literature, mainly due to their impact on the market and on competition. This issue has led to a debate around a possible substantive and jurisdictional gap as well as about the adequacy and efficiency of the mechanisms. Therefore, the paper aims to answer to this question by examining the European Union merger regulation, with special emphasis on digital markets. After an exhaustive analysis, we conclude that there is still an enforcement gap in the European Union merger regulation. In particular, with regard to the evaluation of mergers in the generative artificial intelligence field, as it has been analyzed in the Microsoft/Mistral AI case. The findings are to contribute to the field of competition law in digital markets.

Keywords: competition; acquisitions; GAFAM; startup; digital; mechanisms

Agradecimientos

Tras haber finalizado este trabajo, que se enmarca dentro de mis estudios de Máster de Propiedad Intelectual e Industrial, me gustaría agradecer a todas las personas que de una u otra manera me han guiado en este camino.

A mi familia que siempre ha confiado en mí y ha sido un pilar fundamental durante mi etapa universitaria. En especial, a mis padres que han estado siempre conmigo al pie del cañón aun cuando ni yo misma confiaba en mí. Y a mi hermano y mi abuela que también han sido un gran apoyo durante estos largos años de estudio. Gracias por no soltarme la mano y celebrar mis triunfos como si también fuesen vuestros. Veo vuestro orgullo reflejado en vuestros ojos. Gracias porque todo esto no hubiera sido posible sin vuestro cariño y esfuerzo.

Igualmente, agradecer a Marta, mi tutora durante el máster, que me ha animado siempre y ha estado pendiente de mí. Y a Octavio, el director de este trabajo de fin de máster, por la ayuda brindada en la elaboración de este trabajo.

Gracias de corazón por todo lo que cada uno me habéis aportado.

Índice de contenidos

1.	Introducción.....	8
1.1.	Justificación del tema elegido	8
1.2.	Problema y finalidad del trabajo	9
1.3.	Objetivos	9
1.4.	Estructura y metodología	10
2.	Marco teórico	11
2.1.	Origen e implantación del Derecho de competencia en la Unión Europea	11
2.2.	Noción de operación de concentración	15
3.	Los ecosistemas digitales y la competencia	17
3.1.	Características del sector digital y su impacto en el mercado	17
3.2.	Estado de la cuestión: las <i>killer acquisitions</i> en la doctrina.....	20
4.	Evaluación sustantiva y competencial de las operaciones de concentración.....	28
4.1.	Teorías del daño para el análisis sustantivo de las operaciones	29
4.1.1.	Teorías tradicionales del daño	29
4.1.2.	Nuevas teorías del daño	30
4.1.2.1.	Teorías relacionadas con los datos	30
4.1.2.2.	Teorías relacionadas con el acceso a información confidencial.....	32
4.1.2.3.	Teorías basadas en la privacidad.....	33
4.1.2.4.	Teorías basadas en los ecosistemas	34
4.1.2.5.	Teorías basadas en los efectos a largo plazo	35
4.1.3.	Apartado práctico.....	36
4.2.	Reparto competencial: competencia de la Comisión Europea	40
5.	Mecanismos de control <i>ex ante</i> en mercados digitales	43
5.1.	Reglamento de Control de Concentraciones.....	44

5.2.	Reglamento de Mercados Digitales.....	47
5.3.	Reglamento de Datos y otras normas para la protección de datos	49
6.	Caso de análisis: Microsoft y Mistral AI	54
6.1.	Microsoft Corporation.....	55
6.2.	Mistral AI	57
6.3.	Acuerdo de colaboración	57
6.4.	Análisis de la colaboración e implicaciones en la competencia	58
7.	Conclusiones	66
	Referencias bibliográficas	70
	Listado de abreviaturas	84

Índice de tablas

Tabla 1. Segmentos de mercado, clases de usuarios y productos	18
Tabla 2. Segmentos de mercado, productos e ingresos de Microsoft en 2024	56

1. Introducción

1.1. Justificación del tema elegido

El impacto de la economía digital mediante el establecimiento de las plataformas digitales ha sumergido a la sociedad actual en una espiral de innovación, desarrollo y avance tecnológico, erigiéndose como un elemento necesario y propulsor de nuestra vida cotidiana. Hacemos uso de estas plataformas tanto en el ámbito social como empresarial, ya sea para socializar o interactuar entre nosotros, entretenernos, gestionar y liderar nuestro negocio o incluso formarnos, entre otros. Como resultado, las plataformas digitales nos brindan un sinnúmero de oportunidades y beneficios a la sociedad en su conjunto. No obstante, la creciente concentración de poder que han adquirido algunas de ellas, particularmente, las denominadas GAFAM por sus siglas –Google (ahora Alphabet), Amazon, Facebook (ahora Meta), Apple y Microsoft– ha generado profundas preocupaciones. Las características intrínsecas que presenta la industria digital –efectos de red, economías de escala y gama, gran volumen de datos, generación de ecosistemas digitales, etc.– ha fomentado el fortalecimiento de estas grandes tecnológicas en detrimento de sus competidores, así como un aumento en la concentración empresarial de esta industria (BOURREAU Y PERROT 2020, p. 2).

Esta predisposición ha llamado la atención de muchos académicos, quienes han examinado algunas de las operaciones de concentración en la que han intervenido las GAFAM, máxime tras la publicación de la obra de CUNNINGHAM, EDERER Y MA (2021). Su estudio revela una nueva tendencia que los autores han acuñado como *killer acquisitions*; haciendo mención, así, a las adquisiciones de empresas emergentes en la industria farmacéutica que tiene como objetivo detener sus proyectos de innovación y anticiparse a futuros competidores. A raíz de esta publicación, se ha generado un gran número de artículos doctrinales en torno a las *killer acquisitions*, en la que algunos de estos académicos han examinado la aplicación de estos hallazgos en la industria digital. Sus investigaciones arrojan una conclusión clara; si bien la relevancia empírica de este fenómeno es cuestionable, estas operaciones producen un daño a la competencia, aunque éstas no han sido controladas debidamente.

1.2. Problema y finalidad del trabajo

En concreto, la OCDE reporta que aproximadamente el 97% de las operaciones que se han realizado a nivel internacional no han sido previamente controladas por ninguna autoridad (OCDE 2023, p. 6). Pero ¿por qué razón? Los estudios han dado lugar a nuevas incógnitas que se centran en tres cuestiones principalmente. En primer lugar, la posible existencia de un vacío competencial; en segundo lugar, un eventual vacío sustantivo en torno a los criterios utilizados por el órgano competente para analizar los posibles daños de dicha operación en la competencia. Tradicionalmente se han utilizado las teorías horizontales, verticales y de conglomerado, no obstante, las características propias de la industria digital favorecen unos daños concretos, distintos a los tradicionales. Ello ha generado un debate sobre si estas teorías son capaces de capturarlos o si son necesarias unas nuevas teorías. Por último, si los instrumentos generales *ex ante* y *ex post* son eficaces para controlar las concentraciones digitales o si deben considerarse otros mecanismos específicos.

A la luz de lo anteriormente expuesto, el presente trabajo se centra en analizar en qué medida el marco jurídico europeo de control de concentraciones es eficaz y útil para prevenir y controlar las concentraciones digitales en manos de las GAFAM. Ello nos lleva a plantearnos la siguiente hipótesis: el marco normativo no está lo suficientemente adaptado a las distintas vías de asociación, especialmente en determinados sectores como la inteligencia artificial generativa. Si bien ha habido avances, queda camino por recorrer, de forma que operaciones que puedan suscitar problemas competitivos no queden sin ser supervisadas.

1.3. Objetivos

En consecuencia, se han establecido cuatro objetivos específicos. Primero, estudiar las características de la industria digital así como algunos de los estudios realizados sobre las motivaciones detrás de las adquisiciones de start-ups innovadoras por las GAFAM, con el fin de conocer si las teorías tradicionales del daño son suficientes o deben considerarse nuevas teorías del daño. Segundo, analizar el sistema de reparto de competencias por el que la Comisión Europea se erige como autoridad competente. Tercero, examinar los mecanismos *ex ante* generales y específicos existentes para el control de las concentraciones en esta industria, pues el mecanismo de revisión *ex post* por excelencia –el artículo 102 del Tratado

de Funcionamiento de la Unión Europea—, es aplicable a cualquier abuso de posición de dominio independientemente de que se produzca en la industria digital. Cuarto y último, evaluar un caso de análisis, para el que el trabajo propone el reciente acuerdo de colaboración entre Microsoft y la start-up francesa Mistral AI, dedicada a la inteligencia artificial generativa. Con ese fin, el trabajo determinará el encaje del acuerdo en la noción de concentración recogida en el marco jurídico europeo para el estudio de la posible aplicación de los mecanismos existentes de control al caso práctico.

1.4. Estructura y metodología

En lo que concierne a la estructura del trabajo, éste se ha organizado en seis grandes secciones. Comenzando por una aproximación al marco normativo relativo a la implantación del Derecho de defensa de la competencia en la Unión Europea y, en específico, sobre la noción de operación de concentración. Seguidamente, se dedica un capítulo a comprender las características de los ecosistemas digitales y su impacto en la competencia. Más tarde, se examinan las teorías tradicionales del daño así como las nuevas teorías que han emergido junto con el reparto competencial entre los distintos órganos de control. A continuación, se analizan los mecanismos de control *ex ante* en el marco de la Unión Europea. El último capítulo presenta un caso práctico, en el que se evalúa la posible aplicación de los mecanismos analizados en el capítulo anterior al acuerdo de colaboración entre Mistral IA y Microsoft. Finalmente, el trabajo presenta unas conclusiones sobre el objeto del trabajo.

La investigación se desarrolla a través de un método hipotético-deductivo y un enfoque cualitativo que se apoya en artículos de investigación o revistas, estudios e informes de organizaciones internacionales o regionales que permitan aportar información sobre el tema a tratar. De igual modo, se profundiza sobre algunas de las decisiones adoptadas por la Comisión Europea en materia de control de concentraciones al igual que jurisprudencia relevante. Finalmente, se hace uso de la normativa UNE-ISO 690 para incluir las referencias bibliográficas.

2. Marco teórico

2.1. Origen e implantación del Derecho de competencia en la Unión Europea

Los orígenes del Derecho de defensa de la competencia –también conocido como Derecho *antitrust*– datan a finales del siglo XIX cuando se aprobó la *Sherman Antitrust Act* de 2 de julio de 1890 (ORTIZ BLANCO ET AL. 2008, p. 19) y la *Clayton Antitrust Act*, que se dictó años más tarde en 1914 en Estados Unidos, que complementada con la jurisprudencia emanada por los tribunales, se expandió posteriormente a otras partes del mundo (VELASCO SAN PEDRO 2010, p. 21).

En Europa, el Derecho *antitrust* está asociado al proceso de integración de la Unión Europea, después del período de posguerra de la Segunda Guerra Mundial. Los seis primeros miembros de las Comunidades Europeas –«Francia, Alemania, Italia, Bélgica, Luxemburgo y Países Bajos»– recogieron alguna de estas normas en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas (ORTIZ BLANCO ET AL. 2008, p. 27), puesto que, en aquel momento, solamente Alemania contaba con un modelo de defensa de la competencia (BENEYTO PÉREZ Y TRONCOSO FERRER 2017, p. 37).

El Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (en adelante, CECA), ratificado en París, prohibía los acuerdos restrictivos de la competencia, la posición de dominio y, por primera vez, se establecían herramientas de control de las operaciones de concentración que se producían en el sector del carbón y del acero. Años más tarde, se firmó el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (en adelante, TCEE) en Roma, que al igual que disponía el Tratado anterior, ampliaba el régimen de defensa de la competencia a otros sectores (ORTIZ BLANCO ET AL. 2008, p. 23). De hecho, el objetivo del Tratado de Roma –que sentó las bases de la Comunidad Económica Europea, hoy en día, la Unión Europea– era precisamente instaurar el Mercado Común Europeo guiado por el principio de libre competencia (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO 2022, p. 294). De hecho, las normas contenidas en estos Tratados han perdurado en el tiempo mediante el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante, TCE) y más tarde por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE). Se asienta, así, el Derecho europeo de defensa de la competencia que emana del Derecho originario y derivado (VELASCO SAN PEDRO 2010, p. 21).

Las conductas prohibidas que se recogen en estos textos pueden resumirse en: i) acuerdos, decisiones y prácticas entre empresas que tengan por objeto o efecto impedir, falsear o restringir la competencia, con ciertas excepciones a aquellas formas de cooperación que producen beneficios en la sociedad (artículo 101 TFUE y ex artículo 81 TCE); ii) el abuso de posición de dominio (artículo 102 TFUE, ex artículo 82 TCE); iii) empresas públicas y gestión de servicios de interés económico general (artículo 106 TFUE, ex artículo 86 TCE); y iv) ayudas públicas (artículo 107 TFUE, ex artículo 87 TCE) (SIGNES DE MESA 2013, pp. 39-40).

Sin embargo, el control de operaciones de concentración sólo se recogía en el CECA, cuyo artículo 66 prohibía las concentraciones en los sectores del carbón y del acero, ya que el Tratado de Roma – como posteriormente el TFUE– no preveía ninguna disposición de este tipo (MAILLO 2017, p. 636). El motivo se debe a que tras el proceso de integración se optó por promover las fusiones y adquisiciones de empresas en vez de diseñar mecanismos para controlarlas con el objetivo de fortalecer la industria europea. Con ello, a principios de los años 60 comenzó la primera ola de fusiones y adquisiciones en Europa, aunque en aquél entonces, se infravaloraron los riesgos que este tipo de operaciones podían provocar, como el abuso de la posición de dominio o el monopolio. Por ello, en 1965 se plantearon medidas que se recogieron en el «Memorando sobre el problema de las concentraciones en el Mercado Común» –tales como la aplicación del artículo 82 TCE– con vistas a impedir las prácticas abusivas derivadas de estas concentraciones (SCHÖTER 2007, pp. 307-308). Entrando en la década de los 70, los efectos negativos producidos como resultado del incremento de las fusiones y adquisiciones se hicieron más palpables aún, lo que llevó al legislador europeo a regular la materia (FERNÁNDEZ TORRES 2013, p. 319).

A la luz de estos acontecimientos, el Consejo expuso la primera propuesta de reglamento para el control de concentraciones en 1973, que tras un largo período de 14 años siendo discutida, no fue bien acogida por alguno de los Estados miembro. Entre ellos, «Francia, Alemania, España o Reino Unido», quienes habían legislado sobre la materia en sus ordenamientos jurídicos y no aspiraban a otorgar nuevas competencias a la Unión Europea. Sin embargo, ante la nueva ola de fusiones y adquisiciones de los años 80 la Comisión revisó la propuesta de Reglamento de 1973, pero no fue hasta 1987 cuando comenzaron las conversaciones y negociaciones (SCHÖTER 2007, p. 307).

El objetivo de controlar las operaciones de concentración era precisamente evitar los efectos negativos que se venían produciendo – abuso de poder o monopolio– y asegurar un sistema

competitivo (FERNÁNDEZ TORRES 2013, p. 320). Precisamente, la competencia se define como una lucha por obtener el mercado, de forma que el Derecho de defensa de la competencia lo que pretende es estimular esa competitividad, pues esto ofrece significativas ventajas a la sociedad –tanto a consumidores como a empresas–(ALONSO SOTO 2017, p. 61). La falta de la misma distorsiona este sistema, ya que sin él los operadores económicos tratarían de incrementar sus ingresos a costa del bienestar de los consumidores, haciendo uso de otros mecanismos más perjudiciales para el consumidor. Así las cosas, el Derecho de defensa de la competencia es un «conjunto de normas, principios y estándares» cuyo fin recae en prevenir y solventar los efectos del funcionamiento imperfecto del mercado, impidiendo que los operadores económicos puedan falsear o restringir la competencia (ORTIZ BLANCO *et. al* 2008, pp. 33-34).

Precisamente, las operaciones de concentración entre empresas conforman una serie de amenazas a este sistema por varios motivos: i) en tanto que disminuyen los operadores económicos que participan en el mercado; ii) producen o fortalecen las posiciones de dominio, favoreciendo los monopolios u oligopolios; iii) pueden conllevar la práctica de conductas abusivas en detrimento de los consumidores como el reparto de una parte del mercado o la formalización de acuerdos restrictivos de la competencia; y iv) cabe la posibilidad de realizar o incentivar conductas desleales como la fijación de precios predatorios (CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ 2006, p. 37).

Ahora bien, si bien hemos comentado la inexistencia de mecanismos hasta prácticamente los años 80 para controlar las operaciones de concentración, ello no se traduce en que éstas no se vigilaran en absoluto. De hecho, previa promulgación de los reglamentos de control de concentraciones, éstas eran examinadas desde la óptica de los anteriores Tratados; vía artículos 85 y 86 del Tratado Constitutivo de las Comunidades Económicas Europeas, luego, 81 y 82 TCE y más tarde 101 y 102 TFUE. La falta de idoneidad de estas disposiciones para evaluar las concentraciones, empero, hizo que la Comisión Europea estudiase la necesidad de adoptar un instrumento autónomo de control (MAILLO 2017, p. 636).

Fue en 1989, mediante el Reglamento (CEE) 4064/1989 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, cuando se adoptó por primera vez este mecanismo autónomo. Este reglamento base se completó con el Reglamento (CEE) 2367/90 de la Comisión, de 25 de julio de 1990 relativo a notificaciones, plazos y audiencia, junto con numerosas Comunicaciones dictadas por la Comisión Europea sobre la interpretación de las normas contenidas en ambos reglamentos.

En 1994, se realizó una reforma de alguno de estos instrumentos jurídicos y se dictaron nuevas Comunicaciones, manteniendo el Reglamento base 4064/1989, pero aprobando un nuevo reglamento –Reglamento (CE) 3384/94 de la Comisión, de 21 de diciembre de 1994– que sustituyó al Reglamento 2367/90. 8 años más tarde desde su publicación, se refundó el Reglamento 4064/1989 por el Reglamento (CE) 1310/97 del Consejo, de 30 de junio de 1997, como consecuencia de la publicación del Libro Verde sobre la reforma del Reglamento de Concentraciones en 1996. Estos nuevos cambios produjeron la adopción del Reglamento (CE) 447/98 de la Comisión, de 1 de marzo de 1998, que derogaba el reglamento anterior sobre los aspectos procesales (CALVO CARAVACA Y CARROSCOSA GONZÁLEZ 2006, pp. 63-64).

Posteriormente, en 2001, se publicó un segundo Libro Verde sobre la revisión del Reglamento 4064/89 en el que se debatían y sometían a consulta algunas cuestiones de ámbito jurisdiccional, sustantivo y procesal. El proceso finalizó con la adopción de un nuevo reglamento sobre aspectos procedimentales y sustantivos –actualmente derogado– y con el Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas, comúnmente denominado Reglamento comunitario de concentraciones (en adelante, RCC por sus siglas) –que deroga el Reglamento 4064/89– (ENGRA MORENO Y RODRÍGUEZ ENCINA 2017, p. 4). Estos nuevos instrumentos jurídicos se ven complementados con otros, tales como comunicaciones, directrices, dictámenes, etc. En particular, es de especial relevancia la Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia respecto del Reglamento de Control de Concentraciones (en adelante, CCJ) que como dispone, su propósito es servir de orientación en materia jurisdiccional (CCJ 2008, p. 4).

De tal forma que el RCC pretende dar solución a una serie de cuestiones que se sintetizan en: i) definir el término operación de concentración y establecer aquéllas que quedan bajo supervisión; ii) fijar los criterios cualitativos y cuantitativos para su revisión; iii) determinar el órgano competente para su evaluación y los recursos personales y materiales de los que dispone; y iv) concentrar las normas sobre los aspectos procedimentales derivados del control (SCHRÖTER 2007, p. 309).

2.2. Noción de operación de concentración

De esta manera, para que la autoridad de competencia controle estas operaciones es necesario que se produzca una operación de concentración. El Considerando 20 RCC define una concentración como una modificación prolongada en el control de toda o parte de una o algunas empresas produciendo una alteración de la estructura del mercado (Considerando 20 RCC). En este sentido, podemos extraer tres conclusiones: i) es imprescindible que el carácter de ese control sea duradero, quedando excluidas aquéllas que tengan naturaleza transitoria o temporal (MAILLO 2017, p. 642). Sin embargo, los acuerdos temporales que tengan una fecha de finalización, pero sean renovables por un período lo bastante largo como para poder ejercer ese cambio en el control, serán también incluidos (apartado 28 CCJ 2008, p. 10); ii) la expresión empresa no se restringe a persona jurídica, sino que abarca tanto a personas físicas como jurídicas, privadas o públicas –organismos públicos, corporaciones de Derecho público, empresas públicas e incluso el Estado–; y iii) debe modificar la configuración del mercado, siendo indiferente la conducta de las empresas participantes en él (CALVO CARAVACA Y CARRASCO GONZÁLEZ 2006, pp. 84-85).

No obstante, no todas las modificaciones estructurales deben ser revisadas. El artículo 3 RCC establece que el cambio en la estructura de control deberá producirse como resultado de: a) una fusión o b) una adquisición del control. En este sentido, el artículo 21.1 RCC dispone que el RCC únicamente se aplicará a las operaciones de concentración recogidas en el artículo 3 RCC. Esto es, que tenga como resultado «un cambio de la titularidad, naturaleza, intensidad o duración del control» que se ejercite individual o conjuntamente sobre parte de una o algunas empresas (BELDA DE MERGELINA 2010, p. 71). Pero ¿qué implica una alteración duradera del control?

BELDA DE MERGELINA (2010, p. 71) señala que el artículo 3.2 RCC alude por control a un término amplio que comprende «la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa», ya sea por la ejecución de un contrato que permita el control sobre la gestión de recursos o decisiones de la empresa, la utilización de un activo o el ejercicio de un derecho de propiedad o cualquier otro mediante el que se logre incidir en la toma de decisiones o en la estructura de la empresa sometida a control. Ergo, no es imprescindible controlar la totalidad de las decisiones, sino que es suficiente con que le permita al adquirente adoptar aquellas

decisiones denominadas estratégicas o impedir que la empresa adquirida pueda llevar a cabo su política estratégica (ORTIZ BLANCO *ET AL.* 2008, pp. 282-284).

Por lo que para evaluar la capacidad de controlar estas decisiones se deberá atender a circunstancias tanto de derecho como de hecho y directas como indirectas. A modo ejemplificativo, ya sea cuando se adquieran la mayoría de las acciones o participaciones, se obtenga derecho de voto o cuando la adquisición de las acciones o participaciones lleve aparejada otros acuerdos complementarios (FERNÁNDEZ TORRES 2013, p. 326-327). Asimismo, también se ejercerá mediante la adquisición de activos materiales como inmateriales –bienes, clientela, derechos contractuales o de propiedad intelectual e industrial– (ORTIZ BLANCO *ET AL.* 2008, p. 289) o por medio de un contrato u otros medios. En otras palabras, por acuerdo contractual puede convenirse que se otorgue control para la administración de la empresa o para la gestión de determinados recursos, aunque es importante que se pacte por un largo periodo, normalmente sin la facultad de rescisión anticipada, como por ejemplo, a través de un contrato de arrendamiento financiero (apartado 18 CCJ 2008, p. 7). Igualmente, la adquisición del control puede derivar de relaciones económicas –contratos de suministro o créditos sustanciales y a largo plazo– o proceder de conductas o actos de terceros –la salida de un accionista o socio– que *de facto* permitan al adquirente dominar al adquirido (apartados 20 y 21 CCJ 2008, p. 8).

En su defecto, si la empresa adquirida puede superar ese control ventando dichas decisiones o a través de otros mecanismos, no existe influencia decisiva. Igualmente, cuando las decisiones no tengan un componente estratégico. Por ejemplo, las modificaciones de los Estatutos, compraventas de activos extraordinarias, cambios de sede, etc. (ORTIZ BLANCO *ET AL.* 2008, pp. 282-284). Así las cosas, la toma de control puede ser *de jure* o *de facto*, directa o indirecta y de la totalidad o parte de la empresa; aunque lo verdaderamente importante es el resultado, que finalmente se adquiera el control.

Por último, ha de hacerse mención a la posibilidad de ejercer esa influencia. El RCC no establece qué abarca esa posibilidad, ni tampoco lo hace la CCJ (FERNÁNDEZ TORRES 2013, p. 330). La CCJ, empero, señala que no será necesario acreditar el ejercicio presente o futuro de esa influencia decisiva, sino que bastaría con que pueda producirse (apartado 16 CCJ 2008, p. 7).

3. Los ecosistemas digitales y la competencia

Previo a profundizar sobre las mencionadas cuestiones que han dado lugar a un extenso debate, es necesario conocer en primer lugar, cuáles son las características de la industria digital y su impacto en la competencia; y, en segundo lugar, qué son las *killer acquisitions* y si las operaciones que realizan las GAFAM pueden enmarcarse en esta categoría. Con ello, nos permitirá conocer cómo afectan a la competencia las diversas operaciones que las *big tech* concluyen.

3.1. Características del sector digital y su impacto en el mercado

En general, las GAFAM manifiestan una serie de condiciones que favorecen un crecimiento y adquisición tanto de poder como de mercado, y que, a su vez, impacta en el propio funcionamiento de los mercados en los que las *big tech* están presentes y en su estrategia competitiva. Concretamente, estas características propician el nacimiento y posterior consolidación de ecosistemas digitales e incluso cambios de modelos de negocio. Es, por ello, imprescindible examinar las características que presenta la industria digital –especialmente desde la perspectiva de las GAFAM–, que extensamente estudiadas por la doctrina, muestran cómo funciona el mercado y el modo en el que en éste compiten (OECD 2023, p. 8).

En primer lugar, las GAFAM actúan como plataformas multidisciplinares, esto es, disponen de amplios «ecosistemas de productos, aplicaciones, servicios, contenidos y usuarios» que posibilitan la interrelación de sus múltiples grupos de usuarios con la plataforma, así como entre éstos (GAUTIER Y LAMESCH 2020, p. 8). Con ello, se produce un efecto de red. Se denomina efecto de red a los beneficios que obtienen los usuarios de la plataforma –ya sea a través de un producto, servicio, contenido, aplicación, etc.– cuanto mayor número de usuarios hagan uso de la misma (OECD 2023, p. 8). Se diferencia, así, entre efectos de red directos e indirectos. Los primeros hacen referencia al valor de la plataforma para los usuarios; cuantos más usuarios la usen, mayor será su valor. Los segundos, en cambio, están relacionados con la fama, prestigio o popularidad de la plataforma; cuanto mayores usuarios tenga, mayores serán las probabilidades de que ésta se convierta en un referente digital y, con ello, que existan incentivos para desarrollar tecnología compatible (NADLER Y CICILLINE 2022, p. 31).

Por tanto, como señalan LATHAM, TECU Y BAGARIA (2020, p. 3) «la competencia tiende a ser por el mercado en lugar de en el mercado» .

Asimismo, se trata de mercados de dos lados, es decir, las GAFAM poseen plataformas que congregan a diversos grupos de usuarios –tal y como se puede observar en la Tabla 1– por lo que aglutinan a vendedores y consumidores. Cuantos más usuarios existan de uno de los lados, mayor valor tendrá la plataforma para aquellos que están del otro lado (GRAEF 2015, pp. 476-477). De forma que la Tabla 1 muestra los segmentos de mercado, clases de usuarios y ejemplos de productos para cada segmento. Así, se distinguen seis clases de usuarios: anunciantes, empresas, consumidores, comerciantes, editores de contenido o creadores y plataformas de software o dispositivos¹ (GAUTIER Y LAMESCH 2020, pp. 1-8).

Tabla 1. Segmentos de mercado, clases de usuarios y productos

User Group	Segment	Product Examples
Advertisers	Advertising	Advertising networks, auctions, serving technology, targeting services
Businesses	Business	Cloud services, productivity software, collaboration tools, analytics software, CRM and sales software
Merchants	Merchant	shopping websites, delivery services, online payment services
Content Editors and Creators	Content	Development tools for apps, music, videos, or games, online stores for content like app stores, music streaming
Consumers	Consumer	Search engines, web browsers, social media, messengers, map services
Platform	Platform	Devices like smartphones, laptops, other wearables, operating systems and interfaces

GAUTIER Y LAMESCH 2020, p. 8

Así las cosas, los usuarios de las GAFAM son cautivados por una plataforma que permite la entrada a una gran red; esto refuerza la dominancia de las mismas y genera efectos de conglomerado al incluir nuevos productos y servicios a su ya existente ecosistema. A modo ejemplificativo, el mercado principal de Microsoft son los sistemas operativos para móviles y ordenadores (BOURREAU Y PERROT 2020, p. 2), sin embargo, Microsoft está presente en numerosos segmentos de mercado como veremos en el capítulo sexto. Como consecuencia, ello permite a las *big tech* establecer barreras de entrada, que unido a las dificultades de los usuarios para efectuar intercambios en los servicios, les permite aumentar su dominio y

¹ Aunque se ha de tener en cuenta que alguno de estos usuarios puede clasificarse en varios grupos.

consolidar un comportamiento monopolístico sobre el mercado. En estos casos, se produce en el mercado un «*lock-in*» que podría traducirse como aquel supuesto en el que el coste de sustituir la tecnología de la empresa con la que el usuario opera es tan alta que no le permite cambiarse a la empresa cuyos productos y/o servicios desearía hacer uso (NADLER Y CICILLINE 2022, p. 31 y 33).

Siendo así, las grandes empresas tecnológicas han devenido actores principales para muchos usuarios de sus plataformas, incluso estructurando los aspectos económicos o sociales de la sociedad. La autoridad nacional de competencia (ANC, en adelante) francesa ha descrito a las plataformas de las GAFAM como estructuradoras; en otras palabras, plataformas que tienen un dominio del mercado en su línea de negocio principal, pero que también tienen poder en otros mercados adyacentes o complementarios. Así las cosas, como se puede observar las GAFAM no sólo son dominantes en los segmentos de mercado a los que principalmente se dirigen, sino también en otros secundarios que complementan a este principal debido a las inversiones, adquisiciones y alianzas que realizan –fundamentalmente con empresas emergentes– (BOURREAU Y PERROT 2020, p. 2). Precisamente, como remarcan LATHAM, TECU Y BAGARIA (2020, p. 3) «el complemento de hoy puede convertirse en el sustituto del mañana».

En tercer lugar, este efecto de red se refuerza mediante el Big Data –software tecnológico que permite la recopilación, análisis e interpretación de un gran volumen de datos– puesto que los datos son una herramienta valiosa para entrenar los algoritmos de inteligencia artificial (en adelante, IA) de sus plataformas para conocer y ajustarse mejor a los gustos de sus usuarios (OCDE 2023, p. 9). La adquisición de estos datos genera una ventaja competitiva en las GAFAM por tres motivos: i) pues éstos son utilizados tanto en su segmento de mercado principal como en otros adyacentes con el propósito de comprender el comportamiento y las necesidades de esos usuarios, ii) puesto que los competidores no tienen posibilidad de conseguir dichos datos al no poseer la infraestructura necesaria (ROBERTSON 2024, p. 440) y iii) ello también les permite reconocer a potenciales competidores y adquirirlos desde una edad temprana, lo que les permite incorporar su ventaja competitiva previo a convertirse en verdaderas amenazas (NADLER Y CICILLINE 2022, p. 33).

En línea con lo anteriormente expuesto y a través de los datos obtenidos, las GAFAM se benefician de las economías de escala y de gama. Como apunta STIGLER CENTER (2019, pp. 7-8) las *big tech* pueden mejorar la calidad de aquello que ofrecen a bajo coste mediante el

conocimiento de las preferencias de sus usuarios, así como utilizar los datos obtenidos en mercado adyacentes o complementarios. En este sentido, los datos que se obtengan mediante campañas publicitarias, por ejemplo, pueden servir para conocer el usuario objetivo de otros mercados y sus gustos.

Otro de los elementos por los que se caracteriza el sector digital es por ser un mercado de precio cero; en otras palabras, se dice que los usuarios de las plataformas pagan con sus datos (OCDE 2023, p. 9), lo que los hace extremadamente atractivos para sus usuarios que, en ocasiones, desconocen que dicha gratuidad se compensa con la aceptación de la transferencia de datos y preferencias.

Con todo ello, se produce, así, lo que se denomina *the winner takes it all*. Se trata de una teoría o estrategia económica, en el que un grupo de empresas mantiene una gran cuota de mercado, copando el mismo como una especie de oligopolio en el que se produce un juego de suma cero. Precisamente, el sector digital presenta características de suma cero en el que el ganador se lo lleva todo. En otras palabras, existen unos pocos grandes competidores – GAFAM– que controlan una gran parte del mercado, pues dominan no sólo un segmento del mercado –esto es, su línea principal de negocio– sino que están presentes y cada vez ganan más control sobre otros segmentos adyacentes gracias al efecto red. Las GAFAM adquieren poder de mercado a costa de una fuerte inversión en I+D+i junto con la adquisición de empresas emergentes con valiosos recursos tecnológicos que les permiten prosperar, avanzando a expensas de otros competidores (LAFERRIÈRE, STAUBLI Y THÖNI 2022, p. 1050). En consecuencia, este conjunto de factores ha propulsado no sólo el dominio de las GAFAM y la extensión de sus ecosistemas digitales, sino también prácticas anticompetitivas tales como las *killer acquisitions*.

3.2. Estado de la cuestión: las *killer acquisitions* en la doctrina

CUNNINGHAM, EDERER Y MA (2021) acuñan y desarrollan el término inglés conocido como *killer acquisitions* en su homónimo artículo académico. Los autores las definen como un fenómeno en el que una determinada empresa asentada en el mercado adquiere otra incipiente con el objetivo de detener los proyectos de innovación de esa empresa emergente y anticiparse a un futuro competidor. Una vez adquirida, la empresa consolidada en el mercado determinará si decide continuar con los productos, servicios o ideas novedosas de la

adquirida u opta por matar el proyecto, esto es, desincentivarlo (CUNNINGHAM, EDERER Y MA 2021, pp. 649-650). Hablamos, por tanto, de adquisiciones para matar y de adquisiciones para continuar. Desde el punto de vista de RINEHART (2023, p. 1) las *killer acquisitions* encajan en la denominada teoría de las opciones que se fundamenta en el área financiera. Se hace referencia a las diferentes opciones que tiene una empresa para «expandir, cambiar o reducir proyectos» dependiendo de las circunstancias financieras, técnicas o de mercado existentes.

Así las cosas, CUNNINGHAM, EDERER Y MA (2021, pp. 660-663) explican que en general las empresas tienden a realizar operaciones de concentración debido a las sinergias entre las mismas o con el fin de obtener una mayor cuota de mercado. Su modelo, empero, confirma que ocasionalmente las empresas consolidadas en el mercado adquieren empresas emergentes debido a que sus productos, servicios o ideas amenazan la posición actual o futura de ésta en el mercado y sus rendimientos.

En línea con la teoría de las opciones, los autores señalan que, por un lado, cuando los productos de ambas empresas se solapan aunque con desigual grado de diferenciación, la empresa adquirente pretenderá ser propietaria de aquellos productos, servicios o activos de propiedad intelectual e industrial de la empresa adquirida que sean innovadores para anticiparse a la entrada en el mercado de éstos. Es lo que se denomina como efecto de eficiencia, pues de esta forma el adquirente obtiene un activo novedoso lo que le produce unos beneficios mayores. De lo contrario, en caso de no adquirir la empresa naciente se verá en una posición en la que deberá competir y sus beneficios serán menores. Por otro lado, si la capacidad de desarrollo entre la adquirente y la adquirida difiere, es posible que la empresa adquirente decida continuar con el proyecto de la adquirida. Esto se conoce como efecto de reemplazo; aunque ambas desarrollan el proyecto, la empresa adquirente se beneficia de la reducción de la competencia, y evita que existan productos o servicios sustitutivos a los suyos (CUNNINGHAM, EDERER Y MA 2021, pp. 660-663).

De esta forma, se produce una adquisición para matar si el beneficio de eliminar el proyecto es mayor al que obtiene la empresa asentada si los productos o servicios de la empresa emergente entrasen en el mercado. Por contra, hablamos de una adquisición para continuar si el efecto de reemplazo supera al efecto de eficiencia, es decir, el valor de continuar con el desarrollo del proyecto es mayor que la disminución de rendimientos por competir con las ventas (RINEHART 2023, p. 2).

Indudablemente, este tipo de adquisiciones implican una pérdida de innovación, competencia y bienestar de los consumidores, puesto que desincentivan la innovación o la creación de productos y servicios sustitutos. No obstante, es significativo mencionar que el estudio de CUNNINGHAM, EDERER Y MA (2021) se realizó sobre la industria farmacéutica cuyas características difieren de otras industrias; el desarrollo de un medicamento implica un largo proceso que puede durar años y posiblemente investigaciones y desarrollo conjunto, por lo que la innovación es acumulativa. Además, las patentes cobran una especial relevancia para la protección de años de I+D+i, siendo posible la entrada en el mercado de genéricos una vez ha llegado a su fin la vigencia de la patente o del certificado complementario de protección, en su caso. Por tanto, el incentivo principal de la adquisición es aminorar ese tiempo y obtener el monopolio legal que otorga la patente durante la vigencia de la misma para la comercialización de ese medicamento, asegurándose la obtención de unos ingresos estables y seguros. Con ello, son propensas las operaciones horizontales.

Ahora bien, como se menciona, estas características no son extrapolables a otros sectores como la industria tecnológica –que cuenta con unas peculiaridades propias– y que, por ende, la afectación de estas adquisiciones puede estar motivada por otras razones, produciendo otros efectos en la competencia. GAUTIER Y LAMESCH (2020, p. 27) evidencian que las principales razones que justifican las adquisiciones en la industria digital se basan en incrementar el poder de mercado y obtener activos tecnológicos novedosos. De ahí que muchos académicos hayan analizado su afectación en la industria digital, especialmente desde el punto de vista de la innovación, centrándose en la adquisición de start-ups por las grandes tecnológicas o sus efectos en las inversiones de las sociedades de capital de riesgo.

MOTTA Y PEITZ (2020, pp. 2-4) disponen que las start-up poseen proyectos innovadores, que de desarrollarlos con éxito, alcanzarían la condición de sustitutos de los productos o servicios de la empresa adquirente. No obstante, la start-up debe poseer recursos suficientes para lograrlo –datos, capital humano, experiencia, financiación, etc.–. La adquisición puede producirse como consecuencia de la falta de los mismos para eliminar esta idea prometedora o si poseen los recursos, la adquisición tendrá como objetivo reducir la competencia. En otras palabras, los autores inciden nuevamente en los efectos de eficiencia y de reemplazo, por lo que la cuestión fundamental que deben responder las autoridades de competencia es: ¿se produciría la innovación si la adquisición no hubiese tenido lugar?

Por un lado, FUMAGALLI, MOTTO Y TARANTINO (2020 pp. 29-30) alegan que si la respuesta es afirmativa, la adquisición es anticompetitiva, pues ésta tendría como objetivo eliminar a un competidor y/o desincentivar el desarrollo de una idea sobre un producto/servicio; de lo contrario, es competitiva si ayuda a la start-up a sobreponerse a sus escasos recursos – económicos, humanos y materiales– a los que no puede hacer frente por sí sola. Por otro lado, BRUTTI Y ROJAS (2022, p. 535) establecen que debe analizarse el coste que tiene para la empresa emergente alcanzar en términos de competitividad al adquirente, considerando dos componentes: el *consumer engagement capital* –el compromiso que tiene el consumidor/usuario con los productos o servicios de la empresa– y el *know how* que posea. Si la empresa incipiente tiene un bajo nivel de competitividad quedará fuera del mercado una vez trate de competir contra empresas consolidadas, por lo que consideran positiva la adquisición. ¿Por qué? Precisamente porque ésta proporciona una especie de seguro a la empresa emergente de que cuando vaya a competir su rendimiento no sea cero, al erigirse la adquisición como una fuente de inversión –el adquirente financia los proyectos– y, por ende, se incrementa el excedente del consumidor, quien puede beneficiarse de las sinergias ocasionadas, de un coste de intermediación entre plataformas menor y de precios más bajos. Asimismo, AFFELDT Y KESLER (2021, p. 4) señalan que los efectos que producen estas adquisiciones no sólo deben examinarse respecto al adquirente y adquirido, sino que en el supuesto de la industria digital nos encontramos con empresas –particularmente las GAFAM– denominadas empresas multidisciplinarias. En otras palabras, se trata de entidades que están presentes en multitud de mercados, por lo que se hace necesario analizar igualmente los efectos colaterales – *spillover effects*– en los mercados adyacentes. En este sentido, WEN Y ZHU (2019, p. 29) concluyen que cuando la adquisición afecta a un mercado complementario al mercado *core* del adquirente, el resto de las empresas que operan en éste acumulan sus esfuerzos innovadores en los mercados que no se ven afectados por la operación, en detrimento de desincentivar su innovación en los mercados adyacentes a la adquisición, centrándose en obtener un beneficio a corto plazo mediante el incremento de precios. Ergo, LATHAM, TECU Y BAGARIA (2020, p. 3) señalan que para las empresas no suele ser viable entrar en el mercado en condición de competidor horizontal respecto a las grandes tecnológicas, por lo que es habitual que desarrollen productos y/o servicios «complementarios o verticalmente relacionados».

En lo que respecta a los efectos de las adquisiciones de start-ups por las *big tech* en la actividad de capital de riesgo, LEMLEY Y McCREARY (2020, pp. 60-64) se centran en la estrategia de salida de las start-ups. Si bien tradicionalmente era común una oferta pública inicial que pusiese a la venta las acciones de los fundadores e inversores al público en general, cada vez se observa una tendencia mayor a querer ser adquiridas por una empresa existente en el mercado –principalmente por las GAFAM–. Ello conlleva a una serie de efectos nocivos: se consolida el poder de mercado de éstas al promover la creación de enormes ecosistemas, se incrementan los precios, se favorece la concentración posibilitando estructuras monopolísticas, o se desincentiva la libre elección de los consumidores, entre otros. Incluso comentan la peor consecuencia –la *killer acquisition*– eliminar al competidor antes de que se convierta en una amenaza, lo que en el caso de start-ups se conoce como el efecto Kronos; matar a competidores desde una edad muy temprana.

Precisamente, de acuerdo con el *Financial Times* las mayores inversiones realizadas sobre start-ups de IA generativa provienen de las GAFAM, quienes han superado a las sociedades de capital de riesgo. De hecho, apuntan a que dos tercios de los 27 billones de dólares estadounidenses recaudados por las empresas de IA en 2023 provienen de Microsoft, Google y Amazon (HAMMOND 2023). El informe de PITCHBOOK (2023) muestra que las grandes tecnológicas han cambiado de enfoque, dejando a un lado la actividad de fusiones y adquisiciones –con alguna excepción– y centrándose en financiar o alcanzar acuerdos de colaboración o alianzas con prometedoras start-ups de IA generativa. A modo ilustrativo, la inversión de Alphabet (Google) y Amazon en Anthropic, la alianza de OpenAI o Mistral AI con Microsoft, incluso la compra de Apple de la start-up de IA española Vilynx (BRENDAN 2024). En este sentido, KOSKI, KÄSSI Y BRAESEMANN (2020, pp. 12-13) establecen que la adquisición de start-ups por las *big tech* no solo amenaza la inversión en la actividad de capital de riesgo en las start-up objeto generando lo que se conoce como *kill zone* –reducción de la inversión–, sino que además merma y limita la entrada a los mercados en los que operan dichas start-ups. Ello se traduce en que estas inversiones, acuerdos de colaboración o alianzas reducen la competencia tanto en el mercado *core* de las GAFAM como en mercados adyacentes que comercializan con productos o servicios complementarios y tradicionales, desincentivando incluso la capacidad innovadora en estos mercados. En la misma línea, KAMEPALLI, RAJAN Y ZINGALES (2020, p. 5) estudian la reducción de inversión de capital de riesgo después de las adquisiciones de start-ups por Google y Facebook. Los autores concluyen que cuando se

produjo la adquisición, la inversión disminuyó un 40% en empresas emergentes del mismo sector a las adquiridas, alcanzando un 51% respecto a nuevas start-ups creadas posteriormente en el mismo sector. De hecho, contemplan la posibilidad de que algunas de estas solo fueran desarrolladas para ser adquiridas por alguna GAFAM, por lo que de no producirse tal operación, las posibilidades de obtener financiación o de conseguir un posible comprador disminuyeron. Esto crea las denominadas *kill zones*.

No obstante, PRADO Y BAUER (2022, pp. 45-47) puntualizan que si bien esas *kill zones* pueden existir, sus hallazgos muestran que no suponen un patrón de conducta. Su estudio expone, más bien, que estas adquisiciones pueden tener un efecto positivo a corto-medio plazo, ya que impulsan la innovación al incrementar la actividad de capital de riesgo. Aunque también señalan que estos efectos a medio-largo plazo pueden ser negativos si la start-up se trata de lo que ellos denominan como «un competidor cisne negro», esto es, una empresa incipiente que tiene capacidad de convertirse en un potencial futuro competidor y creadora de la siguiente plataforma digital. En la misma línea que los autores anteriores y como ya señalaban ALFFELDT y KESLER (2021), muestran gran preocupación por los efectos colaterales o *spillover* en los mercados adyacentes de las grandes tecnológicas.

Dicho lo anterior, ¿son realmente las *killer acquisitions* una tendencia al alza? Los estudios empíricos de los mencionados autores muestran que existe una baja probabilidad de que se dé este fenómeno. A saber, CUNNINGHAM, EDERER Y MA (2021, p. 649) concluyen que solamente entre un 5,3% y 7,4% de las adquisiciones producidas en el sector farmacéutico encajan en las llamadas *killer acquisitions*. Mientras que de las 175 empresas emergentes adquiridas por la GAFAM entre los años 2015 a 2017, GAUTIER Y LAMESCH (2020, p. 1) establecen que solamente una de éstas puede denominarse como *killer acquisition*. Por consiguiente, algunos académicos entienden que no deben ser analizadas estas adquisiciones desde la perspectiva de las *killer acquisitions*. ¿Implica esto que éstas no suponen un problema? O pese a ello, ¿deben ser revisadas? Sin duda, encajen o no en esta categoría, las adquisiciones de start-ups por las GAFAM sí pueden suponer una amenaza para la competencia. Hablamos de lo que se ha denominado como *reverse killer acquisitions*

CAFFARRA, CRAWFORD Y VALLETTI (2020) hacen referencia a este término para definir aquellas situaciones en las que el motor de las adquisiciones de las GAFAM es adquirir los valiosos activos tecnológicos que están siendo desarrollados por una empresa naciente y, con ello, penetrar en un mercado adyacente en el que no operan, pero al que quieren expandirse.

Tal y como explican los autores, a través de esas adquisiciones las *big tech* complementan sus productos y servicios proveyéndoles de nuevas funcionalidades, incrementando y ampliando su ecosistema. Se trata de una visión que también comparten GAUTIER Y LAMESCH (2020, p. 27), al señalar que detrás de esas adquisiciones lo que se pretende es obtener el capital humano de esas empresas emergentes, su *know-how*, sus procesos de I+D+i, e incluso sus activos de propiedad intelectual e industrial. Ergo, eso les permite a las grandes tecnológicas consolidar el poder de mercado que ya ostentan en sus mercados *core* o principales y mejorar su posición o entrar en otros mercados adyacentes. Como apunta CABRAL (2021, p. 3) en ocasiones el camino más simple para obtener esa tecnológica innovadora y novedosa es la adquisición o la transferencia de tecnología, en vez de llevar a cabo sus propios procesos de desarrollo.

Es precisamente esto lo que diferencia la actividad de fusiones y adquisiciones que podemos denominar tradicional de la que ocurre en el sector digital. En las primeras, las razones que empujan a una empresa a adquirir, fusionarse, invertir o desear aliarse con otra son esencialmente económicas o financieras, especialmente con motivo de diversificar los riesgos. No obstante, otras razones que pueden impulsar esta actividad son estratégicas. En general, pueden nombrarse las siguientes: i) cuando son necesarias grandes inversiones para acceder a determinados mercados; ii) se consideran una forma para poder incrementar la cuota de mercado también en aquellos mercados denominados saturados; iii) permiten reducir los costes operativos, productivos y/o distributivos; iv) para obtener economías de escala o de gama; y v) sirven como método para lograr las competencias básicas de la empresa (CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ 2006, p. 32-34).

En el caso de las segundas, los motivos que llevan a una empresa tecnológica a acudir a esta actividad son otros. En particular, adquirir «la funcionalidad, tecnología, propiedad intelectual y capital humano». La finalidad es, por tanto, consolidar su modelo de negocio. Pero, ¿cómo? Adquiriendo empresas que se dedican a su línea de negocio principal, pero también otras que están presentes en mercados complementarios (GAUTIER Y LAMESCH 2020, p. 22).

Así las cosas, la compra de start-ups tecnológicas no se realiza en vano, sino que el objetivo puede ser variado: i) la compra de los productos y servicios ofrecidos por la start-up, ya que las GAFAM desean ampliar su ecosistema añadiendo nuevas funcionalidades con el fin de atraer a nuevos usuarios (GAUTIER Y LAMESCH 2020, p. 2); ii) la adquisición de los conocimientos y activos de propiedad intelectual e industrial ligados a las innovaciones

tecnológicas, incluso el capital humano, pues les permiten obtener una unidad organizacional con facultad de generar innovación (PURANAM Y SRIKANTH 2007, p. 806); y iii) la promoción de los efectos de red que les permiten reforzar su posición en el mercado y extender su ecosistema a otros segmentos de mercado y usuarios, limitando con ello la competencia (BOURREAU Y PERROT 2020, p. 6).

Por todo ello y en la línea de lo expuesto por CABRAL (2021), para las GAFAM resulta más sencillo adquirir estos valiosos recursos que tratar de imitarlos. Por ende, el elemento esencial detrás de estas adquisiciones es la innovación, ello les permite a las GAFAM mejorar sus productos y servicios principales además de entrar en otros mercados adicionales con una ventaja competitiva (PURANAM Y SRIKANTH 2007, p. 806).

Esta estrategia puede crear sinergias y eficiencias en la estructura competitiva del mercado. La empresa adquirente –GAFAM– proporciona recursos económicos, destreza, experiencia y activos que permiten la ejecución y comercialización de los productos y servicios en sus plataformas; por su parte, la empresa adquirida –start-up– contribuye con una idea novedosa, capital humano y activos intangibles innovadores (CRÉMER, DE MONTJOYE Y SCHWEITZER 2019, p. 111).

No obstante, estas adquisiciones también pueden ser un obstáculo para la competencia, puesto que en ocasiones ese carácter innovador no llega a agregarse al ecosistema creado en la plataforma y en otras debido a que las GAFAM merman la inversión sobre ese activo novedoso (BOURREAU Y PERROT 2020, p. 6). ¿El objetivo? Primero, adquirir a un competidor actual o potencial; segundo, agregar y hacer propios sus proyectos innovadores y amenazadores; tercero, consolidar la posición de dominio en el mercado; y cuarto, generar barreras de entrada a ese segmento de mercado para reforzar su dominio. Eso significa que las GAFAM, en ocasiones, acuden a la actividad de fusiones y adquisiciones, a la realización de grandes inversiones o a la búsqueda de alianzas con start-ups para consolidar y expandir sus productos y servicios en el mercado. Si este patrón se repite en el tiempo puede conllevar nefastas consecuencias para la competencia mediante efectos horizontales, verticales o de conglomerado (CRÉMER, DE MONTJOYE Y SCHWEITZER 2019, p. 111).

Alcanzado este punto y conociendo que las adquisiciones, inversiones o alianzas de las GAFAM con prometedoras start-ups puede suponer una amenaza directa o indirecta para la competencia, la cuestión que debemos preguntarnos es la siguiente: ¿los instrumentos jurídicos actuales son adecuados para examinar *ex ante* estas operaciones? De acuerdo con

ARGENTASI *ET AL.* (2019, p. 32) las normas generales sobre control de concentraciones no son eficaces y están anticuadas, puesto que no dan respuesta a los nuevos desafíos que plantean las enormes plataformas de las grandes tecnológicas. Para ello, es imperativo tener en consideración las características propias de esta industria –plataformas multidisciplinares, que brindan ecosistemas de productos y servicios digitales a sus usuarios, normalmente a precio cero, a cambio de sus datos para entrenar sus algoritmos– lo que les permite ganar poder en sus mercados principales y complementarios, distorsionar la competencia y ralentizar o eliminar la innovación.

En este sentido, GILBERT (2020, p. 14) subraya que las herramientas *antitrust* no deben permitir aquellas adquisiciones a través de las cuales las empresas alcanzan un poder de mercado tal que entorpezca la libre competencia o que puedan eliminar a potenciales competidores. Ahora bien, el autor sugiere que las normas sobre concentraciones no son suficientes cuando se trata de la industria digital –que como se ha expuesto no versa únicamente sobre un abuso de poder o ejercicio de un monopolio, sino que afecta a otros aspectos como la protección de datos, el uso de la inteligencia artificial, la salvaguarda de un entorno digital transparente y confiable, etc.– y, por tanto, precisa de una combinación de medidas que junto con los instrumentos existentes y generales para el control de concentraciones, permitan examinar y revisar estas adquisiciones, alianzas o inversiones. Por ejemplo, el autor menciona la interoperabilidad y la portabilidad de datos unido a una aplicación más estricta de la política del Derecho de defensa de la competencia.

4. Evaluación sustantiva y competencial de las operaciones de concentración

Como hemos apuntado, las características que presenta la industria digital junto con las motivaciones para adquirir empresas emergentes, ha suscitado un gran debate. Veamos seguidamente en este capítulo en qué consisten tanto las teorías tradicionales del daño como las nuevas teorías que han emergido para analizar la actividad de fusiones y adquisiciones, así como los parámetros en los que se concreta la competencia de la Comisión Europea.

4.1. Teorías del daño para el análisis sustantivo de las operaciones

4.1.1. Teorías tradicionales del daño

Las teorías tradicionales del daño, que miden los efectos horizontales, verticales y de conglomerado de las operaciones de concentración, siguen siendo utilizadas para examinar las adquisiciones que se producen en el sector digital y tecnológico. Por un lado, las operaciones horizontales son aquellas que se producen entre empresas que se encuentran en el mismo mercado, esto es, son empresas competidoras, pues llevan a cabo idéntica actividad o se hallan en el mismo nivel de la cadena de producción o distribución (GUERRA FERNÁNDEZ 2011, pp. 48-51). Los efectos anticompetitivos que pueden surgir son varios; generar barreras de entrada o expansión a competidores gracias a los efectos de red para que no puedan comercializar productos o servicios sustitutos, o bien eliminar competencia futura –hablamos de las *killer acquisitions*– (ARGENTASI ET AL. 2019, p. 5). De esta manera, el órgano competente para su evaluación debe analizar si existen rivales en el mercado o si, pese a su existencia, la operación ha producido un incremento en los precios o a afectado a otros parámetros como la calidad o la innovación (OCDE 2023, p. 12).

En relación con los mercados digitales, las teorías horizontales se han aplicado al intercambio de datos y combinación de bases de datos. Tal y como explican BEAUDOUIN ET AL. (2023, p. 9) la obtención de estas bases de datos supone que las empresas objeto de esa operación poseen información –en forma de datos– que les permiten fortalecer su posición en un mercado en el que están activos o expandirse a otros. Por ende, la tenencia de esos datos puede crear barreras de entrada o expansión para rivales reales o potenciales, que o bien pueden requerir esos datos para operar o les impida imitar esas bases de datos. Incluso si las empresas participantes en la operación deciden no combinar sus bases de datos, puede que éstas antes de la operación compitiesen por dominar esos datos, ergo, tras la operación esa rivalidad sería inexistente.

Por otro lado, encontramos las teorías del daño no horizontales que integran las teorías verticales y de conglomerado. Las operaciones verticales se producen en diferentes mercados, ya que una de las empresas se encuentra en un mercado ascendente o descendente respecto de la otra. Las operaciones de conglomerado, empero, se caracterizan porque las empresas no pertenecen ni al mismo mercado ni a otro aguas arriba o aguas abajo, sino que intervienen en mercados que son complementarios (GUERRA FERNÁNDEZ 2011, pp. 51-53).

En la aplicación de estas teorías a los mercados digitales, las teorías verticales se vinculan al riesgo de exclusión u obstaculización en el acceso de insumos o materias primas. En los mercados digitales es habitual depender de activos, materias primas, datos, tecnología o componentes –como *hardwares* o *softwares*– que son titularidad de otros operadores. Las GAFAM –dado los enormes ecosistemas de productos y servicios que poseen– adquieren, colaboran o se asocian con aquellas empresas que son titulares de estos insumos para acceder a los mismos. Los problemas competitivos nacen cuando las *big tech* poseen capacidad para controlar su acceso, dado que previo a la operación con las mismas los titulares de ese recurso permitían su acceso a terceros competidores de las GAFAM. Las prácticas anticompetitivas surgen en la degradación a ese acceso –que debe ser lo suficientemente esencial para operar en el mercado– y que puede consistir en eliminar la interoperabilidad o disminuir la capacidad en la que los productos de terceros interactúan con los de las empresas participantes tras la operación. Ello hace que los consumidores prefieran u opten por los productos y servicios del ecosistema sobre los de los competidores (BEAUDOUIN *ET AL.*, 2023, p. 3).

Por último, las teorías de conglomerado aplicadas a los mercados digitales se basan en estrategias de exclusión asociadas a la vinculación o agrupación. En otras palabras, es posible que la utilización de un producto o servicio esté vinculado a otro perteneciente al ecosistema de la empresa digital o que para su uso sea indispensable la preinstalación de algún tipo de programa o aplicación titularidad también de la empresa digital. Con ello, logran ganar poder en el mercado (OCDE 2023, p. 20).

4.1.2. Nuevas teorías del daño

No obstante, a la vista de las características que presenta la industria digital y al impacto que tienen éstas en la competencia, han surgido nuevas teorías del daño que comentamos a continuación.

4.1.2.1. Teorías relacionadas con los datos

GRAEF (2015, p. 474) denomina los datos como «el nuevo petróleo o la nueva moneda del siglo XXI». Precisamente, el autor incide en una de las ideas previamente expuestas sobre cómo las grandes tecnológicas ofrecen a sus usuarios sus productos o servicios a precio cero.

Técnicamente, este coste cero no es real, puesto que se sustituye el pago mediante moneda por los datos sobre el usuario. Si bien los datos obtenidos pueden venderse a terceros y obtener, así, una fuente de financiación alternativa, es habitual que se empleen como materia prima. Se trata de un insumo denominado «no rival» cuya utilización puede generar enormes preocupaciones competitivas cuando tras la operación, ya que los datos recopilados se mantienen entre las empresas participantes, siendo pocos sus sustitutos o sin que éstos existan, restringiendo o impidiendo a otras empresas el acceso a los mismos. Con ello, se genera una ventaja competitiva que les permite consolidar o extender su poder en el mercado, además de crear barreras de entrada a éste (GRAEF 2015, pp. 478-479).

Ergo, desde la perspectiva de las GAFAM lo óptimo es la recopilación de grandes y diversas cantidades de datos. En este sentido, HOFFMAN Y JOHANNSEN (2019, pp. 16-17) describen tres escenarios en los que los datos pueden ser obtenidos como insumo: i) con el fin de ofrecer un producto o servicio mejorado en su mercado *core*; ii) para comercializar nuevos o mejorados productos o servicios en mercados adyacentes en los que ya operen activamente o quieran entrar; o iii) para crear una tecnología disruptiva a partir de los datos de los que disponen que le permita entrar en un mercado nuevo.

Por ende, BOURREAU, DE STREEL Y GRAEF (2017, pp. 37-38) señalan que las autoridades de competencia deben preguntarse sobre el valor que tienen esos datos y su disponibilidad. Ello se debe a que los datos son esenciales, aunque no únicos, para el desarrollo de algoritmos – que permiten conocer las preferencias y el comportamiento de los usuarios en los distintos mercados– y, en consecuencia, desplegar los efectos de red directos e indirectos.

Así, respecto al valor, GRAEF (2015, pp. 491-499) apunta a que las teorías de las que se sirven las autoridades de competencia para examinar las operaciones de las *big tech* deben incluir en su definición de mercado relevante los datos. Por ello, el autor propone definir ese mercado relevante en función de la sustituibilidad que puedan tener los diferentes tipos de datos y la función que se le vaya a atribuir o para lo que se vayan a desarrollar. Por ejemplo, un mercado de datos *online* y *offline*, que, a su vez, pueda desglosarse en otros segmentos.

En relación a la disponibilidad, HOFFMAN Y JOHANNSEN (2019, pp. 8-15) desarrollan una teoría de daños basada en los datos en la que diferencian dos escenarios –de exclusión absoluta y de exclusión relativa– dependiendo de si mediante el actuar de las empresas participantes en la operación impiden a terceros acceder a dichos datos. En el primer

escenario, se produce una exclusión absoluta cuando se restringe la información o datos esenciales o sustituibles a los competidores para que puedan competir. Esto ocurre según los autores en dos tipos de mercados: en el mercado que denominan relacionado con los datos – en el que es necesario una particular clase de datos– y en el mercado relacionado con *big data* –en el que se procesan y se examinan datos para extraer información esencial que solamente observándolos no se hubiera sido posible extraer–. Lo relevante, por tanto, en el supuesto de una exclusión absoluta es la creación de barreras de entrada al mercado relevante.

En el segundo escenario, a los rivales no les resulta atractiva la recopilación de datos del mercado en el que compiten con las *big tech* –por el gran poder que éstas ostentan–, lo que les permite continuar amasando una cantidad enorme de información. Con el tiempo, las grandes tecnológicas son poseedoras de enormes conjuntos de datos –en ocasiones generando un monopolio– contra los que los competidores no pueden competir. Sin embargo, no es una exclusión absoluta, puesto que los rivales tienen capacidad de acceder a los datos. En este supuesto, las barreras de entrada no son altas, pero las economías de escala y gama imposibilitan a los competidores a hacerse con los datos (HOFFMAN Y JOHANNSEN 2019, pp. 15-19).

En atención a los problemas competitivos descritos, MARTENS (2020, pp. 14-15) propone dos soluciones; o bien permitiendo el acceso global a los datos exclusivos o bien estableciendo un modelo de *data-sharing*. Ambas, empero, presentan efectos contraproducentes. El acceso ilimitado de los datos produciría que los datos obtenidos por pequeñas empresas puedan ser utilizados por otras más grandes, quienes solo pueden beneficiarse de las economías de escala y gama, por lo que la ventaja competitiva continuaría residiendo en las *big tech*. En el caso de intercambio de datos, por un lado, generaría efectos negativos para la competencia en tanto que el valor de venta e inversión en éstos disminuiría en el mercado, modificando el acceso a éste; y por otro lado, produciría un impacto negativo en la protección de datos de los usuarios. La solución, por tanto, no es sencilla.

4.1.2.2. Teorías relacionadas con el acceso a información confidencial

Dado que en la obtención de los datos también puede accederse a información sensible o confidencial, ZINGALES Y RENZETTI (2020, p. 18) desarrollan una teoría en la que las autoridades de competencia deben atender al «grado en el que la información es confidencial

y al grado en el que es probable que sea utilizada». Esto se debe a que la posesión y posible uso de ésta genera una ventaja competitiva, y si bien comentan la existencia de normas en materia de protección de datos que puedan detener o mermar la recopilación de esta información, sopesan que quizá no sea un elemento disuasorio suficiente.

4.1.2.3. Teorías basadas en la privacidad

ESAYAS (2018 p. 2) analiza la privacidad como un elemento no ligado al precio, ya que las empresas, particularmente en la industria digital, compiten en otras variables no asociadas al precio como es el caso de la privacidad. Siguiendo la misma línea que los anteriores autores, considera que el coste por utilizar de forma gratuita el producto o servicio ofertado es ofrecer datos personales. En este sentido, desarrolla tres teorías del daño basadas en la privacidad – desde la óptica de la privacidad como calidad, como elección o como innovación– en el que el componente principal es el daño que se produce en el bienestar del consumidor ante la reducción de su capacidad de elección. Se ha tener en cuenta que las preferencias de los usuarios en relación a la privacidad de sus datos son muy variables; mientras que unos pueden preferir facilitar más datos a cambio de un precio menor, otros pueden anteponer su privacidad.

Así las cosas, el autor señala que la merma en la privacidad de los datos obtenidos se traduce no sólo en una mayor cantidad de datos recopilados, sino también en una limitación de la capacidad de decisión del usuario, así como del control sobre sus datos. En el caso de la privacidad como calidad, el autor entiende que se reduce el bienestar del consumidor, puesto que aquel que priorice una mayor protección de sus datos, deberá pagar un precio mayor por ese producto o servicio. En el supuesto de la privacidad como elección, implica asegurar la facultad de elección del usuario, para lo que necesariamente se necesitan distintos actores compitiendo en el mercado –es decir, que el consumidor tenga alternativas en función de los parámetros de privacidad que utilicen y del control que tenga sobre sus datos–. Cuestión que también analiza el autor, al mostrar cómo determinadas empresas –GAFAM– modifican la estructura del mercado adquiriendo o colaborando con otras empresas que pretenden alterar las condiciones del mercado –al ofrecer un modelo de negocio con mayor privacidad, mayor protección o control–. Con ello, la política de defensa de la competencia debe tomar en consideración las distintas preferencias de los consumidores y asegurar un mercado en el que

los usuarios son libres para tomar sus decisiones, para lo que indudablemente debe garantizar la competencia entre los distintos actores (ESAYAS 2018, pp. 12-56).

4.1.2.4. Teorías basadas en los ecosistemas

Las teorías basadas en los ecosistemas han ido adquiriendo predominancia en los debates académicos, particularmente por las características que presenta la industria digital; al tratarse de empresas multidisciplinarias cuyos efectos de red y alcance de economías de escala y gama promueven el valor del ecosistema. Si bien no existe una definición de ecosistema consensuada, NARDINI Y STENIMACHITIS (2024) lo definen como un conjunto de productos y servicios, que se comercializan en diversos mercados, pero que están conectados bien desde el lado de la oferta –debido a la interoperabilidad– o bien de la demanda –por la complementariedad–. De esta manera, el ecosistema sea crea alrededor de un producto o servicio principal a partir del cual se desarrollan otros –a veces incluso sin los que el principal no puede operar–.

Aunque pueda parecer que la teoría basada en los ecosistemas se enmarca en las tradicionales teorías verticales o de conglomerado, éstas difieren en que mientras que en las últimas se focalizan en analizar el vínculo entre los productos y servicios de las empresas objeto de la operación; las de los ecosistemas examinan el rol que pueden jugar la totalidad de los productos y servicios en la red (NARDINI Y STENIMACHITIS 2024). Por ello, YU (2024) subraya la importancia de definir correctamente el mercado, pues en palabras de la autora, se trata de una industria en la que «la frontera exacta de los mercados relevantes puede ser difusa y, a menudo, evoluciona con el tiempo». En la misma línea, CAFFARRA, ELLIOTT Y GALEOTTI (2023) proponen que las autoridades revisen los activos y capacidades que adquieren las empresas tras la operación en vez de sus productos y servicios. Esto es de suma importancia, puesto que consideran que el mercado de productos y servicios evalúa un mercado muy reducido, prescindiendo de cómo los nuevos activos y capacidades interaccionan con los que ya cuentan, agregándolos o redistribuyéndolos. Por lo que es vital que las autoridades controlen como las empresas pueden explotar esa red de capacidades una vez se produzca la operación.

NARDINI Y STENIMACHITIS (2024) reconocen que los ecosistemas tienen efectos positivos para el consumidor, quienes pueden acceder a innovadoras funciones complementarias. Los

ecosistemas, empero, presentan igualmente efectos negativos para la competencia. Véase el supuesto en el que una empresa –llamémosla A– adquiere o se asocia con otra –B– que dispone de productos o servicios complementarios a los de A. Ello permitiría a A consolidar su posición en su mercado principal –donde seguirá teniendo un poder irrefutable– al igual que extenderse a otros en los que ya esté presente, pero quiera mejorar su poder o posición, o en los que quiera irrumpir gracias a la interoperabilidad y complementariedad entre productos y/o servicios. El acceso a la tecnología, know-how, personal, activos, etc. de B le concede una ventaja competitiva a A frente a sus rivales, quienes no pueden competir en las mismas condiciones –ya que no disponen ni de la misma capacidad ni de del producto o servicio complementario en cuestión–. Todo ello, producirá finalmente un menoscabo en el bienestar del consumidor.

En consecuencia, las autoridades deben determinar y analizar los ecosistemas desde la perspectiva de la colaboración y no desde la óptica de la titularidad. Esto se debe a que por un lado, la asociación externa puede hacer que algunas empresas queden prisioneros de otra más fuerte, si los productos y servicios complementarios que brinda son imprescindibles y complejos de sustituir por la competencia. Y, por otro lado, porque esas empresas prisioneras no disponen de capacidad para mejorar sus productos y servicios –que están ligados a los de la empresa líder– y, por tanto, no pueden competir directamente con ésta (YU 2024).

4.1.2.5. Teorías basadas en los efectos a largo plazo

Por último, encontramos las teorías basadas en los efectos a largo plazo. Según el modelo desarrollado por DENICOLO Y POLO (2021, pp. 30-31), las autoridades deben analizar los efectos que produce la operación a largo plazo, ya que puede provocar una invención a cambio de compra. En otras palabras, a corto plazo la operación puede generar efectos procompetitivos, puesto que la capacidad y estímulos para innovar son mayores cuanto más permisivas son las transferencias de tecnología. No obstante, a largo plazo puede crear un monopolio si esa innovación se concentra en una única empresa, es decir, una empresa aglutina todos los esfuerzos innovadores, por lo que las barreras de entrada a los mercados en los que está presente o quiere expandirse serán altas, mermando el atractivo de otras empresas a innovar en éstos.

Esta teoría también es respaldada por VAN DEN BOOM Y SAMRANCHIT (2020, pp. 9 y 16) cuyo modelo evalúa el análisis realizado por dos tipos de autoridades de competencia –que denominan miopes y con visión de futuro²– en atención a como las economías de escala y la complementariedad entre productos y servicios puede afectar a los efectos a largo plazo de una operación. Así, al igual que los anteriores autores concluyen que ambas condiciones favorecen la creación de barreras de entrada. Ergo, cuanto mayor complementariedad exista, mayor será la utilidad para sus usuarios y cuanto más sólidas sean las economías de escala, menor será el coste de venta. Así, el beneficio que el usuario obtiene a corto plazo –conclusión y posterior autorización por parte de la autoridad miope– se contrapone a la baja rentabilidad de sus rivales de competir en aquellos mercados en los que está activo su ecosistema –análisis de la autoridad con visión de futuro– ya que podrá comercializar productos y servicios más baratos y más eficientes, unas condiciones que sus rivales no pueden imitar.

CABRAL (2021, p. 2), empero, se opone a incluir un análisis a largo plazo en la evaluación de las autoridades de competencia, pues entiende que el ritmo de innovación en las industrias digitales es muy dinámico y ágil, por lo que es difícil examinar sus consecuencias a largo plazo. Por ello, considera más sensato analizar estas operaciones *ex post* en vez de incluir estos parámetros en los análisis *ex ante*.

4.1.3. Apartado práctico

Como podemos observar son numerosas las teorías que ofrecen criterios sustantivos para el análisis de los daños que pueden generar las operaciones de concentración en la competencia. Es por ello que es interesante analizar algunas de las decisiones de la Comisión Europea con el fin de conocer cómo y qué teorías ha venido aplicando y cuál ha sido el razonamiento detrás de ellas. Así las cosas, en el asunto M.8124 – Microsoft/LinkedIn, la Comisión analizó los efectos anticompetitivos que podían nacer tras la adquisición de LinkedIn. Ésta señala que Microsoft y LinkedIn estaban activos en mercados complementarios o adyacentes, salvo por el mercado de servicios de publicidad en línea (en el que ambos operan). Aunque había varios

² Los autores consideran que la Comisión Europea analiza los efectos derivados de las operaciones en un plazo de entre dos a tres años (autoridades miopes), marco temporal insuficiente para evaluar el comportamiento de los ecosistemas digitales, cuyos efectos pueden vislumbrarse en tres a cinco años desde que se ha producido la operación (autoridades con visión de futuro).

mercados afectados, la Comisión identificó solo tres áreas problemáticas: i) el mercado de servicios profesionales de redes sociales –mercado de PNS–; ii) las soluciones de software de gestión de relaciones con clientes –soluciones CRM– ; y iii) las actividades de publicidad no relacionadas con búsquedas.

Respecto al mercado de PNS, la Comisión aborda, por un lado, el incentivo de Microsoft de preinstalar LinkedIn en sus dispositivos y, por otro lado, el de integrar LinkedIn en el paquete Office. Señala que es poco previsible que los usuarios descarguen una aplicación que no esté previamente instalada, lo que refuerza la disposición de las partes a su preinstalación. Con ello, aumentaría el número de usuarios de LinkedIn en detrimento de sus competidores que acabarían quedado excluidos al no tener las mismas condiciones para ser preinstalados. Además, previa adquisición, Microsoft permitía a terceros crear servicios o productos complementarios a Outlook y Office a través de interfaces de programación de aplicaciones – conocidas como APIs–, que permiten la interoperabilidad entre distintos softwares. Sin embargo, tras la adquisición es posible que Microsoft niegue el acceso a los APIs de proveedores de PNS, degradando la interoperabilidad entre los productos Office y los de terceros, quedando LinkedIn como único proveedor de servicios PSN.

En lo que se refiere a las soluciones CRM, la Comisión analiza si produciría efectos horizontales en caso de que Microsoft obligara a los clientes a comprar el *Sales Navigator* de LinkedIn junto con el software CRM de Microsoft. Sin embargo, concluye que se trata de un mercado muy fragmentado, en el que los clientes usan diferentes servicios de ventas por lo que el de LinkedIn sería solo una de las muchas alternativas existentes. La Comisión también examina si da lugar a efectos verticales un posible bloqueo en el acceso a la base de datos de LinkedIn, aunque observa que estos datos son uno entre otros muchos disponibles en el mercado y que solamente son relevantes en ciertos sectores de la industria. Por último, en cuanto al mercado de publicidad en línea, la Comisión concluye que LinkedIn no está presente en el mercado de publicidad en línea relacionada con búsquedas y que Microsoft sólo tiene una cuota del 5-10%, mientras que en el que no está relacionado con búsquedas la cuota combinada de ambos no superaría en ningún caso la de sus competidores (Facebook o Google). En todo caso, advierte que deben cumplir con las normas en materia de protección de datos en relación a la recopilación, tratamiento, uso o procesamiento de datos personales. Por todo ello, la Comisión autorizó la adquisición con una serie de compromisos en materia de

interoperabilidad y preinstalación (Decisión M.8124 de la Comisión Europea, de 6 de diciembre de 2016, apartados 8-409).

Otra decisión también ilustrativa es el asunto M.10262 –Meta/Kustomer en la que ambas empresas operan en mercados verticales. El análisis de la Comisión se centra principalmente en la capacidad de Meta de excluir u obstaculizar a los competidores de Kustomer –proveedores de software CRM de PYMES– y a otros operadores proveedores de software CRM el acceso a los APIs en sus canales de mensajería OTT. Para ello, la Comisión señalaba que Meta tiene un poder de mercado casi mundial en el mercado ascendente de las comunicaciones B2C –*business to consumer* o negocio a consumidor– y, además, tiene la facultad tanto técnica como contractual de impedir o degradar el acceso a las API de sus canales de mensajería. De hecho, la Comisión apuntaba a que la FCT –*Federal Trade Commission*– ya había investigado a Meta por prácticas similares (proporcionar versiones APIs mejoradas a ciertos operadores y a otros no). Ello implica que, como resultado de una exclusión total o parcial, es probable que un número potencial de clientes utilicen Kustomer, obstaculizando la competencia efectiva en el mercado de CRM. Por ende, la Comisión no solo observa efectos anticompetitivos el segmento de CRM para PYMES sino también en los grandes proveedores de CRM, ya que la exclusión produciría una menor innovación y calidad en el mercado.

La Comisión analiza también la acumulación de datos; en otras palabras, si Meta puede usar los datos de Kustomer para otras de sus actividades como servicios de publicidad. Sin embargo, Kustomer no posee los datos de sus clientes profesionales, ya que no los almacena, por lo que dependería del consentimiento de sus usuarios para su recopilación y procesamiento. En todo caso, al igual que en el anterior asunto, la Comisión subraya la importancia del cumplimiento con la normativa en materia de protección de datos. Por último, la Comisión evalúa por primera vez la teoría de ecosistemas, al establecer que la estrategia de exclusión puede beneficiar en su conjunto al ecosistema de productos y servicios de Meta. Una vez atraídos los clientes a Kustomer podría realizar ventas cruzadas con sus productos y servicios. Finalmente, la adquisición fue aceptada con objeciones, debiendo garantizar un

acceso público a sus APIs en condiciones FRAND³ (Decisión M.1062 de la Comisión Europea, de 27 de enero de 2022, apartados 62-617).

Otro asunto a examinar es el M.9660 – Google/Fitbit, en el que problemas competitivos se focalizaban en la combinación de las bases de datos de ambos y en una posible estrategia de vinculación y agrupación basada en degradar la interoperabilidad de los *wearables* – dispositivos electrónicos que se llevan en el cuerpo– con el sistema operativo de Android o con la app store de Google. En esta línea, la Comisión propone dos tipos de exclusión, o bien mediante la degradación de la API que permita la interacción de los relojes inteligentes con el sistema operativo Android o bien degradando el soporte técnico que se proporciona a los competidores de Fitbit. Google favorecería, así, los productos de Fitbit. En lo que respecta a las bases de datos, la Comisión aplicó por primera vez la teoría horizontal de daños en un sentido diferente al tradicional, al asociarlo a la combinación de bases de datos. Fitbit recopilaba diversos tipos de datos de sus usuarios –recogidos en la Tabla 27– por lo que la Comisión entendió que era plausible que Google utilizara la base de datos de Fitbit con fines comerciales. Ello permitiría a Google ostentar una posición de dominio en el mercado de servicios publicitarios en línea y, además, podría generar barreras de entrada y expansión – Google podría captar mejor las necesidades de los usuarios en detrimento de otros proveedores de publicidad en línea que no disponen de dichos datos y pagarían precios más altos–. Por último, si bien se menciona la teoría basada en la privacidad, la Comisión no lo tuvo en cuenta, pues consideró que Google no obtendría acceso a información confidencial de sus competidores tras la adquisición, ya que la información recibida por Fitbit de aplicaciones de terceros era muy limitada. Finalmente, esta operación fue también aceptada con el cumplimiento de ciertos compromisos (Decisión M.9660 de la Comisión Europea, de 17 de diciembre de 2020, apartados 26-845).

El último caso de análisis es el asunto M.7217 –Facebook/Whatsapp en el que la Comisión analiza tres posibles mercados en los que pueden generarse efectos anticompetitivos. A saber, el de servicios de comunicación, servicios de redes sociales y servicios de publicidad en línea. Sin embargo, la Comisión concluye que no existen indicios anticompetitivos en ninguno. En primer lugar, respecto al servicios de comunicación, la Comisión analizó el servicio de

³ Justas, razonables y no discriminatorias.

Facebook Messenger y Whatsapp y señalando que no eran competidores cercanos; aunque ambos ofrecían funcionalidades de comunicación y tenían un tamaño parecido en redes, diferenciándose en multitud de aspectos (en la forma de acceso, en la experiencia del usuario, en la fuente de obtención de contactos, etc.). Además, pese a los efectos de red que puedan surgir tras la operación, la Comisión apuntó a que se trataba de un sector innovador, de rápido crecimiento, con bajas barreras de entrada y facilidades para cambiar de servicio.

En lo que se refiere al servicio de redes sociales, la Comisión consideró a los operadores competidores lejanos. Existen multitud de proveedores de este servicio e incluso en el supuesto de tras la operación, la posición de Facebook en el mercado pudiese reforzarse, la Comisión concluye que los usuarios de ambas son prácticamente los mismos por el que esa supuesta ganancia quedaría mitigada. Por último, en el momento en el que se realizó la adquisición, Whatsapp no recopilaba ni almacenaba datos de sus usuarios; aun así, la Comisión señala que incluso en el caso de que pudiera suceder, todavía existirían competidores que pudieran acceder a esos datos, por lo que Facebook no tendría un control exclusivo sobre éstos (Decisión M.7217 de la Comisión Europea, de 3 de octubre de 2014, apartados 13-190).

4.2. Reparto competencial: competencia de la Comisión Europea

Analizadas las diversas teorías del daño y su aplicación en algunas de las decisiones por la Comisión Europea, es esencial conocer en qué supuestos es la Comisión Europea competente para evaluar las mismas y aplicar los mecanismos *ex ante* pertinentes. En este sentido, el RCC se trata de un mecanismo *ex ante* de control de fusiones y adquisiciones –definidas en el mencionado artículo 3– que son capaces de restringir la competencia ya sea en el mercado común o en una parte significativa de éste (art. 2.3 RCC). Así las cosas, el Considerando 8 RCC establece que éste será de aplicación a los cambios estructurales significativos acaecidos en la Unión Europea, esto es, cuando sus efectos se desplieguen fuera de las fronteras de los Estados miembro. De esta manera, en virtud de los principios de *one-stop-shop* –denominado ventanilla única en castellano– y subsidiariedad, la Comisión Europea está facultada para controlar y revisar aquellas operaciones de concentración que, de acuerdo con los criterios recogidos en el RCC, tengan dimensión comunitaria (Considerando 8 RCC). En otras palabras,

como establece el artículo 21 apartados 2 y 3 RCC, la Comisión Europea tiene competencia exclusiva, no siendo aplicables las normativas nacionales cuando la operación recaiga sobre el ámbito comunitario.

El artículo 1.2 RCC recoge el criterio de volumen de negocio comunitario y mundial para determinar la competencia de la Comisión Europea como autoridad de control. CALVO CARAVACA Y CARROSCO GONZÁLEZ (2006, pp. 137-138) diferencian entre un umbral principal, de minimis y trasfronterizo. El primero referente al volumen de negocios de las empresas afectadas a nivel mundial, debiendo superar los 5.000.000 euros; el segundo relativo al grado de vinculación con la Unión Europea, superando el volumen de negocios individual, de al menos dos empresas afectadas, los 250.000.000 euros; y, tercero, la regla de los dos tercios, es decir, cuando el volumen de negocios total de las empresas afectadas se efectúe en un mismo Estado miembro en al menos dos tercios. En todo caso, el apartado tercero del artículo 1 RCC también prevé un criterio alternativo basado en el volumen de negocios en caso de no alcanzarse los umbrales del apartado segundo⁴. Por todo ello, no es necesario que las empresas afectadas estén domiciliadas en algún Estado miembro de la UE, sino que la operación de restructuración o modificación se produzca en él (FERNÁNDEZ TORRES 2013, p. 332). De no cumplirse este criterio, serán las ANC's quienes evalúen la operación.

Existen, empero, dos excepciones a este reparto competencial. Véase el artículo 4.5 RCC que permite a las empresas objeto de la operación solicitar motivadamente a la Comisión Europea que, pese a no cumplir con el criterio comunitario, sea el órgano competente, cuando la operación se deba analizar por al menos 3 ANC's; y el artículo 22 RCC, que trataremos a continuación. Ahora bien, en los últimos años se han producido determinadas operaciones con start-ups que por al no poseer un volumen de facturación o negocios –o por ser éste mínimo– han quedado fuera del escrutinio no sólo de la Comisión Europea sino también de las ANC's. Lo que ha puesto sobre la mesa un debate en torno a la posible existencia de un vacío competencial para controlar estas operaciones (JAFARGULIYEV 2023, p. 51).

⁴ Estos se concretan en: i) superar a nivel mundial los 2.500 millones de euros; ii) superar en al menos tres Estados miembro individualmente los 100 millones de euros; iii) superar en al menos tres Estados miembros individualmente los 25 millones de euros por al menos dos empresas afectadas; y iv) superar a nivel comunitario los 100 millones de euros individualmente por al menos dos empresas afectadas. Todo ello, sin perjuicio de que el volumen de negocios de las empresas involucradas en un mismo Estado miembro sea de dos tercios (art. 1.3 RCC).

Como solución se ha propuesto una reforma de los umbrales de notificación para adaptarlos a la nueva realidad. En primer lugar, se habló de adoptar el criterio de valor de la transacción –introducido en las legislaciones alemana y austriaca– consistente en analizar el valor de adquisición para determinar el control de esa operación⁵. Sin embargo, no fue el criterio elegido por dos cuestiones: es posible que se simule el valor de transacción dividiéndola en varias (FARIA, LOPES MARTINS Y MARQUES NUNES 2021, p. 38) y porque no lo relaciona a un criterio geográfico, por lo que la Comisión analizaría cualquier operación que se pudiese producir en el mundo (SMEJKAL 2020, p. 6). En segundo lugar, se planteó la modificación de los umbrales de volumen de negocio del artículo 1 RCC. Ello implicaría en virtud del artículo 352 TFUE la unanimidad del Consejo, una opción que puede demorarse y que haría que la Comisión analizase operaciones poco problemáticas. Por ende, no fue aceptada por el Informe de Asesores Especiales de la Unión Europea (JAFARGULIYEV 2023, p. 55). En tercer lugar, algunos autores como MOTTA Y PEITZ (2019, pp. 5-6) proponen que la inversión de la carga recaiga sobre las partes de la operación, es decir, que demuestren que no se producirá un daño a la competencia. Actualmente, el órgano competente analiza las distintas teorías del daño en base a la información proporcionada por las partes; de recaer esa tarea en las partes cabe la posibilidad de que conserven o trasladen información parcial o tarde.

En cuarto lugar, se valoró la inclusión de otros criterios como la cuota de mercado combinada de las empresas objeto de la operación, que ya se aplica en algunos Estado miembro como España o Portugal. Ahora bien, nos encontraríamos con el mismo problema que con otros criterios, la Comisión tendría que analizar demasiadas operaciones –algunas no problemáticas– y pueden escapar otras en las que una multinacional con sede fuera de territorio europeo entre en el mercado común tras la unión con una start-up europea (JAFARGULIYEV 2023, pp. 56-57). Por todo ello, se optó por reinterpretar el artículo 22 RCC y favorecer, así, que las ANC's puedan remitir a la Comisión operaciones que no cumplan los umbrales de el RCC ni nacionales, pero puedan afectar al mercado europeo ocasionando efectos anticompetitivos (FARIA, LOPES MARTINS Y MARQUES NUNES 2021, p. 40). Ello ha dado lugar a la Comunicación de la Comisión 2021/C 113/01 de Orientaciones sobre la aplicación del mecanismo de remisión establecido en el artículo 22 del Reglamento de

⁵ Cuanto mayor sea el precio de compra de una empresa que actualmente o bien no genera ingresos o son mínimos, muestra un indicio claro de la relevancia de la tecnología o activos adquiridos.

concentraciones a determinadas categorías de casos, que aludiremos en adelante como Comunicación 2021/C 113/01 por ser su número de referencia.

5. Mecanismos de control *ex ante* en mercados digitales

Así las cosas, el Derecho de defensa de la competencia en la Unión Europea se asienta sobre tres grandes pilares; los artículos 101 – acuerdos y prácticas concertadas– y 102 –abuso de posición dominante– TFUE, junto con el RCC –control de operaciones de concentración que posean dimensión comunitaria–. En general, es posible definir estas herramientas como instrumentos generales que permiten, individualizado el supuesto de hecho, aplicar las normas contenidas en los mismos para determinar si, en su caso, la conducta o práctica es anticompetitiva. Ahora bien, en la última década la aplicación del conjunto de normas generales diseñadas para el control de operaciones de concentración ha sido ampliamente cuestionada.

Como ya hemos apuntado, algunos académicos señalan a que ello se debe a que en la industria tecnológica se ha venido produciendo lo que se denomina como *reverse killer acquisitions*. La creciente concentración de poder que están adquiriendo las GAFAM en el mercado, ha ocasionado que junto con las mencionadas normas –algunas de ellas revisadas, como el artículo 22 RCC–, se erijan otros instrumentos para evitar los efectos negativos derivados de las diversas operaciones que se producen en la industria digital. En particular, se trata de herramientas específicas ligadas al impacto que tienen estas operaciones y, por ende, a las características propias de la misma; tales como el uso de datos personales, la utilización de inteligencia artificial –especialmente, generativa–, la creación de entornos digitales poco transparentes e inseguros, o la proliferación de prácticas anticompetitivas e injustas en el sector digital. Para ello, podría ser posible hacer uso de la normativa vigente en estas materias junto con las normas existentes y generales sobre defensa de la competencia para controlar y revisar posibles prácticas anticompetitivas, véase artículos 101 y 102 TFUE y RCC. Este capítulo pretende, por tanto, realizar un análisis sobre las diversas herramientas de las que dispone la Comisión Europea.

5.1. Reglamento de Control de Concentraciones

Como se ha mencionado, el RCC es un mecanismo de control *ex ante* cuya aplicación está condicionada a que se produzca una operación de concentración que impacte en el mercado común. Dada la creciente preocupación por capturar las operaciones más problemáticas producidas en los mercados digitales, y con la intención de ampliar la competencia de la Comisión Europea se ha reformulado el artículo 22 RCC.

La *raison d'être* del artículo 22 se fundamenta en una situación que actualmente es atípica. Su origen se remonta a cuando algunos Estados miembro de la Unión Europea no contaban con un sistema de control de concentraciones en su derecho interno –Países Bajos, Luxemburgo e Italia– por lo que se incluyó en el RCC un mecanismo de remisión a la Comisión Europea conocido como la cláusula holandesa (EBEN Y READER 2023, p. 302). De acuerdo con el precepto, deben concurrir tres requisitos: i) que la operación se ciña a la definición del artículo 3 RCC; ii) que ésta tenga un impacto en el comercio entre Estados miembro, aunque no alcance la dimensión de la UE, y iii) afecte a la competencia de dichos Estados miembro (art. 22 RCC).

Dado lo anómalo de esta situación –pues prácticamente todos los Estados cuentan con sus propias normas de control, salvo Luxemburgo– el artículo ha devenido en desuso y su aplicación limitada. Por este motivo, la Comisión emprendió una política desalentadora desde principios de 2005 a finales de 2020 (EBEN Y READER 2023, p. 302), lo que se traducía en que, si la operación no alcanzaba los umbrales internos de aquel o aquellos Estados miembro, la Comisión no admitía la remisión⁶. Ergo, la operación no se era controlada por ninguna autoridad de competencia y solamente era posible su revisión si en el período posterior a la adquisición generaba efectos anticompetitivos (FARIA, LOPEZ MARTINS Y MARQUES NUNES 2021, p. 40).

Ahora bien, atendiendo a la nueva problemática existente en algunas industrias –especialmente en la industria digital y farmacéutica– la Comisión ha dictado la Comunicación de la Comisión 2021/C 113/01. En este sentido, fija los requisitos mencionados en el RCC para la aplicación del artículo 22, aunque matiza los supuestos en los que se producen. En primer

⁶ La Comisión solo analizaba aquellos supuestos en los que la operación excedía los umbrales establecidos en la normativa interna del país o países de la Unión.

lugar, respecto a la afectación del comercio intracomunitario, es necesario que la operación tenga un impacto –directo o indirecto, real o potencial– en el comercio entre Estados miembro. Para estimar este criterio alude, así, a una lista no exhaustiva de factores. Por citar algunos, «la ubicación de los clientes, la disponibilidad y la oferta de los productos o servicios, la recogida de datos (...) o desarrollo (...) de proyectos de I+D (...)» comerciados en varios países de la Unión. Y, en segundo lugar, el Estado miembro que solicite la remisión deberá probar en base a una evaluación preliminar –fundamentado «en indicios razonables, pero no concluyentes» – la posible y significativa amenaza de dicha operación en la competencia (Considerando 13, 14 y 15 Comunicación 2021/C 113/01).

Es interesante mencionar que el Considerando 15 de la Comunicación de la Comisión 2021/C 113/01 indica algunas situaciones en las que se produce ese riesgo para la competencia; entre ellas, la consolidación de una posición de dominio, la exclusión de rivales actuales o potenciales del mercado, la creación de barreras de entrada o expansión, e incluso estrategias de exclusión basadas en la vinculación, agrupación o impedimento al acceso de insumos.

Así las cosas, el mecanismo de remisión es de aplicación, por un lado, cuando el Estado miembro no tenga competencia sobre la operación por no alcanzarse los umbrales de notificación internos, pero concurren los requisitos mencionados en el artículo 22 RCC. Ello ocurrirá, sin tener carácter *numerus clausus*, cuando: i) sea una *start-up* con capacidad competitiva que no haya comercializado los productos o servicios o no tenga una facturación significativa; ii) sea un sustancial innovador; iii) sea un rival real o potencial; iv) pueda acceder a insumos cruciales desde la óptica de la competencia como «materias primas, infraestructura, datos o derechos de propiedad intelectual»; y v) facilite productos o servicios esenciales para otros sectores (Considerando 19 de la Comunicación 2021/C 113/01). Y, por otro lado, se estimula que la propia Comisión sugiera a los Estados miembros que presenten solicitudes de remisión cuando considere que se cumplen las condiciones para ello (art. 22 apartado 5 RCC).

Ahora bien, algunos autores comentan que el uso del RCC suscita una serie de problemas a la hora de evaluar su efectividad como mecanismo de control. Precisamente, debido a su reinterpretación en el marco de la Comunicación 2021/C 113/01. Ésta exige que se presente información suficiente, en la medida en la que se disponga de ella, para llevar a cabo una evaluación preliminar, describiéndolo como la necesidad de que existan indicios razonables. No obstante, es un concepto muy vago que no aporta seguridad jurídica. Además, la invitación

de la Comisión para evaluar por sí misma la operación recae en la voluntad de los Estados miembro, disminuyendo su facultad como órgano competente. (KOCAEFE 2024, pp. 44-45). Pese a ello, a través de esta reinterpretación, la Comisión Europea ha evaluado la adquisición Meta/Kustomer –comentada en el capítulo 4– que fue remitida por la ANC austriaca, dónde fue inicialmente notificada y remitida. Otro asunto que también fue remitido a la Comisión vía artículo 22 RCC fue el de Illumina/Grail. En éste, la Comisión Europa instó a los Estados miembro a su remisión, pues, aunque no cumplía con los umbrales europeos o nacionales de notificación, la operación suscitaba efectos anticompetitivos –. Aunque la Comisión comenzó en julio del 2021 una investigación formal, Illumina anunció durante la misma que había adquirido Grail, por lo que la Comisión impuso una serie de remedios para mantener una competencia efectiva. Asimismo, en julio del 2023 la Comisión impuso una multa a Illumina por haber vulnerado las normas en materia del RCC. Illumina recurrió entonces la competencia de la Comisión ante el Tribunal General de la Unión Europea –TGUE– cuya STGUE T-227/21 establece que el, basándose en una interpretación literal, contextual, histórica y teleológica, el artículo 22 funciona como un mecanismo corrector eficaz para controlar las concentraciones, habilitando a acudir a este instrumento ante cualquier operación con independencia de que se alcanzasen los umbrales nacionales (apartados 85-161 STJUE T-227/21). Ahora bien, este mes se ha conocido la STJUE C-611/22 P y C-625/22 P, en el que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea –TJUE– revoca la reinterpretación del artículo 22 de la Comisión y del TGUE señalando que es necesario que para que un Estado miembro acuda a este mecanismo de remisión es condición *sine qua non* que la operación alcance los umbrales de notificación nacional. El TJUE añade que, si los umbrales basados en el volumen de negocio son insuficientes para capturar aquellas operaciones problemáticas, compete al poder legislativo la revisión o establecimiento de un mecanismo de salvaguarda para que la Comisión pueda evaluar operaciones de tales características (STJUE C-611/22 P y C-625/22 P apartados 121-219).

Por todo lo expuesto, los poderes de la Comisión para la aplicación del RCC quedan nuevamente limitados, por lo que apremia un nuevo debate sobre la adaptación y modificación de las disposiciones del RCC para capturar este tipo de operaciones.

5.2. Reglamento de Mercados Digitales

En aras a garantizar un entorno digital competitivo, se ha dictado un nuevo reglamento – 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) 3030/1828– comúnmente conocido como Reglamento de Mercados Digitales, en adelante, RMD por sus siglas. El objetivo de la norma es asegurar un correcto actuar de los operadores en el mercado digital –ligado a una serie de obligaciones y prohibiciones– favoreciendo una competencia justa (OLIVEIRA 2023, p. 52). De esta manera, el RMD, en vigor desde mayo del año pasado, constituye un mecanismo *ex ante* que permite a la Comisión Europea ejercer un control sobre determinadas grandes plataformas, evitando que se produzcan prácticas anticompetitivas. Aunque las normas solo se aplicarán a aquellos que el RMD nombre como guardianes de acceso y presten servicios básicos de plataforma (JAFARGYLIYEV 2023, pp. 67-68).

De esta manera, el artículo 14 RMD recoge la obligación de los guardianes de acceso de notificar a la Comisión aquellas operaciones de concentración que se enmarquen en el ámbito de aplicación del RCC –es decir, del artículo 3 RCC–, siempre que una de las empresas o la que resulte de la operación vaya a prestar servicios básicos de plataforma, otros servicios en la industria digital o incluso autorice la recopilación de datos –cuestión que trataremos a continuación–. Todo ello, con independencia de que la operación tenga o no que ser notificada a la autoridad de competencia correspondiente vía RCC o mediante las normas de control de los Estados miembro. Por este motivo, el precepto alude a que se deberá detallar con anterioridad a su conclusión, ya sea con posterioridad a la promulgación del acuerdo, del anuncio de licitación pública o de la compra de participaciones mayoritarias (art. 14 RMD).

Asimismo, el citado artículo señala la información que los guardianes de acceso están compelidos a otorgar –las partes implicadas, ingresos brutos en territorio europeo y mundial, los sectores en los que operan y a lo que se dedican, el precio del contrato o una estimación, detalles de la operación y los países de la Unión afectados– (art. 14.2 RMD), lo que permitirá a las ANC conocer si bajo su normativa es posible analizar dicha operación o es imperativo remitirlo a la Comisión vía artículo 22 RCC (EBEN Y READER 2023, p. 29).

Ahora bien, ¿qué se entiende por guardianes de acceso? En virtud del artículo 3 RMD tendrán tal consideración aquellos que cumplan tres requisitos: i) poseen una enorme influencia en el

comercio intracomunitario; ii) brindan un servicio básico de plataforma en al menos tres Estados miembro, y iii) mantienen o es previsible un postura fortalecida y prolongada en el mercado. En todo caso, se recogen en el apartado segundo del mencionado precepto unos umbrales para identificar a los guardianes de acceso basado en su volumen de negocio y usuarios (art. 3 apartados 1 y 2 RMD). Por consiguiente, la Comisión ha designado a seis empresas como guardianes de acceso, véase las GAFAM junto con ByteDance (COMISIÓN EUROPEA 2023).

Bastará con que uno de ellos preste un servicio básico de plataforma para ser incluido como guardián de acceso. Estos servicios comprenden: «servicios de intermediación –por ejemplo, *marketplaces*–; motores de búsqueda; redes sociales; intercambio de vídeos; servicios de comunicaciones interpersonales; sistemas operativos; navegadores web; asistentes virtuales; *cloud computing*; y servicios de publicidad» (art. 2 RMD). Precisamente, este tipo de servicios en línea favorecen las características presentes en los mercados digitales que propician que sus titulares alcancen poder de mercado y ostenten una posición de dominio, y a su vez, restrinjan el acceso a sus plataformas a otros competidores –mediante la interoperabilidad, control de APIs, conjunto de datos o beneficiando sus productos o servicios– (BRÜHL 2023, p. 5). Por ello, los artículos 5, 6 y 7 recogen una serie de obligaciones con las que deben cumplir. Destacan la obligación de facultar al usuario la desinstalación de aplicaciones del sistema operativo del guardián de acceso, así como la instalación de aplicaciones de terceros; permitir el acceso y la portabilidad de los datos al usuario sin coste; o consentir que usuarios profesionales oferten y concluyan contratos con usuarios finales fuera de su plataforma. Entre las prohibiciones encontramos que los guardianes no podrán impedir que sus usuarios usen otros motores de búsqueda, servicios de identificación o de pago distintos a los suyos o incluso tratar los datos de usuarios de terceros con fines publicitarios, salvo autorización (arts. 5, 6 y 7 RMD).

Algunos autores, como EBEN Y READER (2023, pp. 29-31) defienden el débil carácter del artículo 14, puesto que la obligación de los guardianes se limita a divulgar cierta información. Para corregir situaciones en las que por la información facilitada no haya sospecha de un posible daño a la competencia, se ha de tener en cuenta que los guardianes de acceso están sujetos a ciertas obligaciones y prohibiciones para garantizar un entorno competitivo. El cumplimiento de éstas se ve reforzado mediante el artículo 18 RMD, el cual dispone que si tras la adopción de tres decisiones sobre un incumplimiento, la Comisión podrá limitar

durante un periodo la capacidad del guardián para realizar una operación comprendida en el artículo 3 RCC cuando ésta esté vinculada ya sea a la prestación de un servicio básico de plataforma o de recopilación de datos, u otro en el sector digital (art. 18 RMD).

Asimismo, con el objetivo de subsanar las posibles deficiencias del artículo 22 RCC, el artículo 14 posibilita que la Comisión en atención a la información brindada por las partes previa conclusión de la operación pueda trasladar esos datos a las ANC. De tal forma que éstas puedan evaluar si esa operación debe ser notificada por alcanzar los umbrales nacionales o de lo contrario, si es susceptible de ser remitida a la Comisión por medio del artículo 22. El RMD ofrece, por tanto, la única vía para que la Comisión pueda controlar indirectamente aquellas operaciones que por no alcanzar los umbrales no serían analizadas (OLIVEIRA 2023, pp. 54-55). Este mecanismo, empero, se restringe a que, por un lado, se trate de un guardián de acceso y, por otro lado, se preste un servicio básico de plataforma.

5.3. Reglamento de Datos y otras normas para la protección de datos

Tal y como se ha mencionado a lo largo del trabajo, los datos son un insumo esencial en los mercados digitales al erigirse como una fuente de poder (OCDE 2024, p. 8), por lo que los operadores tratan de acceder, recopilar, procesar y comercializar los datos de sus usuarios (OCDE 2024, p. 1). Al análisis y tratamiento de esta descomunal cantidad de datos se denomina *Big Data* (GIL GONZÁLEZ 2016, p. 17) que permite a quienes los poseen no sólo perfilar a sus usuarios –para conocer su comportamiento y preferencias– sino también ofrecer productos y servicios individualizados, así como publicidad y marketing personalizado, al igual que entrenar a sus algoritmos (WASASTJERNA 2019, p. 341). Las operaciones de concentración posibilitan la extensión del alcance para la obtención de esos datos y la cantidad de datos recopilados en manos de una sola empresa (WASASTJERNA 2019, p. 342). Todo ello, indudablemente les otorga una ventaja competitiva que conlleva serias preocupaciones que pueden sintetizarse en una posible vulneración de la privacidad de los usuarios –al acceder a información sensible y confidencial– y a la práctica de actos anticompetitivos –véase un monopolio o abuso de poder–.

A la luz de lo anterior, la Unión Europea ha dictado el Reglamento (UE) 2023/2854 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2023 sobre normas armonizadas para un acceso justo de los datos y su utilización, y por el que se modifican el Reglamento (UE)

2017/2394 y la Directiva (UE) 2020/1828, que se conoce como Reglamento de Datos y por el que nos referiremos a continuación. El Reglamento de Datos asegura el uso, acceso, intercambio, tratamiento y almacenamiento de datos en el mercado interior, garantizando una justa distribución de éstos entre los distintos *stakeholders*⁷ (SCHWEITZER Y METZGER 2024, p. 338). Se suma, así, a otros instrumentos como el RMD y al conocido como Reglamento general de protección de datos, en adelante, RGPD por sus siglas –Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo 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– de las que disponen las autoridades de competencia en su evaluación sobre las operaciones de concentración en los mercados digitales.

Ahora bien, como señalan CRÉMER, DE MONTJOYE Y SCHWEITZER (2019, p. 74) el término datos es muy amplio, pudiendo aludir a diversas clases, por lo que es necesario especificar el tipo de dato y su uso a la hora de evaluar sus implicaciones en los distintos escenarios. Así las cosas, BEAUDOIN *ET AL.* (2022, p. 9) proporcionan una clasificación de los datos en «personales o no personales; obtenidos voluntariamente, recopilados, observados o inferidos; comercializados o no comercializados». Dicho esto, este apartado tratará de analizar los diferentes instrumentos existentes para abordar los efectos anticompetitivos que pueden surgir del uso de datos. Para ello, atenderemos al informe realizado por KEUNEN *ET AL.* (2023) que analiza la interacción de la competencia en relación al acceso a los datos, su portabilidad e interoperabilidad y, por último, el intercambio de los mismos.

Respecto al acceso a los datos, deberíamos analizar, por un lado, los mecanismos de control existentes en caso de que la acumulación de datos cree barreras de entrada y expansión al mercado y, por otro lado, si están legitimados a tratar los datos de los usuarios con fines comerciales –esto es, para mejorar o individualizar los productos y servicios–. En el primer escenario, la Comisión Europea tradicionalmente ha aplicado el artículo 102 TFUE sobre prácticas constitutivas de abuso de posición dominante en relación a la conocida doctrina de recursos esenciales (KEUNEN *ET AL.* 2023, pp. 11-28) desarrollada por el TJUE que sintetizamos a continuación.

⁷ Sin embargo, pese a su entrada en vigor, no es aplicable hasta el 12 de septiembre de 2025.

En el asunto C-283/87, el TJUE concluye que la titularidad sobre un derecho exclusivo constituye un abuso de dominio cuando concurren determinadas circunstancias; como, por ejemplo, la negativa a conceder a terceros competidores licencia para suministrar piezas de recambio –que no podían ser reemplazadas– previo abono de una compensación económica justa (apartados 7-11 STJUE C-238/87). Más tarde, en el asunto C-241/91 P y C-242/91 P el TJUE concreta las condiciones que deben darse; a saber, que esa negativa impida la comercialización de un producto o servicio nuevo sobre el que no existe sustituto real o potencial y para el que existe demanda, que la negativa no esté justificada y que mediante esta práctica se reserve un mercado secundario, impidiendo cualquier competencia (apartados 24-58 STJUE C-241/91 P y C-242/91 P).

Las posteriores sentencias del TJUE matizan la jurisprudencia sentada. Así, el asunto C-7/97 establece que es imprescindible que, para determinar tal abuso, el recurso o activo sea la única alternativa real o potencial y económicamente rentable para la prestación del servicio o comercialización del producto (apartados 23-47 STJUE C-7/97). Por su parte, el asunto C-418/01 señala que las condiciones anteriormente mencionadas deben cumplirse de forma acumulativa, que para que exista abuso la negativa a acceder a ese recurso debe recaer sobre productos o servicios indispensables para operar en el mercado –real o hipotético– (apartados 34-52 C-418/01). Y, por último, el asunto T-201/04 que añade que dicha negativa de acceso puede ser en el mercado principal o conexo de la empresa que ostenta una posición dominante (apartados 291-336 T-201/04).

Si bien, CRÉMER, DE MONTJOYE Y SCHWEITZER (2019, p. 103) al igual que SCHEWETZER Y METZGER (2024, p. 338) consideran que la aplicación del artículo 102 TFUE ha sido muy limitada, dado que los datos son un insumo no rival –se pueden obtener de múltiples fuentes– por lo que es difícil su encaje en la doctrina de recursos esenciales al no tener ese carácter de recurso irremplazable, es relevante traer al debate la distinción que realizan HOFFMAN Y JOHANNSEN (2019, pp. 8-15) entre una exclusión absoluta y una exclusión relativa; en el primero cabría la aplicación del artículo 102 TFUE, mientras que en el segundo sería más discutible. En todo caso, y para evitar esta problemática, el RMD incluye una serie de obligaciones tales como proporcionar tanto a los usuarios profesionales como a terceros autorizados los datos agregados o desagregados, incluidos los personales –previo consentimiento – de los usuarios, que se hayan originado el uso del servicio básico de plataforma, junto con o en apoyo de éste. Asimismo, deberán otorgar licencias en condiciones

FRAND los datos generados por los usuarios en los motores de búsqueda a terceros proveedores de instrumentos de búsqueda (art. 6 apartados 10 y 11 RMD). Los artículos 4.1 y 5.1 del Reglamento de Datos igualmente recogen unos derechos similares, aunque en este caso se trata de datos generados en el uso de un producto o servicio, independientemente de que el titular de los datos tenga la condición de guardián de acceso.

En el segundo escenario, sobre la legitimación de procesar los datos del usuario con fines comerciales, distinguimos datos personales de los no personales. Por un lado, el artículo 6.1.f) RGPD establece que el tratamiento de datos personales⁸ es lícito si satisface un interés legítimo, el RMD, empero, recoge que los guardianes de acceso no pueden tratar, combinar o cruzar datos personales obtenidos con otros servicios brindados por el guardián (art. 5 apartado 2 RMD) o usar ningún dato producido o suministrado por el usuario que no haya sido accesible públicamente –por ejemplo, datos agregados y desagregados– (art. 6 apartado 2 RMD). En este sentido, como apunta el informe de KEUNEN *ET AL.* (2023, p. 22) el RMD es *lex specialis*, por lo que los guardianes de acceso deben obtener el consentimiento de los usuarios para poder realizar dichos actos. Además, el artículo 15.1 RGPD recoge el derecho del usuario a conocer que datos personales han sido tratados⁹ y su derecho a acceder a ellos, mientras que el artículo 4.12 del Reglamento de Datos establece que solamente se podrán proporcionar datos personales a terceros si existe vía artículo 6 RGPD una causa que le legitime.

En lo que se refiere a la portabilidad y a la interoperabilidad, hablamos de barreras de flujo de datos. Los problemas competitivos nacen cuando las plataformas no proporcionan interfaces interoperables –con motivo de trabas contractuales, económicas o técnicas– tales como restricciones en interfaces de programación de aplicaciones o limitaciones en el acceso de componentes esenciales o en la funcionalidad con productos/servicios de terceros... Lo que no sólo afecta a rivales –ya que existe una auto preferencia por los productos y servicios propios– sino también a consumidores –ya que afecta a su derecho a la portabilidad de datos y facilita un *lock-in* del consumidor¹⁰–, fortaleciendo la posición de estos operadores en el mercado (KEUNEN *ET AL.* 2023, pp. 29-44).

⁸ El artículo 4 RGPD define los datos personales como toda información que permite la identificar, directa o indirectamente, a una persona.

⁹ Ya sea porque han sido facilitados por el usuario o porque han sido generados por el responsable del tratamiento tras el uso del usuario de un producto o servicio.

¹⁰ Los consumidores no tienen la opción de utilizar servicios y productos de terceros.

En cuanto a la interoperabilidad, en algunos casos, como el mencionado asunto T-201/04¹¹, se ha aplicado el artículo 102 TFUE. Para los casos en los que la doctrina de recursos esenciales no sea aplicable, y como ya se han mencionado alguna de ellas, el RMD recoge una serie de obligaciones y prohibiciones en este aspecto, véase el artículo 6.4 al posibilitar la instalación de aplicaciones informáticas de terceros, salvo que «pongan en peligro la integridad del hardware o del sistema operativo del guardián»; artículo 6.7 al obligar al guardián de acceso a permitir la interoperabilidad con sus sistema operativo, hardware o software; e incluso el artículo 7.2 que asegura la interoperabilidad en algunas funciones relativas a las comunicaciones interpersonales –mensajes, vídeos, llamadas o videollamadas– (arts. 6.4, 6.7 y 7.2 RMD). A ello se suman los Capítulos VI y VIII del Reglamento de Datos en relación con las condiciones contractuales, comerciales y técnicas de obligado cumplimiento en el cambio de servicios de tratamiento de datos, así como la interoperabilidad de los operadores de espacios de datos y proveedores de servicios de tratamiento de datos (KEUNEN *ET AL.* 2023, p. 42).

El derecho a la portabilidad se recoge en el artículo 20 RGPD respecto a los datos personales –en otras palabras, su derecho a recibir los datos facilitados y a transmitirlos a otro responsable de tratamiento–. No obstante, el precepto limita este derecho, por un lado, a un tratamiento basado en el consentimiento o un contrato y, por otro lado, no recoge un derecho completo ni en tiempo real (SCHEWEITZER Y METZGER 2024, p. 340). Para ello, como hemos señalado, los artículos 4 y 5 del Reglamento de Datos establecen que los datos deberán proporcionarse al usuario o a terceros a solicitud de éste «sin demora indebida (..), con la misma calidad, facilidad, seguridad, gratuitamente y en formato completo (...)». Redacción similar encontramos en el artículo 6.9 RMD sobre los datos almacenados tras el uso del servicio básico de plataforma.

Por último, hablamos del intercambio de datos que, si bien puede tratarse de información relativa a la innovación, también pueden contener otros datos relativo a precios o *know-how*. Si bien puede tener efectos procompetitivos –posibilitando la mejora de productos y servicios, así como el desarrollo de herramientas de IA– también conllevan resultados anticompetitivos cuando no se permite el acceso a esas bases de datos, o se hace en condiciones poco

¹¹ En este supuesto, Microsoft había conseguido obtener una posición de dominio al negarse a proporcionar información relativa a la interoperabilidad con sus programas informáticos, impidiendo que hubiese una competencia efectiva en el mercado, ya que era necesario que sus rivales accedieran a la información asociada a la interoperabilidad para poder comercializar un sustituto (apartados 291-336 T-201/04).

beneficiosas, se entorpece la creación de bases independientes o erosiona la protección de datos de los usuarios (KEUNEN *ET AL.* 2023, pp. 44-54).

Desde un punto de vista de la competencia, negar o dificultar el acceso a las bases de puede constituir un abuso de dominio vía artículo 102 TFUE –aunque es dudable si las bases de datos son un recurso vital, pues pueden ser duplicadas–, por lo que este tipo de prácticas tienen un mejor encaje en el artículo 101 TFUE que prohíbe los acuerdos que tenga por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia¹². En este sentido, el asunto C-8/08 señala que el intercambio de información sensible puede tener un objeto contrario a la competencia cuando las empresas implicadas pueden saber la posición en el mercado y las estrategias comerciales de sus rivales (apartados 23-43 STJUE 8/08); mientras que en el asunto C-238/ el TJUE entiende que para que el intercambio no implique una práctica anticompetitiva por constituir una restricción por efectos en la competencia deben cumplirse tres condiciones: i) que la competencia en dicho mercado no esté concentrada, ii) la bases de datos no deben contener información sobre la posición de mercado o estrategia comercial de los competidores ni sobre la identidad de los usuarios, y iii) que dichos datos sean accesibles a todos los operadores en condiciones no discriminatorias (aparatados 46-63 STJUE C-238/05). Desde la óptica de la privacidad de los datos de los usuarios y como ya hemos hecho mención, el tratamiento de datos personales solo es lícito si concurre alguno de los supuestos descritos en el artículo 6 RGPD, además el artículo 9 prohíbe el tratamiento de determinadas categorías de datos –salvo que se den las circunstancias del apartado segundo–.

6. Caso de análisis: Microsoft y Mistral AI

Habiendo expuesto la situación actual del marco jurídico europeo desde un punto de vista competencial y sustantivo, así como de los posibles mecanismos de control con los que cuenta, es interesante evaluar su eficacia y utilidad aplicándolo a un caso de análisis.

¹² De hecho, la Comunicación de la Comisión en relación con las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal recoge en su apartado sexto la aplicación del artículo 101 TFUE a los acuerdos de intercambio de información comercial confidencial.

6.1. Microsoft Corporation

Microsoft Corporation es una empresa tecnológica multinacional con sede en Redmond, Washington, con casi 50 años de historia. Fue fundada el 4 de abril de 1975 en Albuquerque, Nuevo México por dos jóvenes entusiastas de la informática, Paull Allen y Bill Gates. Su misión en aquel entonces era clara; en una década en la que la gente usaba máquinas de escribir, el objetivo era crear un equipo informático personal que pudiese ser utilizado tanto en el trabajo como en el hogar y por el que nace MS-DOS –el primer sistema operativo de Microsoft– comercializado por IBM. Con el paso de los años, Microsoft ha lanzado al mercado posteriores versiones y extensiones del sistema operativo –desde Windows 1.0 al actual Windows 11 24H2– en el que han ido incorporando distintas funcionalidades. (Microsoft Prensa 2015).

Se trata de una empresa que cotiza en bolsa desde 1986 y que ha ido creciendo gracias al desarrollo de sus productos y servicios iniciales junto con una fuerte actividad de fusiones y adquisidores, la realización de grandes inversiones y por acuerdos de colaboración alcanzados. Actualmente, no sólo dispone de sistemas operativos y softwares, sino también de un gran ecosistema de productos y servicios: programas y aplicaciones informáticas; PCs y dispositivos –*tablets* y móviles–; asistentes de inteligencia artificial –Copilot–; servicios en la nube –Azure–; plataformas de comunicación –Microsoft Teams y Skype–; videoconsolas –XBOX– y videojuegos, etc.

Atendiendo a los segmentos de mercado mostrados en la Tabla 1, la Tabla 2 muestra que Microsoft está presente en cinco de los seis segmentos, salvo en el comercial, y que sus líneas de negocio principales recaen en el de empresa y plataforma de software y dispositivos. La Tabla 2 también presenta los productos y servicios que dispone Microsoft en cada segmento. En el caso de sus segmentos principales, más de la mitad de los ingresos producidos en 2014 –un 57%– provino de productos y servicios destinados a empresa, tales como servicios en la nube y suites de productividad. A través del segundo segmento principal se obtuvo casi un 35% de la facturación anual, mientras que el restante estaba conectado a la comercialización de herramientas dirigidas a creadores de contenido, así como a los ingresos generados mediante la publicidad insertada en su buscador Bing (GAUTIER Y LAMESCH 2020, p. 12).

Tabla 2. Segmentos de mercado, productos e ingresos de Microsoft en 2024

Segment	Products	Revenues	
		Amount	Share
Business	‘Azure’, ‘Office 365’ Cloud services; ‘Excel’, ‘Word’, ‘Powerpoint’ productivity software; other business solutions (ERM, CRM)	49,574	57.09%
Platform	‘Windows’ operating system; ‘Surface’ laptops; ‘Lumia’ phones; ‘Xbox’ gaming console	30,001	34.55%
Content	Development tools for content and game creators	7,258	8.63%
Consumer	‘Bing’ search engine		
Advertising	Advertising services		

Source: Microsoft’s 2014 10-K filings, p.28.
Amounts in million \$.

(GAUTIER Y LAMESCH 2020, p. 12)

De acuerdo con el estudio realizado por FERNÁNDEZ (2024), los ingresos a nivel mundial de Microsoft en el año 2023 alcanzaron los 211.000 millones de dólares estadounidenses, obteniendo un beneficio de 44.200 millones de dólares. Si bien estos ingresos provienen mayoritariamente de su mercado *core*, como en años anteriores, ha ido alcanzando notables ganancias en otros mercados complementarios, en los que las inversiones, adquisiciones y alianzas han sido un gran propulsor (GAUTIER Y LAMESCH 2020, p. 21). Ejemplo de ello, Microsoft ha reforzado su infraestructura de videojuegos mediante la compra de *Undead Labs*, *Playground Games* o *Compulsion Games* (2018), *Zenimax Media* (2020), *Activision Blizzard* o *Inworld AI* (2022). Fuera del mercado de los videojuegos, Microsoft ha invertido y ha alcanzado acuerdos de colaboración con diferentes start-ups para el desarrollo de gemelos digitales como *Blackshark.ai* o *Applied Intuition* (2021). Asimismo, también está interesado en dispositivos de realidad aumentada y realidad virtual así como servicios en la nube (CB Insights 2022, pp. 45-60).

No obstante, tras el declive del metaverso, las empresas tecnológicas han comenzado a invertir enormes cantidades en proyectos y start-ups de IA. Microsoft intenta liderar esa carrera, habiendo adquirido un total de 13 start-ups en el periodo de 2010 a 2021 (CB Insights 2021, p. 4) alcanzando 17 solamente en el año 2023 (THORMUNDSSON 2024). Igualmente, destacan el acuerdo de colaboración con start-ups como *Mistral AI* y *G42* o la inversión en *OpenAI*.

6.2. Mistral AI

Mistral AI es una start-up francesa creada en 2023 por dos jóvenes –Guillaume Lample y Arthur Mensch– investigadores especializados en inteligencia artificial. Se trata de una empresa valorada en 2.000 millones de euros que ha logrado obtener grandes sumas en distintas rondas de inversión. Su misión es ofrecer modelos de procesamiento de lenguaje en código abierto y erigirse como una alternativa de OpenAI en Europa (MILLÁN 2024). De hecho, PIQUARD (2023) lo describe en palabras de uno de sus fundadores como la generación de inteligencia artificial generativa apoyada en un «enfoque abierto, responsable y descentralizado de la tecnología». Actualmente, han desarrollado varios modelos de inteligencia artificial –Mistral Large, Mistral Nemo, Codestral, Mistral 7B, etc.– diseñados para competir con otros modelos de IA de otras conocidas empresas como el GPT-4 de OpenAI o Claude2 de Anthropic (ARMERO 2024). Además, recientemente ha lanzado su *chatbot*, similar al de ChatGPT –propiedad de OpenAI– llamado *Le Chat* que está disponible en varios idiomas de la Unión Europea (Mistral AI).

6.3. Acuerdo de colaboración

El 26 de febrero de 2024, Microsoft anuncia la asociación por varios años entre Microsoft y Mistral AI (BOYD 2024), convirtiéndose en el segundo mayor acuerdo por detrás de OpenAI. Esto se produce como consecuencia, según apuntan algunas voces, por la dependencia de Microsoft de OpenAI. De forma que Microsoft estaría tratando de diversificar su inversión en empresas de IA (ARMERO 2024). Se trata de un acuerdo de distribución, erigiéndose Microsoft como el primer socio de distribución de Mistral AI. El acuerdo incluye Mistral Large, un modelo de lenguaje avanzado que emplea inteligencia artificial generativa para entender y producir textos en distintos idiomas, por lo que se trata de un modelo que pretende facilitar la comunicación. A través de esta alianza, el modelo Mistral Large estará disponible tanto en el Azure como en *Le Plateforme* de Mistral AI (AIMFA 2024).

Si bien es sabido que Microsoft ha realizado una inversión en Mistral AI, se desconoce la cantidad total de la misma –aproximadamente unos 16 millones de dólares (KAR-GUPTA 2024)–, habiendo adquirido una pequeña participación en la empresa.

La colaboración permitirá a Mistral utilizar la infraestructura de IA de Microsoft para entrenar su IA y probar en ella la implantación de sus modelos, por lo que Microsoft ofrecerá a sus clientes –a través del catálogo en Azure– en primicia estos modelos innovadores de IA generativa. Según detalla la nota de prensa de Microsoft, además de lo anterior, la colaboración tiene como objetivo investigar y desarrollar aplicaciones y modelos de IA para satisfacer las necesidades del sector público. No es el primer acuerdo que alcanzan, pues ya en noviembre del 2023, Microsoft lanzó Mistral 7B, el modelo estrella de Mistral AI en el catálogo de modelos de Azure AI (BOYD 2024).

6.4. Análisis de la colaboración e implicaciones en la competencia

Como ya apuntábamos en la introducción del presente trabajo, la influencia de las *big tech* en diversos aspectos de la sociedad –económico, cultural y social– es innegable, en tanto en cuanto han alcanzado el poder para moldear entre otros la «comunicación, el comercio e incluso la cultura». Esta influencia se ha incrementado a través de la inteligencia artificial, especialmente en la IA generativa (en adelante, GenIA) (KHANAL, ZHANG Y TAEIHAGH 2024, pp. 1-2). PUERTAS (2023, p. 2) define la GenIA como una rama de la IA que permite a través de unos sistemas crear contenido realista, novedoso e inédito de diversas clases –ilustraciones, melodías, vídeos, audios, figuras, etc.–. Estos sistemas usan métodos consistentes en pautas memorizadas de datos y entrenamiento de algoritmos o redes neuronales mediante el *Deep Learning*, un tipo de *Machine Learning*. Pero para ello, se deben poseer recursos suficientes; tales como una gran base de datos para su memorización y entrenamiento, capital humano con experiencia e intelecto, financiación, potencial computacional, etc. Es común que una única empresa no disponga de la totalidad de estos recursos, por lo que en la carrera por dominar la IA, Microsoft ha realizado acuerdos estratégicos –algunos de ellos incluso están siendo revisados por las autoridades de competencia– en los que se incluye la contratación de trabajadores de Inflection AI o la adquisición de casi la mitad de las acciones de OpenAI, a la que se suma el acuerdo de colaboración con Mistral AI.

Hasta ahora, el acuerdo de colaboración solamente ha sido examinado por la *Competition and Markets Authority* (en adelante, CMA por sus siglas), órgano de control de Reino Unido cuya

decisión fue publicada el 21 de mayo de 2024. La CMA concluye que el acuerdo no debe ser evaluado bajo el régimen jurídico de control de concentraciones inglés¹³, puesto que el acuerdo no otorga a Microsoft poder para ejercer una influencia decisiva sobre Mistral AI. Su decisión se fundamenta en tres motivos principalmente: i) la mínima e intrascendental participación de Microsoft en el accionariado de Mistral AI –al contar con un 1% de las acciones sin derecho a veto ni tener carácter privilegiado–; ii) la independencia comercial de Mistral AI –se trata de un acuerdo que no requiere de exclusividad–, ya que Mistral AI cuenta con otros distribuidores y podría relacionarse con otros proveedores como lo ha hecho históricamente; y iii) dado que los posibles futuros acuerdos entre ambas empresas tampoco otorgarían un poder de influencia a Microsoft (Decisión ME/7102/24 de la *Competition and Markets Authority*, de 21 de mayo de 2024, apartados 11-17). No obstante, discrepamos del análisis realizado por la CMA, pues consideramos que el acuerdo de colaboración no va a proporcionar a Mistral AI autonomía sino más bien lo contrario, esto es, subordinación a los propósitos de Microsoft.

Así las cosas, para evaluar la independencia de Mistral AI, debemos analizar por un lado, el propio acuerdo y, por otro lado, la cadena de valor en el suministro de IA. Respecto a los primeros, Microsoft se erige como el socio prioritario de Mistral AI que se traduce en: i) convertirse en el proveedor de servicios en la nube para que Mistral AI haga uso de la infraestructura de Microsoft Azure para probar, entrenar e implantar Mistral Large, y ii) ser igualmente distribuidor de Mistral Large. En principio, Mistral AI cuenta con varios distribuidores – Microsoft Azure, Amazon Bedrock, Snowflake, Perplexity Pro y su propia plataforma (*Le Plateforme*)–, por lo que la influencia de Microsoft podría quedar disipada. Sin embargo, la problemática recae en la provisión de servicios de *cloud computing*, para lo que entendemos que el argumento de la CMA es débil.

Ésta justifica la independencia de Mistral AI en que históricamente ha recurrido a otros proveedores para el desarrollo e implantación de otros de sus modelos, sin embargo, ha de considerarse un dato imprescindible. Pese a que Mistral AI se ha caracterizado siempre por su defensa de la transparencia, haciendo el código de sus modelos abierto, tras el acuerdo parece

¹³ La *Enterprise Act 2002* recoge los criterios por los que se entiende que se produce una operación de concentración. Éstos son similares a lo dispuesto en el artículo 3 RCC; en otras palabras, que se produzca una alteración duradera del control ya sea directa o indirectamente, *de facto* o *de jure*, sobre la totalidad o parte de la empresa.

que ha quedado en algo anecdótico, cuestión que consideramos relevante. Precisamente, Mistral AI hará uso de Microsoft Azure, entrenando a la IA con la base de datos de Microsoft, entre otros. Es cuestionable este cambio de postura, de lo que puede deducirse que dada la importancia que tienen los datos hoy en día en los mercados digitales, Microsoft no quiera que Mistral AI se relacione con otros proveedores de *cloud computing* para probar el rendimiento, escala e implantación de Mistral Large, pues ello implicaría que la información obtenida en Azure sea transferida o probada en el servicio de los competidores de Microsoft. Por otro lado, en la cadena de valor de la IA encontramos desde el hardware (tarjetas gráficas), a plataformas en la nube que sirvan como infraestructura para ejecutar e implementar los modelos, al propio modelo y a las aplicaciones que harán uso de esos modelos. Los mercados de esta cadena de valor están muy concentrados. Por ejemplo, en el mercado de tarjetas gráficas Nvidia se erige como uno de los principales productores mientras que en el mercado de plataformas en la nube hablamos de un oligopolio, en el que el 67% de éste se reparte entre Amazon Web Services, Google Cloud y Microsoft Azure –solo Microsoft Azure cuenta con una cuota del 24%– (SCHAAL Y EMBORG 2024, pp. 2-3).

A la vista de lo anterior, podemos señalar que Microsoft tendría capacidad para controlar el 75% de la cadena de valor; provee a Mistral AI de su infraestructura Azure, podría incidir en el desarrollo de Mistral Large y cuenta con aplicaciones en las que implantar el modelo. Esa incidencia sobre el desarrollo del modelo recae en el acuerdo de suministro, que permite al proveedor –Microsoft– ejercer una influencia decisiva sobre la estrategia comercial de Mistral AI. Precisamente, impediría a Mistral AI trabajar con otros proveedores de servicios en la nube –con el fin de que no se produzca un trasvase de los datos de Microsoft– y le ataría o vincularía a Microsoft –es decir, se produciría un *lock in*–. Atendiendo a estos hechos, el artículo 3.1.b) RCC establece que se produce una operación de concentración cuando se adquiere mediante contrato o por cualquier otro medio el control directa o indirectamente, *de jure* o *de facto* sobre el todo o parte de una empresa. El apartado 20 de la CCJ puntualiza que ese control puede realizarse por acuerdos de suministro relevantes y a largo plazo por proveedores. Como hemos señalado, el acuerdo vincularía a Mistral AI por el tiempo que de duración del acuerdo con Microsoft, quien *de facto* podría ejercer una influencia decisiva sobre Mistral AI que le impediría a éste ejercer libremente su política comercial.

Dicho lo anterior, examinamos a continuación la posible afectación de este acuerdo en la competencia. Las empresas operan en mercados complementarios. Por un lado, Mistral AI

está presente en el mercado de IA; particularmente en el de aprendizaje automático y procesamiento de lenguaje natural. Por otro lado, Microsoft esta presente en varios mercados: en el de servicios en la nube (Azure AI), en el de motores de búsqueda (Bing), de intermediación (Azure Marketplace), de asistentes virtuales (Copilot) y de softwares de productividad (Office 365). Este acuerdo podría ofrecer ventajas y oportunidades para ambas partes, quienes podrían emprender prácticas anticompetitivas para maximizar dichos beneficios. Hablamos de un sector concreto dentro de la industria digital –la GenIA– que es de rápido crecimiento, innovador y cambiante. Como hemos comentado, Microsoft quiere dominar el mercado de IA; el objetivo del mismo es expandirse a otros mercados como el europeo, por lo que la alianza con un proveedor de modelos de IA –que ofrece sus modelos en diversas lenguas habladas en la Unión Europea– le permitiría satisfacer mejor las necesidades de sus clientes europeos. En el caso de Mistral AI, el acuerdo supone una oportunidad para expandirse, pues le permite distribuir y comercializar a través de Microsoft su modelo. La alianza además le ofrece un escaparate, posibilitándole la entrada a otros mercados y el alcance a multitud de clientes a lo largo del mundo. Todo ello, en detrimento de otras empresas en Europa como Deutsche Telekom que está construyendo entornos de IA en la nube soberanos (OKELEKE 2024).

Ha de tenerse en cuenta que el acuerdo es relativamente reciente, por lo que en este tipo de evaluaciones las teorías basadas en los efectos a largo plazo deben valorarse. Sin intención de resultar reiterativo, estas teorías sugieren que las autoridades de competencia deben analizar los efectos de las operaciones a largo plazo, puesto que a corto plazo no es visible el impacto real de la operación en la competencia. Asimismo, y aunque coincidimos con la valoración de CABRAL (2021) sobre las dificultades de examinar esas consecuencias a largo plazo, planteamos seguidamente los posibles efectos anticompetitivos a los que puede dar lugar– que se incardinan en distintas teorías del daño– y que enumeramos a continuación.

1) Degradación en el acceso e interoperabilidad.

Al igual que en la decisión Microsoft/LinkedIn, Microsoft puede tener incentivos de preinstalar Mistral Large en alguna de sus aplicaciones como Bing u Office 365. Como apuntaba la Comisión Europea, es difícil que los usuarios utilicen un producto –otro modelo de IA– distinto al que ya incorpora el propio servicio–Bing u Office 365–. Con ello, Microsoft favorecería el modelo de Mistral IA, quien vería un aumento en el número de usuarios, frente a sus

competidores. Igualmente, como en las decisiones de Meta/Kustomer o Google/Fitbit, es posible que se produzca una degradación en la interoperabilidad ya sea hacia otros modelos de IA o bien hacia los servicios en la nube de terceros. Microsoft puede degradar la interacción con los softwares y hardwares de otros modelos de GenIA con sus productos y servicios, quedando Mistral AI como único proveedor. Igualmente, Mistral AI puede degradar el acceso o la interoperabilidad a través de las APIs con los servicios en la nube de terceros, impidiendo u obstaculizando la interacción de Mistral Large a los productos o servicios de terceros. Todo ello produciría un resultado claro; se desincentivaría la innovación en el sector y no habría una mejora en la calidad de los modelos de GenIA.

2) Vinculación y fortalecimiento del ecosistema.

La estrategia de exclusión de acceso o degradación de la interoperabilidad beneficia claramente al ecosistema de productos y servicios de Microsoft, quien puede beneficiarse de la aplicación del Mistral Large en Bing, Office 365, Azure Marketplace, Azure AI o Copilot. Se produce así una vinculación entre Mistral Large y el ecosistema de Microsoft. Esto permitiría a Microsoft fortalecer su posición en el mercado europeo de IA. Consecuentemente, los productos y servicios de Microsoft se verían favorecidos frente a los de la competencia, permitiendo a Microsoft ganar poder en el mercado. Además, propulsaría los modelos de IA de Mistral AI en el mercado, ya que Mistral Large estará disponible en Azure y sus modelos se promocionarán y comercializarán en Azure Marketplace. El acuerdo, como apuntaba la Comisión Europea en la decisión Meta/Kustomer, podría favorecer las ventas cruzadas. Así, la afectación a la competencia es constatable mediante la creación de barreras de entrada o expansión, pues los competidores de Mistral AI no dispondrían de ese escaparate ni de esas condiciones.

3) Bases de datos.

El acuerdo permite a Mistral AI utilizar la infraestructura de Azure para entrenar sus modelos, haciendo uso de Azure Data Studio y Azure Machine Learning. El ecosistema de productos y servicios de Microsoft es inmenso –como se ha descrito anteriormente—. Esto se debe a que Microsoft está presente en muchos mercados, por lo que ha logrado una gran base de datos que está disponible para que Mistral AI pueda entrenar su IA. Eso significa que, por un lado, podría otorgarle a Microsoft una posición de poder, ya que como apuntaba la Comisión

Europea en el asunto Google/Fitbit, Mistral Large se implantaría conociendo el comportamiento de los usuarios de Microsoft, por lo que éste podría satisfacer mejor las necesidades de sus usuarios. Aunque Mistral AI ofreciera Mistral Large a rivales de Microsoft, éste tendría una posición privilegiada respecto a sus competidores, puesto que el modelo estaría entrenado con los datos de Microsoft.

Mistral AI también puede bloquear el acceso a sus datos a otros proveedores de servicios en la nube, dado que éstos se han obtenido de la base de datos de Microsoft. De hecho, sus modelos anteriores eran de código abierto, Mistral Large, empero, no facilitará esa información, por lo que cabe la posibilidad de que excluya a terceros del acceso a dichos datos. Esto puede hacer que se generen barreras de entrada o de expansión de flujo de datos en el mercado, dado que las empresas proveedoras de servicios en la nube como de modelos de IA no tendrían de esa información o datos para competir en el mercado.

Por último, la combinación de ambas bases de datos puede suscitar preocupaciones competitivas también. La Comisión Europea ya apuntaba a un riesgo así en el asunto Google/Fitbit, si Microsoft tuviera acceso a los datos, información confidencial o sensible de terceros distribuidores de Mistral Large. En todo caso, y en lo que se refiere a la utilización de las bases de datos –para el entrenamiento de Mistral Large o la combinación de bases de datos– ambas deberán cumplir con las normas en materia de protección de datos en relación a la recopilación, tratamiento, uso o procesamiento de datos personales.

De producirse algunas de las prácticas mencionadas y, por tanto, un impacto negativo en la competencia y el mercado entre los Estados miembro, ¿tendría la Comisión Europea competencia para evaluar estos efectos? En principio, la operación no alcanza los umbrales de notificación previstos en el artículo 1 apartados 2 y 3 RCC. Hablamos de una start-up que continua en rondas de inversión y cuya facturación se desconoce. Por lo que para que la Comisión Europea tenga competencia sería necesario que bien a través del mecanismo de remisión del artículo 4.5 RCC, ambas empresas solicitasen que ésta fuese el órgano competente –siempre que la operación fuese a ser analizada por al menos 3 ANCs– o que la Comisión Europea recibiese el asunto por remisión del artículo 22 RCC. Para ello y como ya se expuso, es esencial que la Comisión invite a los Estados miembro a que se lo remitan (art. 22.5 RCC) o que por iniciativa del Estado miembro lo remita a la Comisión Europea –siempre que tenga un impacto en el mercado común, afecte a la competencia en el Estado miembro y

alcance los umbrales de notificación nacionales– (art. 22.1 RCC). La Comisión, sin embargo, no podría utilizar el RMD para solicitar la evaluación de la operación, pues la IA generativa no se encuentra entre los servicios básicos de plataforma. Como resultado, la competencia de la Comisión Europea cuando se trata de operaciones de concentración en materia de IA generativa es excesivamente limitada.

A ello se suma la escasez de recursos con los que contaría la Comisión Europea. Como se ha señalado el RMD no es aplicable, por lo que ante los efectos anticompetitivos que la operación puede suscitar solamente cabe aplicar el RCC, el Reglamento de Datos y en su caso instrumentos generales como el artículo 101 y 102 TFUE. La Comisión Europea podría ampararse en el RCC si evalúa que la operación no es compatible con el mercado común bien porque permite a Microsoft consolidar una posición de dominio, se excluya a rivales actuales o potenciales del mercado, se crean barreras de entrada o expansión e incluso estrategias basadas en la vinculación, agrupación o impedimento al acceso de insumos. Su aplicación impediría la continuación del acuerdo.

Respecto a posibles riesgos de exclusión en el acceso a los datos, la aplicación del artículo 102 TFUE es debatida. Habría de analizarse si los datos son o no replicables para su aplicación. En su defecto, cabría aplicar los artículos 4.1 y 5.1 del Reglamento de Datos. En lo que se refiere a la interoperabilidad, podrían ser de utilidad los Capítulos VI y VIII del Reglamento de Datos que establece una serie de estipulaciones que favorecen la interoperabilidad entre espacios de datos y proveedores de servicios de tratamiento de datos. Por último, sobre el intercambio de datos por el que se obtenga información relativa a la posición en el mercado y estrategias comerciales de los rivales, consideramos que el artículo 101 TFUE tendría mejor cabida, pues se cumplen las condiciones establecidas por el TJUE: es un mercado concentrado, se obtiene información comercial sensible y dichos datos no son accesibles por todos los operadores. Además, en lo que se refiere a datos personales, ambas deberán cumplir con las normas contenidas en el RGPD.

Por todo ello, sugerimos una adaptación de la normativa existente para prevenir operaciones de concentración en mercados de IA que puedan producir efectos anticompetitivos y debiliten el funcionamiento del mercado y que concretamos en: i) modificar el RCC para que se recojan también disposiciones que regulen estas operaciones. Aunque dado que el RCC es un instrumento general, su encaje en este instrumento no parece el idóneo; ii) atendiendo a la

necesidad de los datos para generar IA, se podrían incluir menciones específicas a la IA en el Reglamento de Datos. Particularmente en materia de uso, acceso, procesamiento, almacenamiento, tratamiento e intercambio de datos para el entrenamiento de los modelos de IA. Sobre todo respecto a la GenIA para la que es esencial el procesamiento y tratamiento de datos; iii) igualmente se podría incluir la inteligencia artificial como servicio básico de plataforma en el RMD, ya que todas las GAFAM están activas en mercados de IA. Además, como hemos señalado tres de ellas mantienen un oligopolio en uno de los eslabones de la cadena de suministro de la IA; o, finalmente iv) modificar el Reglamento de Inteligencia Artificial para incluir, como ya lo hace el RMD, una disposición en relación con el control de concentraciones en materia de IA. Esta última cuestión ya fue debatida previa promulgación del Reglamento, aunque la presión ejercida por algunas start-ups como Mistral AI lograron evitar la inclusión de un precepto en materia de control de concentraciones. Su defensa se centraba en la transparencia y libertad en el desarrollo de los modelos de IA, aunque tras acuerdos como el de Microsoft y Mistral AI parecían esconder otras motivaciones también.

7. Conclusiones

Primera. La regulación del control de concentraciones en la Unión Europea es bastante reciente, pues el único tratado que recogía disposiciones en esta materia era el CECA cuyo artículo 66 se limitaba a las que acaecían en el sector del carbón y del acero. La razón, promover las fusiones y adquisiciones para fortalecer la industria europea, infravalorando sus efectos en el mercado y en la competencia. Ante su impacto en el funcionamiento del mercado y bienestar de la sociedad, así como la insuficiencia del TCEE, TCE y TFUE para evaluar estas operaciones, se promulgó en 1989 el primer mecanismo autónomo de control de concentraciones. Tras un periodo de modificaciones y adaptaciones, se adoptó en 2004 el RCC, que rige actualmente. A los efectos del presente trabajo es relevante por un lado, la definición que ofrece de operación de concentración y, por otro lado, los criterios cualitativos y cuantitativos que recoge para su evaluación. El término operación de concentración hace referencia a una modificación prolongada en el control de toda o parte de una o algunas empresas, tras una fusión o una adquisición de control, produciendo una alteración de la estructura del mercado. Como resultado, esa alteración posibilita al ejercicio –directo o indirecto y *de facto* o *de jure*– de una influencia decisiva sobre la empresa.

Segunda. Dicho lo anterior, las operaciones de concentración producidas en los mercados digitales han suscitado serias preocupaciones por el impacto de éstas en el mercado y en la competencia. Gran parte de los estudios realizados se centran en examinar las características de la industria digital y las motivaciones que éstas tienen para llevarlas a cabo, concretamente sobre los incentivos de las GAFAM para la adquisición de start-ups innovadoras y con gran potencial. En general, las peculiaridades que presentan las GAFAM impactan en el funcionamiento del mercado, al favorecer el nacimiento y consolidación de sus ecosistemas digitales. Hablamos de plataformas multidisciplinares con amplios ecosistemas que operan en mercados de precio cero a cambio de los datos de sus usuarios, produciendo efectos de red; barreras de entrada; lock-in del consumidor o economías de escala y gama, entre otros. Consecuentemente, estos factores han propulsado el dominio de las GAFAM en el mercado, además de prácticas anticompetitivas como las *killer acquisitions*.

Se trata de un término acuñado por CUNNINGHAM, EDERER Y MA (2021) para describir aquel fenómeno en el que una empresa asentada en el mercado adquiere otras incipiente con el

objetivo de detener sus proyectos de innovación y anticiparse a futuro competidor. No obstante, en la industria digital, donde el objetivo es el incremento de poder de mercado y la obtención de activos tecnológicos novedosos, la relevancia empírica de las *killer acquisitions* es cuestionable. Por lo que las adquisiciones de las *big tech* se han categorizado por una parte de la doctrina como *reserve killer acquisitions*. La diferencia con las anteriores radica en que mientras que en la primera el objetivo es canibalizar a la competencia; en las segundas, lo principal es que se produzca la transferencia de tecnología que permita debilitar a la competencia sin eliminarla. Ello les permite ampliar su ecosistema y consolidar su posición en el mercado, generando consigo altas barreras de entrada y/o expansión así como desincentivación de la innovación.

La problemática surge cuando las normas en materia de control de concentraciones no logran capturar estas operaciones, al no alcanzar los umbrales de notificación europeos o nacionales y quedan fuera del escrutinio de alguna autoridad. Como consecuencia, ello ha generado un debate en torno a tres cuestiones: en primer lugar, si las teorías tradicionales del daño son adecuadas o es necesario adoptar nuevas teorías; en segundo lugar, si los criterios cualitativos y cuantitativos que determinan la competencia de la Comisión Europea para examinar esas operaciones deben reformularse; y, en tercer lugar, si los mecanismos generales son eficaces y adecuados o deben considerarse otros específicos.

Tercera. Hasta ahora y como reflejan algunas de las decisiones examinadas, la Comisión Europea ha adaptado la tradicionales teorías del daño a los mercados digitales. A modo ejemplificativo, en relación a un posible riesgo de exclusión de insumos (APIs, datos, etc.), de degradación de la interoperabilidad, de estrategias de agrupación y vinculación o de combinación de bases de datos. Aunque estas teorías continúan siendo utilizadas, no son suficientes, especialmente cuando hablamos de las GAFAM. La Comisión Europea debe analizar las operaciones de concentración en los mercados digitales desde un enfoque holístico basado en su red de capacidades. En otras palabras, examinando el rol que pueden jugar la totalidad de los productos y servicios de la red en el ecosistema. Asimismo, es relevante el marco temporal desde el que se analiza, pues estas operaciones en el corto plazo suelen producir efectos procompetitivos. Por ende, es preciso ampliar el período desde el que se evalúan. Así las cosas, entendemos que la adaptación de las teorías tradicionales del daño

en combinación con nuevos enfoques permitirá un mejor análisis de los efectos de estas operaciones en el mercado y en la competencia.

Respecto a la competencia de la Comisión Europea, a pesar de que surgieron numerosos planteamientos para otorgar a la Comisión Europea la facultad de examinar y controlar estas operaciones problemáticas, se optó por una vía –la del artículo 22 RCC– que ha acabado siendo fallida. Finalmente el TJUE en su reciente sentencia en el asunto *Illumina/Grail* ha devuelto el debate a la casilla de inicio. El TJUE concluye que este mecanismo extralimita la interpretación de la norma. Como consecuencia, solo puede aplicarse cuando la operación cumpla con los umbrales de notificación nacionales. Por ende, para lograr que estas operaciones sean revisadas por la Comisión Europea es necesario que o bien los Estados miembros modifiquen sus umbrales de notificación –y en todo caso remitan el asunto vía artículo 22 RCC– o bien que el legislador europeo tome la decisión de reformar los umbrales de notificación del RCC. Por todo ello, la competencia de la Comisión Europea es actualmente muy limitada y dependiente de que las partes involucradas en la empresa soliciten remitirle el asunto (art. 4.5 RCC); la propia Comisión invite a los Estados miembro a su remisión (art. 22.5 RCC); o los Estados miembros decidan remitírselo una vez la operación alcance sus umbrales de notificación y tenga incidencia en el mercado común (art. 22.1 RCC).

En lo que se refiere a los mecanismos, encontramos aquéllos denominados generales –RCC y artículos 101 y 102 TFUE– y otros específicos que atendiendo a las características de los mercados digitales pueden ser aplicados por la Comisión Europea. Hablamos del RMD y el Reglamento de Datos junto con el RGDP, que pese a no constituir una herramienta de competencia *per se*, sus normas pueden invocarse cuando las operaciones de concentración susciten problemas anticompetitivos. Es el caso de exclusiones en el acceso a insumos –como APIs, datos, softwares, sistemas operativos, etc.–, degradación en la interoperabilidad, obstaculizaciones en la portabilidad de datos, intercambio de datos, etc.

Cuarta. Estas tres cuestiones han sido evaluadas en un caso de análisis para el que se ha escogido el acuerdo de colaboración entre Microsoft y Mistral AI. Tras considerar su encaje en una posible operación de concentración, dado la posibilidad de Microsoft de ejercer una influencia decisiva como único proveedor de servicios en la nube en la estrategia comercial de Mistral AI, el último capítulo analiza la aplicación de las teorías del daño así como la competencia de la Comisión Europea y la adecuación de los mecanismos a este acuerdo.

Concluimos que el acuerdo puede generar diversos efectos anticompetitivos que se han enumerado en tres grandes bloques. En primer lugar, hablamos de la obstaculización en el acceso a las APIs o la degradación de la interoperabilidad con otros modelos de IA o con los servicios de proveedores de *cloud computing* de terceros. En segundo lugar, respecto a la vinculación entre los productos y servicios de Microsoft al modelo de Mistral AI, así como el fortalecimiento del ecosistema de Microsoft. En tercer lugar, se examina el intercambio de las bases de datos; especialmente en el acceso a información confidencial o sensible de terceros competidores de Microsoft o el bloqueo a los datos por terceros proveedores de servicios en la nube.

Por último, ha de señalarse que los mecanismos de control no son suficientes ni adecuados, pues en ocasiones no son eficaces. El caso de análisis de Microsoft y Mistral AI muestra que cuando se trata de mercados de IA, concretamente de GenIA, pese a los efectos anticompetitivos que pueden surgir, algunos mecanismos no son aplicables. Es el caso del RMD que solo es aplicable a los guardianes de acceso cuando se trate de servicios básicos de plataforma –en los que no se incluye la IA generativa– o el artículo 102 TFUE en el que a través de la doctrina de recursos esenciales requiere que el recurso sea esencial, lo que plantea serias dudas en algunos supuestos, como el de los datos como insumo, por su facilidad para ser duplicados. Sin embargo, dado el alcance del impacto negativo que puede tener determinadas prácticas en el sector de la IA en el mercado y en la competencia, ofrecemos una serie de sugerencias que se concretan en: i) modificar el RCC para incluir disposiciones en materia de IA; ii) añadir menciones específicas a la IA en el Reglamento de Datos. Particularmente en materia de uso, acceso, procesamiento, almacenamiento, tratamiento e intercambio de datos para el entrenamiento de los modelos de IA; iii) incluir la inteligencia artificial como servicio básico de plataforma en el RMD, o iv) modificar el Reglamento de Inteligencia Artificial para incluir, como ya lo hace el RMD, una disposición en relación con el control de concentraciones en materia de IA.

Por todo lo expuesto anteriormente, el caso de análisis confirma nuestra hipótesis. El marco normativo europeo de control de concentraciones no está lo suficientemente adaptado a las distintas vías de asociación, especialmente en determinados sectores como la GenIA. Ergo, urge debatir nuevas propuestas y concretarlas en la modificación de la legislación vigente.

Referencias bibliográficas

Bibliografía básica

BEAUDOUIN Y., ET AL. «Merger Enforcement in Digital and Tech Markets: an Overview of the European Commission's Practice». *Competition policy brief*, 2022, pp. 1-18. ISSN 2315-3113. [consulta: septiembre de 2024]. Disponible en: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/e3e58b6d-7b68-11ed-9887-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-277442708>

BELDA DE MERGELINA R. «El control de las concentraciones, ayudas públicas y falseamiento de la libre competencia por actos de competencia desleal», 69-84. En AGÚNDEZ, M.A. et al. (dir.) *Cuadernos de derecho para ingenieros. Derecho de la competencia y de la propiedad industrial, intelectual y comercial*. 1ª ed. Madrid: Wolters Kluwer España S.A., 2010.

BOURREAU, M. y PERROT A. «Digital platforms: Regulate before it's too late» *Notes du conseil d'analyse économique*, 2020, vol. 60, núm. 6, pp. 1-12. [consulta: julio de 2024]. Disponible en: <https://shs.cairn.info/journal-notes-du-conseil-d-analyse-economique-2020-6-page-1?lang=en>

CABRAL, L. «Merger policy in digital industries». *Information Economics and Policy*, 2021, núm. 54, pp. 1-7. [consulta: julio de 2024]. Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0167624519302537?via%3Dihub>

CALVO CARAVACA A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ J. «Ámbito material de aplicación del Reglamento (CE) Nº 139/2004», 77-162. En CALVO CARAVACA A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ J. (Dir.). *Las concentraciones de empresas*. 1ª Ed., Madrid, Editorial Colex, 2006.

CALVO CARAVACA A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ J. «Consideraciones introductorias», 27-37. En CALVO CARAVACA A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ J. (Dir.). *Las concentraciones de empresas*. 1ª Ed., Madrid, Editorial Colex, 2006.

CALVO CARAVACA A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ J. «El Reglamento (CE) Nº 139/2004», 63-74. En CALVO CARAVACA A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ J. (Dir.). *Las concentraciones de empresas*. 1ª Ed., Madrid, Editorial Colex, 2006.

CRÉMER, J., DE MONTJOYE, Y. A., y SCHWEITZER, H. (2019). «Competition policy for the digital era». *Report for the European Commission, 2019*, [consulta: junio de 2024]. Disponible en: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/21dc175c-7b76-11e9-9f05-01aa75ed71a1/language-en>

Cunningham, C., Ederer, F., & Ma, S. «Killer acquisitions». *Journal of political economy*, 2021, vol. 129, núm. 3, pp. 649-702. [consulta: julio de 2024]. Disponible en: <https://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/712506?journalCode=ipe>

EBEN, M. y READER, D. «Taking aim at innovation-crushing mergers: a killer instinct unleashed?». *Yearbook of European Law*, 2023, vol. 42, pp. 286-321. [consulta: septiembre de 2024]. Disponible en: <https://academic.oup.com/yel/article/doi/10.1093/yel/yead013/7453609>

FERNÁNDEZ TORRES, I. «Control de las concentraciones (I): Cuestiones sustantivas», 319-255. En SIGNES DE MESA J.I., FERNÁNDEZ TORRES I. Y FUENTES NAHARRO M. (Ed.) *Derecho de la Competencia*. 1ª Ed. Cizur Menor (Navarra), 2013.

GAUTIER, A. y LAMESCH, J. «Mergers in the digital economy». *Center for Economic Studies and ifo Institute (CESifo)*, 2020, pp. 1-37. ISSN 2364-1428. [consulta: junio de 2024]. Disponible en: https://www.econstor.eu/bitstream/10419/215058/1/cesifo1_wp8056.pdf

GRAEF, I. «Market definition and market power in data: The case of online platforms». *World Competition*, 2015, vol. 38, núm. 4, pp. 473-505. [consulta: septiembre de 2024]. Disponible en: <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/World+Competition/38.4/WOCO2015040>

HOFFMANN, J. y JOHANNSEN G.O. «EU-merger control & big data on data-specific theories of harm and remedies». *EU Competition Law Remedies in Data Economy*, Springer, 2019, pp. 1-74. [consulta: junio de 2024]. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3364792

JAGARGULIYEV, A. «Capturing Killer Acquisitions in Digital Markets under the European Union Merger Control Rules». 2023. [consulta: septiembre de 2024]. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4520844

KEUNEN ET AL. «The EU Data Act Proposal and its interaction with competition, privacy, and other recent regulations». *Clifford Chance*. 2023. [consulta: septiembre de 2024]. Disponible

en:

<https://www.cliffordchance.com/content/dam/microsites/talkingtech/PDFs/The%20EU%20Data.pdf>

LUÍSA FARIA, T., LOPES MARTINS, M. y MARQUES NUNES, R. «New trends in merger control: capturing the so-called killer acquisitions. And everything else». *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*: 2021, núm. 57, pp. 33-53. [consulta: septiembre de 2024]. Disponible en: <https://www.uria.com/en/publicaciones/7846-new-trends-in-merger-control-capturing-the-socalled-killer-acquisitions-and>

MAILLO, J. «La noción de concentración económica y las empresas en participación (Joint Ventures)», 636-681. En BENEYTO J.M. Y MAILLO J. (Dir.). *Tratado de derecho de la competencia*. 2ª ed. Barcelona, Wolters Kluwer S.A., 2017.

NADLER J. y CICILLINE D.N. *Investigation of competition in digital markets. Majority staff report and recommendations*. Subcommittee on antitrust, commercial, and administrative law of the committee on the judiciary of the house of representatives, 2022. [consulta: agosto de 2024]. Disponible en: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CPRT-117HPRT47832/pdf/CPRT-117HPRT47832.pdf>

OECD. *The intersection between competition and data privacy*. OECD Roundtables on Competition Policy Papers, 2024. [consulta: septiembre de 2024]. Disponible en: https://www.oecd.org/en/publications/the-intersection-between-competition-and-data-privacy_0dd065a3-en.html

OECD. *Theories of Harm for Digital Mergers*. OECD Roundtables on Competition Policy Papers, 2023. [consulta: agosto de 2024]. Disponible en: <https://doi.org/10.1787/0099737e-en>.

OLIVEIRA E. «Preventing killer acquisitions in the digital sector: the combination between article 22 of the EU Merger Regulation and the Digital markets Act». *Autoridade da concorrência*. 2023, pp. 47-56. [consulta: septiembre de 2024]. Disponible en: https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/documentos/CR50_EvaOliveira_v2.pdf

ORTIZ BLANCO ET AL. «Control de las operaciones de concentración», 279-342. En ORTIZ BLANCO L., MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS J., IBAÑEZ COLOMO P., y LAMBIRD DE PABLO A. (coord.) *Manual de Derecho de la Competencia*. 1ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2008.

ORTIZ BLANCO ET AL. «Generalidades. Poder de mercado», 19-52. En ORTIZ BLANCO L., MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS J., IBAÑEZ COLOMO P., y LAMBIRD DE PABLO A. (coord.) *Manual de Derecho de la Competencia*. 1ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2008.

ROBERTSON V.H. «Digital merger control: adapting theories of harm». *European Competition Journal*, 2024, vol. 20, núm. 2, pp. 437-459. DOI: 10.1080/17441056.2024.2307163. [consulta: agosto de 2024]. Disponible en: <https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/17441056.2024.2307163>

SCHRÖTER, H. «Merger control: Why and how», 305-316. En ORTIZ BLANCO, L. & ENTRENA ROVERS J. (Ed.). *Derecho de la competencia europeo y español*. 1ª Ed. Madrid, Dykinson, S.L, 2007.

SIGNES DE MESA, J.I. «Fundamentos del Derecho y de la Política de la competencia», 29-51. En SIGNES DE MESA J.I., FERNÁNDEZ TORRES I. Y FUENTES NAHARRO M. (Ed.) *Derecho de la Competencia*. 1ª Ed. Cizur Menor (Navarra), 2013.

VELASCO SAN PEDRO, L.A. «La defensa de la libre competencia», 19-34. En AGÚNDEZ, M.A. et al. (dir.) *Cuadernos de derecho para ingenieros. Derecho de la competencia y de la propiedad industrial, intelectual y comercial*. 1ª ed. Madrid: Wolters Kluwer España S.A., 2010.

WASASTJERNA, M.C. «The role of big data and digital privacy in merger review». *European Competition Journal*, 2018, vol. 14, núm. 2-3, pp. 417-444. [consulta: septiembre de 2024]. Disponible en: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/17441056.2018.1533364>

Bibliografía complementaria

«Cloud». Mistral AI. [consulta: septiembre de 2024]. Disponible en: <https://docs.mistral.ai/deployment/cloud/overview/>

«Digital Markets Act: Commission designates six gatekeepers». Comisión Europea, 6 de septiembre de 2023. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_23_4328

«Mistral AI se alía con Microsoft y lanza Mistral Large como alternativa europea a ChatGPT». AIMFA. 29 de febrero de 2024. [consulta: septiembre de 2024]. Disponible en:

<https://aimfa.es/mistral-ai-se-alia-con-microsoft-y-lanza-mistral-large-como-alternativa-europea-a-chatgpt/>

«Mistral Technology». Mistral AI. [consulta: septiembre de 2024]. Disponible en: <https://mistral.ai/technology/>

«Momentos destacados en la historia de Microsoft». Microsoft Prensa, 6 de abril de 2015. [consulta: septiembre de 2024]. Disponible en: <https://news.microsoft.com/es-es/2015/04/06/historia-microsoft-40-aniversario/?msockid=186cdcaaed4161042863ceccec476058>

AFFELDT, P. Y KESLER, R. «Competitors' reactions to big tech acquisitions: Evidence from mobile apps». *DIW Discussion Papers, No. 1987, Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung (DIW)*, 2021, pp. 1-42. ISSN 1619-4535. [consulta: julio de 2024]. Disponible en: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/249161/1/1785014269.pdf>

ALONSO SOTO, R. «Las relaciones entre los derechos comunitario europeo y español de la competencia», 59-100. En BENEYTO J.M. Y MAILLO J. (Dir.). *Tratado de derecho de la competencia*. 2ª ed. Barcelona, Wolters Kluwer S.A., 2017.

ARGENTESI, E. ET AL. «Merger policy in digital markets: an ex-post assessment». *CESifo Working Paper, No. 7985, Center for Economic Studies and ifo Institute (CESifo)*, 2019, pp. 1-46. [consulta: junio de 2024]. Disponible en: https://www.econstor.eu/bitstream/10419/214987/1/cesifo1_wp7985.pdf

ARMERO, R. «Conoce a la start-up parisina que quiere competir contra OpenAi: Microsoft llega a un acuerdo con Mistral AI para ir más allá de ChatGPT». *Business Insider*, 2024. [consulta: septiembre de 2024]. Disponible en: <https://www.businessinsider.es/mistral-startup-francesa-ia-quiere-competir-openai-1368050>

BENEYTO PÉREZ J.M. y TRONCOSO FERRER M. «Objeto. evolución y perspectivas del Derecho de la competencia», 33-57. En BENEYTO J.M. Y MAILLO J. (Dir.). *Tratado de derecho de la competencia*. 2ª ed. Barcelona, Wolters Kluwer S.A., 2017.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO A. «Protección de la libre competencia», 285-350. En BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO A. (Coord.) *Apuntes de derecho mercantil*. 23ª Ed. Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi S.A.U, 2022.

BOURREAU, M., DE STREEL, A. y GRAEF, I. «Big Data and Competition Policy: Market power, personalised pricing and advertising». *Center on Regulation in Europe (CERRE)*. 2017, pp. 1-61. [consulta: junio de 2024]. Disponible en: <https://pure.unamur.be/ws/portalfiles/portal/54932983/8122.pdf>

BOYD, E. «Microsoft y Mistral AI anuncian una nueva asociación para celebrar la innovación en IA y presentar Mistral Large por primera vez en Azure». *Microsoft Press*. 2024. [consulta: septiembre de 2024]. Disponible en: <https://news.microsoft.com/source/latam/noticias-de-microsoft/microsoft-y-mistral-ai-anuncian-una-nueva-asociacion-para-acelerar-la-innovacion-en-ia-y-presentar-mistral-large-por-primera-vez-en-azure/#:~:text=Esta%20asociaci%C3%B3n%20con%20Microsoft%20permite%20a%20Mistral%20AI,globales%20y%20fomente%20la%20colaboraci%C3%B3n%20de%20investigaci%C3%B3n%20continua.?msocid=186cdcaaed4161042863cecc476058>

BRÜHL, V. «Big Tech, the platform economy and the European digital markets» *CFS Working Paper Series, No. 711, Goethe University Frankfurt, Center for Financial Studies (CFS)*, 2023, pp. 1-21. [consulta: septiembre de 2024]. Disponible en: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/271107/1/1845435028.pdf>

BRUTTI, Z., Y ROJAS, L. E. «M&A and early investment decisions by digital platforms».. *Journal of Industrial and Business Economics*, 2022, vol. 49, núm. 3, pp. 509-543. <https://doi.org/10.1007/s40812-022-00223-3>. [consulta: julio de 2024]. Disponible en: <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s40812-022-00223-3.pdf>

BURKE B. *Artificial Intelligence & Machine Learning Report*. Pitchbook. 2024. [consulta: julio de 2024]. Disponible en: https://files.pitchbook.com/website/files/pdf/Q4_2023_Artificial_Intelligence_Machine_Learning_Report_Preview.pdf

CAFFARRA C., ELLIOTT M. y GALEOTTI A. «Ecosystem theories of harm in digital mergers: new insights from network economics, part 1». *VOX EU CEPR*. 2023. [consulta: agosto de 2024]. Disponible en: <https://cepr.org/voxeu/columns/ecosystem-theories-harm-digital-mergers-new-insights-network-economics-part-1>

CAFFARRA, C., CRAWFORD, G., & VALLETTI, T. *How tech rolls': Potential competition and 'reverse'killer acquisitions*. VOX EU CEPR, 2020, [consulta: julio de 2024]. Disponible en: <https://cepr.org/voxeu/blogs-and-reviews/how-tech-rolls-potential-competition-and-reverse-killer-acquisitions>

CB INSIGHTS. «The Big Tech in Metaverse Report». *CB INSIGHTS*. 2022, pp. 4-60. [consulta: septiembre de 2024]. Disponible en: https://www.cbinsights.com/reports/CB-Insights_Big-Tech-In-Metaverse.pdf

CB INSIGHTS. «The race for AI: which Tech Giants are snapping up artificial intelligence startups». *CB INSIGHTS*. 2021, pp. 1-10. [consulta: septiembre de 2024]. Disponible en: https://www.cbinsights.com/reports/CB-Insights_Tech-Giants-Artificial-Intelligence.pdf

Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia respecto del Reglamento de Control de Concentraciones

DENICOLO, V., Y POLO, M. «Acquisitions, innovation and the entrenchment of monopoly». 2021. [consulta: septiembre de 2024]. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3988255

ENGRA MORENO J.C. y RODRÍGUEZ ENCINA A. «El sistema de control de concentraciones en la Unión Europea» *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, 2006, núm. 61, pp. 108-135. ISSN 0213-3865. [consulta: junio de 2024]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2151322>

ESAYAS, S. (2018). «Privacy as a non-price competition parameter: Theories of harm in mergers».. *University of Oslo Faculty of Law Research Paper*, 2018, pp. 1-61 [consulta: agosto de 2024]. Disponible en: https://www.researchgate.net/profile/Samson-Esayas/publication/327111419_Privacy_as_a_Non-Price_Competition_Parameter_Theories_of_Harm_in_Mergers/links/5b7a650592851c1e1221841d/Privacy-as-a-Non-Price-Competition-Parameter-Theories-of-Harm-in-Mergers.pdf

FERNÁNDEZ, R. «Ingresos de Microsoft a nivel mundial de 2002 a 2023». 2024. [consulta: septiembre de 2024]. Disponible en: <https://es.statista.com/estadisticas/600184/ingresos-globales-de-microsoft/>

FUMAGALLI, C., MOTTA, M., Y TARANTINO, E. «Shelving or developing? The acquisition of potential competitors under financial constraints». *Economic Working Paper Series Working Paper No. 1735*. 2020, pp. 1-53. [consulta: julio de 2024]. Disponible en: <https://igier.unibocconi.eu/sites/default/files/media/publication/680.pdf>

GIL GONZÁLEZ E. «La revolución del Big Data», 17-45. En GIL GONZÁLEZ E. (Dir.) *Big Data, privacidad y protección de datos*, 1ª ed., Imprenta Nacional de la Agencia Estatal, Madrid, 2016.

GILBERT, R. J. «Separation: a cure for abuse of platform dominance?». *Information Economics and Policy*, 2020, vol. 54, p. 1-15. ISSN 0167-6245. [consulta: julio de 2024]. Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0167624520301207?via%3Dihub>

HAMMOND G. *Big Tech outspends venture capital firms in AI investment frenzy*. Financial Times, 2023. [consulta: julio de 2024]. Disponible en: <https://www.ft.com/content/c6b47d24-b435-4f41-b197-2d826cce9532>

KAR-GUPTA, S. «EU's Vestager meets French tech firm Mistral AI amid competition concerns». *Reuters*, 2024. [consulta: septiembre de 2024]. Disponible en: <https://www.reuters.com/technology/eus-vestager-meets-french-tech-firm-mistral-ai-amid-competition-concerns-2024-04-26/>

KOSKI, H., KÄSSI O. y BRAESEMANN F. «Killers on the road of emerging start-ups-Implications for market entry and venture capital financing». *ETLA Working Papers, No. 81, The Research Institute of the Finnish Economy (ETLA)*. 2020, núm. 81, pp. 1-27. [consulta: julio de 2024]. Disponible en: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/237366/1/ETLA-Working-Papers-81.pdf>

Laferrière, V., Staubli D., y Thöni, T. «Explaining excess entry in winner-take-all markets». *Management Science*, 2022, vol. 69, núm. 2, pp.1.050-1.069. <https://doi.org/10.1287/mnsc.2022.4397> [consulta: junio de 2024]. Disponible en: <https://pubsonline.informs.org/doi/abs/10.1287/mnsc.2022.4397>

LATHAM, O., TECU I. y BAGARIA N. «Beyond killer acquisitions: Are there more common potential competition issues in tech deals and how can these be assessed», *CPI Antitrust*

Chronicle, 2020, vol. 2, núm. 2, pp. 1-13. [consulta: agosto de 2024]. Disponible en: <https://media.crai.com/wp-content/uploads/2020/09/16164722/CPI-Latham-Tecu-Bagaria.pdf>

LEGISLACIÓN

LEMLEY, M.A. Y MCCREARY, A. «Exit strategy». *Boston University Law Review.*, 2020, vol. 101, núm. 1, pp. 1-101. [consulta: julio de 2024]. Disponible en: <https://www.bu.edu/bulawreview/files/2021/03/LEMLEY-MCCREARY.pdf>

MARTENS, B. «Data access, consumer interests and social welfare: an economic perspective». *Consumer Interests and Social Welfare: An Economic Perspective*. 2020, pp. 1-30. [consulta: agosto de 2024]. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3605383

MILLÁN, V. «Qué es Mistral AI: La inteligencia artificial europea rival de ChatGPT por la que apuesta Microsoft». *El confidencial*. 2024.[consulta: septiembre de 2024]. Disponible en: <https://www.eleconomista.es/tecnologia/noticias/12695752/02/24/que-es-mistral-ai-la-inteligencia-artificial-europea-por-la-que-apuesta-microsoft.html>

MOTTA, M. y PEITZ, M. «Challenges for EU merger control». *Which competition and industrial policies for the new EU Commission after Siemens/Alstom*, 2019, pp. 1-12. [consulta: septiembre de 2024]. Disponible en: https://www.wiwi.uni-bonn.de/bgsepapers/boncrc/CRCTR224_2019_077.pdf

MOTTA, M., Y PEITZ, M. «Big tech mergers». *Information Economics and Policy*, 2021, vol. 54, pp. 1-15. [consulta: julio de 2024]. Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0167624520300111?via%3Dihub>

NARDINI C. y STENIMACHITIS A. «Ecosystem theories of harm a new risk or a new word?». *Financier WorldWide*. 2024. [consulta: agosto de 2024]. Disponible en: <https://www.financierworldwide.com/ecosystem-theories-of-harm-a-new-risk-or-just-a-new-word#:~:text=Without%20limiting%20principles%2C%20ecosystem%20TOHs,markets%20to%20expand%20through%20acquisitions>

OKELE, A. «The Microsoft-Mistral AI partnership will bring both benefits and challenges for telecoms operators». 2024. [consulta: septiembre de 2024]. Disponible en: <https://www.analysismason.com/research/content/articles/microsoft-mistralai-partnership-rma14/>

PIQUARD, A. «France's unicorn start-up Mistral AI embodies its artificial intelligence hopes». *Le Monde*. 2023. [consulta: septiembre de 2024]. Disponible en: https://www.lemonde.fr/en/economy/article/2023/12/12/french-unicorn-start-up-mistral-ai-embodies-its-artificial-intelligence-hopes_6337125_19.html

PRADO, T.S. BAUER, J.M. «Big Tech platform acquisitions of start-ups and venture capital funding for innovation». *Information Economics and Policy*, 2022, vol. 59, pp. 1-63. [consulta: julio de 2024]. Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0167624522000129>

PUERTAS, E. «Inteligencia artificial generativa». *ue STEAM essentials*, 2023, pp. 1-8. [consulta: julio de 2024]. Disponible en: https://universidadeuropea.com/resources/media/documents/28_STEAM_GENERATIVE_AI_RZII.pdf

PURANAM, P. y SRIKANTH, K.. «What they know vs. what they do: How acquirers leverage technology acquisitions». *Strategic management journal*, 2007, vol. 28, núm. 8, pp. 805-825. [consulta: julio de 2024]. Disponible en: https://ink.library.smu.edu.sg/cgi/viewcontent.cgi?article=5694&context=lkcsb_research

RINEHART, W. «Are 'Killer Acquisitions' by Tech Giants a Real Threat to Competition?» *The Center for Growth and Opportunity*, 2023. [consulta: julio de 2024]. Disponible en: https://www.thecgo.org/wp-content/uploads/2023/10/Are-Killer-Acquisitions-A-Threat_02.pdf

SCHAAL J. y EMBERGO T. «Overcoming Big Tech AI Merger Evasions: innovating EU Competition Law through the AI Act». *Verfassungsblog on matters constitutional*, 2024. [consulta: septiembre de 2024]. Disponible en: <https://verfassungsblog.de/overcoming-big-tech-ai-merger-evasions-innovating-eu-competition-law-through-the-ai-act/>

SCHWEITZER, H. y METZGER, A. «Data Access under the Draft Data Act, Competition Law and the DMA: Opening the Data Treasures for Competition and Innovation?». *GRUR International*, 2023, vol. 72, núm. 4, pp. 337-356. [consulta: septiembre de 2024]. Disponible en: <https://academic.oup.com/grurint/article/72/4/337/7072752>

KHANAL S., ZHANG H., Y TEILHAGH A., «Why and how is the power of Big Tech increasing in the policy process? The case of generative AI» *Policy and Society*, 2024, pp. 1-18. [consulta: septiembre de 2024]. Disponible en: <https://academic.oup.com/policyandsociety/advance-article/doi/10.1093/polsoc/puae012/7636223>

ŠMEJKAL, V. «CONCENTRATIONS IN DIGITAL SECTOR-A NEW EU ANTITRUST STANDARD FOR “KILLER ACQUISITIONS” NEEDED?» *InterEULawEast: Journal for the international and european law, economics and market integrations*, 2020, vol. 7, núm. 2, pp. 1-16. [consulta: septiembre de 2024]. Disponible en: <https://hrcak.srce.hr/file/364229>

STIGLER COMMITTEE ON DIGITAL PLATFORMS. *Final Report*, Stigler Center for the study of the economy and the state, 2019. [consulta: agosto de 2024]. Disponible en: <https://www.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf>

THORMUNDSSON, B. «Estimate amount of artificial intelligence (AI) companies acquired by major tech companies in 2023». 2024. [consulta: septiembre de 2024]. Disponible en: <https://www.statista.com/statistics/1446598/ai-company-acquisitions-big-tech/>

VAN DEN BOOM, J. y SAMRANCHIT, P. «Digital ecosystem mergers in big tech—a theory of long-run harm with applications». *Tilburg University*, 2020, pp. 1-42. ISSN 1572-4042. [consulta: septiembre de 2024]. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3766282

WEN, W., Y ZHU, F. «Threat of platform-owner entry and complementor responses: Evidence from the mobile app market». *NET Institute Working Paper No. 16-10*, 2019, pp. 1-50. [consulta: julio de 2024]. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2848533>

YU Y. «Ecosystem theories of harm: what is beyond the buzzword?» *RBB*. 2024, pp. 1-8. [consulta: junio de 2024]. Disponible en: <https://www.datocms->

assets.com/79198/1716214425-cpi-april-2024-ecosystem-theories-of-harm-beyond-the-buzzword.pdf

ZINGALES, L., KAMEPALLI, S. K., y RAJAN, R. G. (2020). «Kill zone». *National Bureau of Economic Research, Centre for Economic Policy Research*, 2020, vol. 1, núm. 58, pp. 1-58 ISSN 0265-8003 [consulta: julio de 2024]. Disponible en: <https://repec.cepr.org/repec/cpr/ceprdp/DP14709.pdf>

ZINGALES, N. y RENZETTI, B. «Digital Platform Ecosystems and Conglomerate Mergers: A Review of the Brazilian Experience». *World Competition*, 2022, vol. 45, núm. 4, pp.1-44. [consulta: agosto de 2024]. Disponible en: <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/World+Competition/45.4/WOCO2022021>

Legislación citada

Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*. C/326/49, de 26 de octubre de 2012. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT>

Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas. *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 24/1, de 29 de enero de 2004. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004R0139>

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo 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. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 119/1, 4 de mayo de 2016. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>

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. *Diario Oficial de la Unión Europea*, L/265/1,

de 12 de octubre de 2022. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R1925>

Reglamento (UE) 2023/2854 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2023 sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización, y por el que se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y la Directiva (UE) 2020/1828. *Diario Oficial de la Unión Europea*, ES Serie L, 2023/2858, de 22 de diciembre de 2023. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202302854&qid=1726440328625

Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas (2008/C 95/01). *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, C 95/1, de 14 de abril de 2008. Disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC0416\(08\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC0416(08))

Comunicación de la Comisión Orientaciones sobre la aplicación del mecanismo de remisión establecido en el artículo 22 del Reglamento de concentraciones a determinadas categorías de casos 2021/C 113/01. *Diario Oficial de la Unión Europea*, C 113/1, de 31 de marzo de 2021. Disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC0331\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC0331(01))

Decisiones referenciadas.

Decisión M.7217 - Facebook/Whatsapp de la Comisión Europea, de 3 de octubre de 2014, declarar que una concentración es compatible con el mercado interior y el acuerdo EEE, apartados 13-190

Decisión M.8124 - Microsoft/LinkedIn de la Comisión Europea, de 6 de diciembre de 2016, de conformidad con el artículo 6, apartado 1, letra b), en relación con el artículo 6, apartado 2, del Reglamento núm. 139/2004, del Consejo y el artículo 57 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. *Diario Oficial de la Unión Europea*, de 21 de octubre de 2016, vol. 59, p. 4.

Decisión M.9660 - Google/Fitbit de la Comisión Europea, de 17 de diciembre de 2020, declarar que una concentración es compatible con el mercado interior y el acuerdo EEE, apartados 26-845

Decisión M.1062 - Meta/Kustomer de la Comisión Europea, de 27 de enero de 2022, declarar que una concentración es compatible con el mercado interior y el acuerdo EEE, apartados 62-617.

Decisión ME/7102/24 – de la Competitions & Market Authority, de 21 de mayo de 2024, Microsoft Corporation's partnership with Mistral AI.

Jurisprudencia referenciada

Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de octubre de 1988, AB Volvo, C-283/87, ECLI:EU:C:1988:477, apartados 7-11.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de abril de 1995, Magill, C-241/91 P y C-242/91 P, ECLI:EU:C:1995:98, apartados 24-58.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de noviembre de 1998 (Sala Sexta), Oscar Bonner, C-7/97, ECLI:EU:C:1998:569, apartados 23-47.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004 (Sala Quinta), IMS Health, C-418/01, ECLI:EU:C:2004:257, apartados 34-52.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de noviembre de 2006 (Sala Tercera), Asnef-Equifax, C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734, apartados 46-63.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de septiembre de 2007 (Gran Sala), Microsoft Corp., T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289, apartados 291-336.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009 (Sala Tercera), T-Mobile, C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, apartados 23-43.

Sentencia del Tribunal General, de 13 de julio de 2022 (Sala Tercera), Illumina/Grail, T-227/21, ECLI:EU:T:2022:447, apartados 85-151.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de septiembre de 2024 (Gran Sala), Illumina/Grail, STJUE C-611/22 P y C-625/22 P, ECLI:EU:C:2024:677, apartados 121-219.

Listado de abreviaturas

ANC	Autoridad nacional de competencia
APIs	Interfaces de programación de aplicaciones
B2B	Business to consumer
CCJ	Comunicación consolidada de la comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia respecto del Reglamento de Control de Concentraciones
CECA	Comunidad Europea del Carbón y del Acero
CMA	Competition and markets authority
Comunicación 2021/C 113/01	Comunicación de la Comisión 2021/C 113/01 de Orientaciones sobre la aplicación del mecanismo de remisión establecido en el artículo 22 del Reglamento de concentraciones a determinadas categorías de casos
FRAND	Responsible and non-discriminatory licencing
FTC	Federal Trade Comission
GAFAM	Google, Amazon, Facebook, Apple y Microsoft
GenIA	Inteligencia artificial generativa
IA	Inteligencia artificial
PYMES	Pequeñas y medianas empresas
RCC	Reglamento de Control de Concentraciones
RGPD	Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo 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
STGUE	Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TCEE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea
TCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TGUE	Tribunal General de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea