

Los nuevos conglomerados digitales

The new digital conglomerates

CARMEN HERRERO SUÁREZ

Profesora Titular de Derecho Mercantil

Universidad de Valladolid

Recibido: 21.05.2024 / Aceptado: 09.07.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8952

Resumen: La formación de los grandes ecosistemas y plataformas digitales ha reabierto un debate sobre los efectos que para la competencia pueden derivarse de operaciones de concentración de naturaleza conglomeral, recuperándose viejas preocupaciones y apuntándose nuevos temores sobre el potencial anticompetitivo de estas operaciones de reestructuración empresarial.

Palabras clave: Concentraciones, conglomerados, estructura, innovación.

Abstract: The formation of large ecosystems and digital platforms has reopened a debate on the effects that may arise on competition from mergers of a conglomeral nature, recovering old concerns and raising new fears about the anti-competitive potential of these business restructuring operations.

Keywords: Mergers, conglomerates, structure, innovation.

Sumario: I. La inesperada vuelta a escena de las concentraciones conglomerales. II. Evolución de la política frente a las concentraciones conglomerales. 1. EE.UU.: el temprano abandono de la preocupación conglomeral. 2. La política europea sobre concentraciones conglomerales III. Las preocupaciones estructurales en los mercados digitales. 1. La formación de los grandes conglomerados digitales. 2. Los efectos conglomerales en la política reciente. A) Europa. B) EE.UU. IV. ¿Y el futuro...?

I. La inesperada vuelta a escena de las concentraciones conglomerales

1. El Derecho de la competencia no ha tenido una existencia pacífica. Cuestionado desde su propio nacimiento a finales del siglo XIX en EE.UU., en su historia, y a merced de las orientaciones político-económicas dominantes, ha combinado etapas de aplicación intensa con etapas en las que se ha relajado mucho su aplicación.

2. Actualmente estamos presenciando una de esas etapas de vigorización de las normas antitrust y la reapertura de un debate -que, ahora se pone de manifiesto, solo estaba adormecido- sobre, no solo la interpretación y funcionalidad de los parámetros vigentes en las últimas décadas para valorar el daño a la competencia, sino incluso sobre los objetivos últimos de este sector del ordenamiento jurídico.

3. Este renacido interés por el Derecho de la competencia tiene mucho que ver con el paulatino incremento del grado de concentración de los mercados unido al surgimiento y consolidación de empresas con significativas posiciones de poder económico que se ha venido observando en las economías occidentales en las últimas décadas. Este escenario ha espoleado viejas preocupaciones porque de este

aumento de la concentración se derive un deterioro del proceso competitivo. Es más, las posiciones más alarmistas van aún más allá, alertando sobre la relación entre concentración y el incremento creciente de las desigualdades económicas y sociales e, incluso, la propia afectación de la democracia política.

4. Este ambiente de creciente preocupación sobre la oligopolización o monopolización de mercados ha determinado que todos los ojos se vuelvan a la política de la competencia, cuestionándose el papel que ha jugado en este devenir y debatiéndose el que le compete desempeñar a partir de ahora para hacerle frente.

5. La recuperación de las preocupaciones estructurales determina que la revisión, si bien se proyecta sobre todos los aspectos del Derecho antitrust, tenga una especial incidencia en el sector especialmente orientado al control de estructuras: las normas sobre concentraciones entre empresas¹. Como los estándares y políticas vigentes, fruto del triunfo de las ideas liberales, y dominantes, con más o menos matizaciones, desde los años ochenta no han conseguido frenar esta situación de concentración, se va a contemplar ahora la vuelta de antiguos objetivos y teorías arrinconadas -cuando no directamente desechadas- por estas.

6. Y tal vez ninguna otra preocupación es más expresiva del temor al poder económico privado y a la formación en los mercados de gigantes empresariales que la derivada de los efectos conglomerales de las operaciones de crecimiento externo empresarial. Fundamentalmente en EE.UU. durante las décadas de los sesenta y setenta del pasado siglo, se desarrollaron diversas teorías del posible daño a la competencia que podría resultar de las concentraciones conglomerales. Teorías que también han sido utilizadas por las autoridades de la competencia europea en el diseño de la política europea, mucho más tardía, en materia de concentraciones.

7. No obstante, a partir de los años ochenta el triunfo de las ideas liberales de la Escuela de Chicago y el cambio de estándar en la apreciación del daño a la competencia, determinó en EE.UU., la desaparición total de las concentraciones conglomerales de la política antitrust. En Europa, si bien no cabe hablar de una eliminación análoga, porque las concentraciones conglomerales siempre han estado presentes, en la práctica o si no, al menos, en las directrices de la Comisión, sí se produjo a inicios del siglo XXI una cierta “hibernación” de los temores en relación a estas operaciones. Estas concentraciones no solo no van a constituir prioridad en la agenda de la autoridad europea, sino que además numerosas voces van a defender su inocuidad.

8. Como tendremos ocasión de examinar con detenimiento a lo largo de este trabajo, como tantas otras ideas y teorías descartadas, en la última década se ha producido una reentrée de las concentraciones conglomerales en la escena antitrust, impulsada, principalmente por la especial configuración estructural de gran parte de los mercados digitales.

9. Antes de entrar en el análisis de este debate reabierto es importante delimitar qué cabe entender por concentración conglomeral dado que, en función de las jurisdicciones, este concepto puede revestir un distinto alcance.

10. En este sentido, si las concentraciones horizontales pueden ser definidas como aquéllas que se producen entre sujetos operantes en el mismo estadio económico y las verticales como la unión entre agentes económicos que operan en estadios económicos sucesivos, las concentraciones conglomerales pueden ser delimitadas negativamente, abarcando todos aquellos supuestos de unión entre empresas no comprendidos en las categorías anteriores. En este sentido, el TPI las definió como “uniones de empresas en las que no existía, con anterioridad a la operación, una relación competitiva, ni como com-

¹ Vid. *in extenso*, C. HERRERO: “La recuperación de las preocupaciones estructurales. La sentencia *Towercast* y la vuelta de *Continental Can*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, volumen 15, núm. 2, 2023, pp. 629-649.

petidores directos ni como proveedores o clientes²” y de forma prácticamente idéntica, se definen en las *Directrices para la evaluación de las concentraciones no horizontales*³, como: “concentraciones entre empresas cuya relación no es ni horizontal (como competidores en el mismo mercado de referencia) ni vertical (como proveedores o clientes). Esta definición excluye del concepto de concentración conglomeral, por tanto, las operaciones entre empresas con vínculos horizontales o verticales preexistentes, con independencia de que este vínculo sea actual o meramente potencial.

11. No obstante, en algunos ordenamientos jurídicos como, por ejemplo, el estadounidense, la concentración entre competidores potenciales fue tradicionalmente considerada una modalidad de concentración conglomeral⁴. Esta concepción actualmente ha sido abandonada, dada la similar incidencia competitiva de las concentraciones entre competidores actuales y las uniones entre empresas, que si bien actualmente no compiten, podrían hacerlo a corto o medio plazo. Ambas conducen a una disminución de la competencia entre las empresas parte en la operación y a un incremento del nivel de concentración en el mercado relevante. Por el contrario, en el caso de las concentraciones verticales y conglomerales la lesión competitiva se produce entre la entidad resultante de la operación y terceras empresas operantes en mercados diversos. Por ello, en este momento, las operaciones entre competidores potenciales se engloban bajo la categoría de concentraciones horizontales, y en la valoración de su conformidad con el Derecho de la competencia, se siguen idénticos parámetros analíticos.

12. Pese a estas exclusiones, la categoría de concentraciones conglomerales es muy amplia, ya que abarca desde la unión entre empresas activas en sectores económicos carentes de cualquier tipo de relación entre sí (conglomerados puros) hasta la concentración de empresas que actúan en mercados de productos conexos o vecinos, bien por existir entre ellos una relación de complementariedad o por compartir una misma cartera de clientes⁵. No obstante, al menos desde la perspectiva del Derecho de la competencia, en relación a los conglomerados puros existe un cierto consenso sobre su inocuidad. De hecho, las *Directrices para la evaluación de las concentraciones no horizontales*, expresamente establecen, en relación a los parámetros que han de informar la valoración de las operaciones conglomerales, que se refieren exclusivamente a concentraciones entre empresas que operan en mercados estrechamente relacionados, como las que atañen a proveedores de productos complementarios o de productos que pertenecen a una misma gama⁶.

13. En cualquier caso, es preciso destacar que esta distinción entre concentraciones horizontales, verticales y conglomerales, funciona mejor en mercados tradicionales, pero puede resultar más borrosa en otro tipo de mercados, especialmente en los mercados digitales⁷?

14. Esta dificultad se ha tenido específicamente en cuenta en la reciente *Comunicación sobre mercados relevantes*⁸ (párrafo 104). En determinadas circunstancias, puede considerarse que los ecosistemas (digitales) pueden constar de un producto primario principal y de varios productos secundarios (digitales) cuyo consumo está vinculado al producto principal, por ejemplo, por interoperabilidad o vínculos tecnológicos. Cuando los productos secundarios (digitales) se ofrecen como paquete, la Comisión también puede evaluar la posibilidad de que ese paquete constituya un mercado de referencia por sí solo.

² Sentencia del TPI de 25/10/2002, asunto T-5/02 *Tetra Laval v. Comisión*

³ *Directrices para la evaluación de las concentraciones no horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas* (2008/C265/07).

⁴ Vid. *ad.ex. FTC v. Procter&Gamble*, 386 U.S. 568 (1967)].

⁵ La OCDE señala que en el caso de las concentraciones conglomerales, los productos de las empresas parte en la operación pueden ser: complementarios, sustitutos débiles o productos no relacionados entre sí. Vid. OECD: *Roundtable on Conglomerate Effects of Mergers. Background Note by the Secretariat* (2020).

⁶ *Directrices para la evaluación de las concentraciones no horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas* (2008/C265/07).

⁷ Vid. A.C. WITT: “Who’s Afraid of Conglomerate Mergers?”, 67, 2, *Antitrust Bulletin*, 2022, p.3.

⁸ *Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa de la Unión en materia de competencia*. C (2023) 6789 final.

15. En segundo lugar, en la mayoría de las ocasiones las operaciones de concentración no encajan nítidamente en alguna de estas tres categorías, pudiendo presentar elementos de todas ellas. De ahí que, este término, en la práctica de las autoridades de competencia, se utiliza habitualmente para hacer referencia tanto a concentraciones puramente conglomerales (sin ningún tipo de vínculos horizontales o verticales) como a los aspectos conglomerales de operaciones más complejas (ad.ex. Microsoft/Linkedn o la misma GE/Honeywell)

16. La reaparición de estas modalidades de concentración en la política antitrust se ha producido, hasta el momento, sin perjuicio de algunas excepciones, en un plano más teórico que práctico, con la sucesión de una serie de documentos de análisis, reformas normativas menores y aportaciones doctrinales sobre viejas y nuevas teorías del daño de las concentraciones conglomerales. Para poder entender el alcance de este debate y valorar si estamos ante un cambio de paradigma y, en su caso, de qué calado es imprescindible volver la vista atrás y entender cuál ha sido la evolución en el tratamiento de las concentraciones conglomerales y de las estructuras empresariales resultantes de estas operaciones, tanto en EE.UU. como en Europa.

II. Evolución de la política frente a las concentraciones conglomerales

1. EE.UU.: El temprano abandono de la preocupación conglomeral

17. Hubo un tiempo en el que una específica forma de organización empresarial, los conglomerados, reinaba indiscutiblemente en los mercados estadounidenses. Los años sesenta y setenta testimoniaron el triunfo de los grandes grupos multi-industriales, integrados por empresas pertenecientes a sectores de actividad o ramas de negocios diferentes frente a otras modalidades organizativas, como las empresas especializadas en un sector concreto⁹.

18. La motivación fundamental del recurso a estas estructuras era la búsqueda de la diversificación, vista como una garantía de disminución del riesgo empresarial global, que se pretendía así circunscribir a alguna de las líneas de negocio y el instrumento preferido para su creación y crecimiento era la adquisición de empresas ya operantes en los distintos sectores económicos.

19. Tras la II Guerra Mundial, los mercados estadounidenses experimentaron una oleada de concentraciones que va a determinar el despertar de la preocupación social por la concentración del poder económico en manos de unas pocas empresas, que había estado adormecida durante los conflictos bélicos. El papel que los Konzerne en Alemania y los Zaibatsu en Japón habían jugado en la consolidación de los regímenes autoritarios, desató las viejas preocupaciones sobre la amenaza que para el funcionamiento de la democracia política suponía la acumulación de poder económico en manos de los agentes económicos privado. Estos sentimientos informaron la aprobación de la Celler Kefauver Ammendment Act de 1950 que modifica la sección 7 de la Clayton Act de 1914, intensificando el control sobre las operaciones de concentración. El objetivo fundamentalmente perseguido a través de esta reforma era la preservación de un mercado de unidades económicas pequeñas e independientes, un sistema descentralizado en el que no se produjeran situaciones de poder económico susceptibles de alterar el equilibrio democrático.

20. La aplicación administrativa y judicial de la normativa antitrust durante los años sesenta y setenta fue fiel a este cometido y se manifiesta, principalmente, en la política sobre control de concentraciones, observándose un mayor rigor en la aplicación de la normativa *antitrust* a estas operaciones.

⁹ Vid. G.F. DAVIS/K.A. DIEKMANN/C.H. TINSLEY: "The Decline and Fall of the Conglomerate Firm in the 1980s: The Deinstitutionalization of an Organizational Form", 59, 4, *American Sociological Review*, 1994, p. 547, quienes señalan como en 1980, menos del 25% de las 500 sociedades más grandes recogidas en la lista Forbes operaban en un único mercado.

Rigor que alcanzó no sólo a las concentraciones horizontales y verticales, sino que se extendió a las operaciones de integración conglomerales¹⁰.

21. El renacido recelo sobre la concentración del poder económico privado se va a proyectar sobre los grandes conglomerados, nuevos gigantes de la economía americana, operantes en diversos mercados y con gran capacidad financiera, y, por tanto, sobre las operaciones que conducían a su formación y crecimiento.

22. De hecho, en 1968, el DOJ publicó las primeras directrices sobre concentraciones con la finalidad de familiarizar a la comunidad empresarial, los organismos jurídicos y otros grupos e individuos interesados con los estándares de aplicación por el Departamento de Justicia para determinar si se debían impugnar adquisiciones y fusiones corporativas bajo la Sección 7 de la Clayton Act. En estas primeras directrices se contemplan expresamente las tres categorías de concentraciones: horizontales, verticales y conglomerales, consideradas todas ellas susceptibles de lesionar el desarrollo del proceso competitivo y conducir a un incremento del grado de concentración de los mercados¹¹.

23. Así, durante la década comprendida entre 1965 y 1975, diversas operaciones de esta naturaleza fueron prohibidas, fundamentalmente, en atención a tres tipos de preocupaciones o teorías sobre sus posibles efectos anticompetitivos, recogidas específicamente en las Directrices.

24. Por una parte, y teniendo en cuenta el concepto amplio de concentración conglomeral utilizado en las Directrices, que incluye en esta categoría operaciones entre empresas operantes en un mismo mercado de producto o servicio, pero en distintos mercados geográficos, así como entre empresas con vínculos horizontales potenciales, van a ser prohibidas distintas operaciones en base, precisamente, al riesgo de reducción o eliminación de la competencia potencial¹².

25. Un segundo temor estaba vinculado a la posibilidad de que las modificaciones estructurales resultantes de la operación incitaran a la nueva entidad a llevar a cabo conductas anticompetitivas. En este caso, el recelo fundamental frente a estas operaciones era que pudieran ser utilizadas como instrumento facilitador de determinadas prácticas excluyentes, tales como, políticas de precios predatorias¹³, prácticas de vinculación o de reciprocidad (*reciprocal dealing*)¹⁴.

26. Quizás, la mayor muestra de la desconfianza suscitada por estas operaciones y de la respuesta contundente de las autoridades en materia de competencia, reside en el desarrollo de la teoría de la “trinchera” o *entrenchment*. Con arreglo a esta teoría, las concentraciones conglomerales constituían una amenaza para la competencia, si permitían reforzar la posición de dominio, ya poseída por una de

¹⁰ Es más, precisamente la disminución en el número de concentraciones horizontales consecuencia de la aplicación más estricta de la Sección 7 de la Clayton Act, llevó a finales de los años sesenta a las agencias a enfocarse en otros tipos de operaciones de reestructuración, de naturaleza vertical o conglomeral, que habían estado recibiendo menos atención. Vid. WITT: “Who’s afraid of conglomerate mergers..”, *cit.*, p.4, recogiendo las palabras del entonces comisario de la FTC, Reilly: “continuar priorizando la acción contra las concentraciones horizontales sería como organizar una gran expedición de caza para acechar a un dinosaurio. Este, simplemente ya no existe. Por otra parte, resulta difícil negar que falta persecución en el área actualmente más problemática: las concentraciones conglomerales”.

¹¹ 1968 *Merger Guidelines*, disponibles en: <https://www.justice.gov/archives/atr/1968-merger-guidelines>.

¹² Esta preocupación está presente en los casos *U.S. v. El Paso Natural Gas Co.*, 376 U.S. 651 (1964); *FTC v. Procter & Gamble*, 386 U.S. 568 (1967); *U.S. v. Falstaff Brewing Corp.*, 410 U.S. 526 (1973); *U.S.v. Marine Bancorporation, Inc.*, 418 U.S. 602 (1974); *Tenneco, Inc. v. FTC*, 689 F.2d 346 (2d Cir. 1982).

¹³ Determinadas concentraciones conglomerales fueron condenadas con arreglo a la teoría de que podrían facilitar conductas predatorias, al crear entidades con mayor capacidad financiera (*deep pocket*) que, por tanto, podrían permitirse largos periodos de pérdidas sostenidas. Vid. *ad. ex.*, *U.S. v. Alum. Co. (Cupples)*, 233 F.Supp. 718, (E.D.Mo. 1964), affirmed mem., 382 U.S. 12 (1965).

¹⁴ Así, por ejemplo, en *FTC v. Consolidated Foods Corp.*, 380 U.S. 592 (1965), se consideró que la operación hubiera permitido a la empresa concentrada imponerse como proveedor y como comprador en un mercado intermediario y utilizar el poder que tenía en un lado (como proveedor) para reforzar su posición en el otro (como comprador).

las empresas parte en la operación. Refuerzo que podía deberse, bien a la consecución de determinadas eficiencias (por ejemplo, en la producción o distribución de productos complementarios), al aumento de la capacidad financiera o a la extensión de la línea de producción, situaciones todas ellas que afectaban a la posición de las empresas rivales de menores dimensiones, incapaces de replicar estas ventajas¹⁵.

27. Pero esta situación va a empezar a cambiar a partir de los años ochenta. Por una parte, se va a emprender un paulatino proceso de “desconglomeración” de las estructuras corporativas estadounidenses, al buscarse otras formas más eficientes de organización empresarial¹⁶.

28. En segundo lugar, el triunfo de las ideas de Chicago¹⁷ y la progresiva reorientación del Derecho de la competencia estadounidense hacia una actitud más permisiva, limitando el contenido del ilícito competitivo a conductas susceptibles de afectar al bienestar del consumidor, mediante subidas de precios o reducciones de la producción, determinará el paulatino abandono de estas teorías y de la preocupación por sujetar a control las concentraciones conglomerales. Se defiende la eficiencia generalmente asociada a este tipo de operaciones, la naturaleza puramente especulativa de muchos de los argumentos tradicionalmente utilizados para su condena y la idoneidad y suficiencia de la normativa de control *ex post* de conductas empresariales (sección 1 y 2 de la *Sherman Act* y sección 3 de la *Clayton Act*) en el caso de que alguna de las prácticas temidas, como los precios predatorios o la vinculación, llegue efectivamente a producirse.

29. Las agencias administrativas y las autoridades judiciales recogen esta nueva orientación. Así, por ejemplo, las Directrices sobre concentraciones no horizontales de 1984¹⁸, eliminan cualquier referencia expresa a las concentraciones conglomerales. Se limita a definir con carácter general las concentraciones no horizontales como aquellas entre empresas operantes en distintos mercados y, frente a las Directrices anteriores, reconoce el carácter generalmente procompetitivo de estas operaciones y la presencia de eficiencias vinculadas a su relación. No solo el término conglomeral desaparece de estas pautas del DOJ sobre la aplicación de la sección 7 de la Clayton Act, También lo hace cualquier referencia a las teorías del daño utilizadas anteriormente en relación a las operaciones conglomerales, con la única salvedad de la posible eliminación de un competidor potencial. Situación que, como hemos indicado anteriormente, responde a una concepción, hoy superada, que limitaba la calificación de operaciones horizontales a las realizadas entre competidores actuales.

30. Este cambio de paradigma llega a los tribunales que, con la única salvedad apuntada, rechazarán el carácter nocivo para la competencia de las operaciones conglomerales. Así, la condena judicial de concentraciones que simplemente crearan incentivos para la realización de conductas excluyentes va a convertirse en un residuo del pasado.

2. La política europea sobre concentraciones conglomerales: alejamientos pero sin ruptura definitiva

31. La despreocupación estadounidense frente a las concentraciones conglomerales no es comparada en el ámbito europeo o, al menos, no respecto a todas las posibles modalidades de estas operaciones.

¹⁵ Vid. Y. LIM: “Tech Wars: Return of the Conglomerate - Throwback or Dawn of a New Series for Competition in the Digital Era?-, *Journal of Korean Law*, 19, 2020, pp. 51 y ss.

¹⁶ Vid. *in extenso*, sobre este proceso de desconglomeratización, G.F. DAVIS/K.A. DIEKMANN/C.H. TINSLEY: “The Decline and Fall of the Conglomerate Firm in the 1980s: The Deinstitutionalization of an Organizational Form”, *cit*, pp. 549 y ss.

¹⁷ La política tradicional en materia de concentraciones conglomerales fue objeto de severísimas críticas y duros ataques por parte de los miembros de la Escuela de Chicago, vid. especialmente, R. BORK: *The Antitrust Paradox: A Policy at War with itself*, New York, 1993, pp. 252 y ss.; R. POSNER: “Conglomerate Mergers and Antitrust Policy: An Introduction”, 44 *St. John’s Law School*, 1969, pp. 529 y ss.

¹⁸ *Non-Horizontal Merger Guidelines*, disponible en https://www.justice.gov/d9/pages/attachments/2019/07/30/2614_1_0.pdf

Sin perjuicio de que, en algunos periodos se haya mitigado la preocupación por los efectos anticompetitivos de estas operaciones, unido a una redefinición de los mismos, las concentraciones conglomerales han ocupado siempre un puesto en la política europea de control de la concentración empresarial.

32. Desde la aprobación, a finales de los ochenta, del primer Reglamento de control de las concentraciones¹⁹, la Comisión Europea no ha dejado de expresar su preocupación de que, en determinados supuestos, estas operaciones puedan efectivamente dar lugar a lesiones de la competencia, mediante la formación o el refuerzo de posiciones dominantes en el mercado común²⁰.

33. Fundamentalmente, en los años noventa y primeros años del siglo XXI se fueron desarrollando diversas teorías sobre el eventual impacto anticompetitivo de estas concentraciones, que pueden ser englobadas en la ambigua y difusa categoría de “efectos-cartera” (*portfolio effects*) o “efectos-gama” (*range effects*). Pese a la inexistencia de una postura unánime sobre el alcance de este concepto²¹, la preocupación esencial que subyace en esta teoría es que, la formación de una amplia cartera de productos puede incentivar a la entidad resultante de la concentración a llevar a cabo determinadas conductas excluyentes que acaben, a medio o largo plazo, afectando a la estructura de los distintos mercados implicados y consolidando posiciones de poder en los mismos.

34. Este riesgo se va a condicionar a la concurrencia de, como mínimo, dos circunstancias, en la concentración proyectada. En primer lugar, la preexistencia de poder económico –no necesariamente dominante- en al menos uno de los mercados afectados y la combinación de productos comercializados en mercados vecinos o relacionados.

35. En presencia de determinadas circunstancias, la combinación de estos productos puede otorgar a la entidad concentrada la habilidad y el incentivo económico para llevar a cabo prácticas empresariales que acaben afectando a la conformación estructural de los mercados. Más concretamente, la empresa puede recurrir a conductas, como la vinculación, que le permitan extender el poder económico preexistente a uno o más de los mercados que comprende ahora su nueva cartera de productos (*leverage*).

36. A diferencia de las concentraciones horizontales o verticales, la principal preocupación tradicionalmente asociada a las concentraciones conglomerales, la constituía no tanto la modificación inmediata y directa de la estructura de los mercados, sino la consolidación o refuerzo indirecto de posiciones de dominio mediante la facilitación de determinadas conductas de carácter excluyente.

37. Ahora bien, junto a estos eventuales efectos o peligros anticompetitivos, de la ampliación de la cartera de productos pueden, igualmente, derivarse efectos beneficiosos como consecuencia de la consecución de economías de escala y alcance en la producción y, principalmente, en la distribución conjunta de los distintos bienes integrantes de la cartera. De hecho, el problema principal que la evaluación de estas operaciones planteaba -y sigue planteando-, es que muchas de las potenciales conductas excluyentes son, al menos en el corto plazo, deseables o beneficiosas desde el punto de vista de los clientes y consumidores finales (por ejemplo, descuentos, prácticas de *mixed-bundling*, etc.).

¹⁹ Reglamento (CEE) 4064/89, del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, *sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas*. DOUE-L-1989-81594.

²⁰ Vid. OCDE Competition Policy Roundtables *Portfolio Effects in Conglomerate Mergers*, DAFE/COMP (2002) 5, Contribución de la Comisión Europea, pp. 239 y ss.; G. DRAUZ: “Unbundling GE/HONEYWELL: The Assessment of conglomerate mergers under EC Competition Law”, *International Antitrust Law & Policy, Ford.Corp. L. Inst.*, 2001, pp. 183 y ss.

²¹ Así, por ejemplo, NALEBUFF recoge un concepto amplio de efectos cartera, que incluye tanto aquellos supuestos en los que existe una relación de complementariedad entre los productos, como los casos de presencia de un vínculo de sustitución o de ausencia total de relación entre los bienes. En el marco de la OCDE se utiliza un concepto más restringido que se limita a los efectos que pueden derivarse de concentraciones en las que se combinan productos de marca vendidos en mercados vecinos o relacionados, siempre que, además, al menos una de las partes de la operación posea poder en alguno de los mercados afectados. Vid. OCDE Competition Policy Roundtables *Portfolio Effects in Conglomerate Mergers*, DAFE/COMP (2002), Background Note, p. 23.

38. La valoración de estas operaciones resulta, por tanto, compleja y plantea el delicado problema de arbitrar un criterio válido de distinción entre operaciones potencialmente lesivas de la competencia y operaciones procompetitivas.

39. La Comisión se ha limitado a identificar una serie de factores que es preciso ponderar para determinar el impacto que estas operaciones puedan tener en la estructura competitiva del mercado (titularidad de la marca más importante o de una o más marcas importantes de un mercado determinado; cuotas de mercado de las distintas marcas o productos, especialmente en relación con las cuotas de los competidores; naturaleza de la relación existente entre los distintos productos integrantes de la cartera; importancia relativa de los distintos mercados en los que las partes disponen de cuotas y marcas significativas; etc.). En general, la política de la Comisión Europea frente a estas operaciones ha estado marcada por el escepticismo y la desconfianza; especialmente presentes en las concentraciones conglomerales consideradas susceptibles de favorecer la realización de prácticas de vinculación. Consideraciones de esta naturaleza estuvieron presentes en diversas operaciones autorizadas tras aceptar una serie de compromisos²² y de hecho, fueron uno de los factores determinantes de la prohibición de la operación en diversos casos, especialmente a principios del 2000 en los polémicos *Tetra Laval/ Sidel*²³ y *GE/Honeywell*²⁴. En ambos casos, el ejecutivo comunitario prohibió la operación de concentración proyectada por considerar que las mismas podían dar lugar a la creación y refuerzo de posiciones dominantes, entre otras razones, al facilitar la realización de prácticas de vinculación (*tying* en sentido estricto y) anticompetitivas.

40. Esta política de la Comisión frente a las concentraciones conglomerales suscitó numerosas críticas doctrinales y fue sometida a una severa corrección por parte de los tribunales de justicia europeos.

41. La decisión en el caso *Tetra Laval* fue anulada posteriormente por el Tribunal de Primera Instancia²⁵, sentencia confirmada posteriormente por el entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas²⁶. El Tribunal, siguiendo la misma línea utilizada en otros casos, como *Airtours*²⁷ y *Schneider*²⁸, realiza un exhaustivo y meticuloso análisis de los supuestos de hecho del caso. La revisión judicial no cuestiona los principios legales fundamentales aplicados por el ejecutivo comunitario, sino la ponderación realizada de las circunstancias fácticas y el análisis económico sobre los efectos anticompetitivos de la transacción. El Tribunal tacha éste de especulativo, considerando que las conclusiones no se apoyaban en elementos sólidos y no habían sido probadas de forma rigurosa y convincente²⁹.

42. Así, el Tribunal reconoce que las concentraciones conglomerales pueden, en determinadas circunstancias, tener efectos anticompetitivos, admitiendo, con carácter general, la posibilidad de funcionamiento del *leverage* y su legitimidad como criterio de prohibición de una operación de concentración. Ahora bien, pese a este reconocimiento formal, tanto el TPI como el TJCE van a endurecer considerablemente la carga de la prueba de la Comisión en estos supuestos, estableciendo clara y expresamente que los efectos de estas concentraciones, generalmente, son neutrales o beneficiosos, por lo que

²² Vid. los casos *Coca-Cola/Amalgamated Beverages GB* y *Guinness/Grand Metropolitan*, cit.

²³ Decisión de la Comisión, de 30 de octubre de 2001, Asunto IV/M.2416, *Tetra Laval/Sidel*.

²⁴ Decisión de la Comisión, de 3 de julio de 2001, Asunto IV/M.2220, *General Electric/Honeywell*.

²⁵ Sentencia del TPI de 25 de octubre de 2002, Asunto T-5/02, *Tetra Laval v. European Commission*

²⁶ Sentencia del TJCE de 15 de febrero de 2005, Asunto C.12/03P

²⁷ Sentencia del TPI de 6 de junio de 2002, Asunto T-342/1999, *Airtours v. European Commission*.

²⁸ Sentencia del TPI de 22 de octubre de 2002, Asunto T-310/01, *Schneider Electric v. European Commission*.

²⁹ La sentencia del TPI fue recurrida por la Comisión ante el TJCE. Entre otras cuestiones, la Comisión alegó que el TPI se había extralimitado en el análisis de la decisión, limitando indebidamente su discrecionalidad en la ponderación de circunstancias fácticas y económicas complejas. El Tribunal, en opinión de la Comisión, no se había limitado a una revisión, sino que había asumido funciones decisorias, sustituyendo totalmente el juicio y opiniones de la Comisión por los suyos propios. Este argumento es desestimado por el TJCE (Sentencia del TJCE de 15 de febrero de 2005, Asunto C- 12/03 P). Vid. un comentario en S. VÖLCKER/P. CHARRO: “*Tetra Laval* –a landmark judgement on EC merger control”, *Competition Law Insight*, 8 Marzo 2005, pp. 3 y ss. y la distinta valoración que del mismo realiza la Comisión en G. DRAUZ: “Conglomerate and vertical mergers in the light of the Tetra Judgement”, 2, CPNL, 2005, pp. 35 y ss.

las teorías sobre eventuales efectos anticompetitivos tienen que estar sustentadas en circunstancias de hecho objetivas y en indicios convincentes.

43. La trascendencia del caso GE/Honeywell reside en el doble y contradictorio enjuiciamiento de los mismos supuestos de hecho en Europa y en EE.UU. La operación proyectada fue autorizada, sólo con modificaciones menores, por las autoridades estadounidenses y prohibida por la Comisión Europea. Esta decisión fue apelada y si bien, el TPI³⁰ no la revoca, el mantenimiento de la prohibición de la concentración se realiza única y exclusivamente en atención a sus posibles efectos horizontales, rechazándose el análisis realizado por la Comisión sobre los eventuales efectos conglomerales de la operación.

44. En principio, el TPI reconoce que las concentraciones conglomerales pueden, en determinadas circunstancias, tener efectos anticompetitivos, especialmente estas operaciones puedan dar lugar al refuerzo o creación de una posición dominante tras un intervalo temporal y como resultado de una determinada conducta de la nueva entidad empresarial en un primer mercado. Ahora bien, vuelve a exigir al ejecutivo que demuestre la existencia de factores que permitan probar que la realización de prácticas excluyentes por la empresa fusionada en un futuro cercano constituye una estrategia racional. En la baremación de estos incentivos futuros de la empresa, el TPI afirma la importancia del hecho de que, a las conductas excluyentes, cuya realización se teme, puedan serles de aplicación las normas del Tratado CE específicamente orientadas a la represión de conductas anticompetitivas (actuales artículos 101 y 102 TFUE), en lo que se conoce como el “wait-and-see approach”.

45. La revisión por parte de los tribunales europeos a principios de siglo de la política de la Comisión sobre concentraciones conglomerales marcó un punto de inflexión.

46. En primer lugar, y a diferencia del caso estadounidense, donde son eliminadas hasta nominalmente, los posibles daños a la competencia de las operaciones conglomerales sí se contemplan en las *Directrices de la Comisión sobre concentraciones no horizontales*³¹.

47. La Comisión, como indicado previamente, si bien parte de un concepto amplio de concentración conglomeral, como concentraciones entre empresas cuya relación no es estrictamente horizontal ni vertical, ciñe su eventual nocividad para la competencia solo a concentraciones entre empresas activas en mercados estrechamente relacionados. Como punto de partida, reconoce que, en la mayoría de los casos, las concentraciones conglomerales son eficientes y no presentarán ningún problema de competencia. No obstante, en algunas ocasiones de estas operaciones pueden derivarse efectos anticompetitivos, especialmente de exclusión o cierre de mercado a otros competidores³². El cierre se vincula ahora exclusivamente a la posibilidad de que la operación facilite a la entidad resultante la realización de conductas de vinculación que le permitan extender el poder de un mercado a otro³³.

48. No obstante, después de estas sentencias, la Comisión solo muy aisladamente, tomó en consideración en el análisis de las operaciones notificadas los posibles daños derivados de operaciones o efectos conglomerales³⁴. De hecho, durante la primera década del siglo la situación era un mero reconocimiento teórico pero poco protagonismo en la práctica.

³⁰ Sentencia del TPI de 14 de diciembre de 2005, asunto T-210/01, *GE v. Comisión*

³¹ *Directrices para la evaluación de las concentraciones no horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas*, 2008/C265/07.

³² En las Directrices también se hace referencia a los posibles efectos de coordinación derivados de las concentraciones conglomerales (párrafos 119 a 121) pero, a diferencia, de las concentraciones verticales, la Comisión se limita a apuntar esta posibilidad sin entrar en un desarrollo pormenorizado de la misma.

³³ Directrices (párrafos 93-118).

³⁴ Vid. ad.ex. Decisión de la Comisión de 13 de mayo de 2011, Asunto COMP/M.2978, *Lagardère/Natexis/VUP* y Decisión de la Comisión de 15 de julio de 2005, Asunto COMP/M.3732, *Procter&Gamble/Gillette*.

49. Esta situación ha cambiado en los últimos años y, a diferencia, de los EE.UU., la Comisión ha examinado las posibles repercusiones conglomerales de operaciones de concentración y ha impuesto remedios específicos para hacerlas frente en diversos casos³⁵, especialmente en el contexto de los mercados digitales.

III. Las preocupaciones estructurales en los mercados digitales

1. La formación de los grandes conglomerados digitales

50. Durante las últimas décadas, como hemos tenido ocasión de examinar, especialmente en EE.UU., las concentraciones conglomerales no formaron parte de la política antitrust, pero, en los últimos años, estamos asistiendo a su reaparición. Una entrada comedida, sutil, con pequeños avances, pero adquiriendo un progresivo protagonismo en la agenda de autoridades de competencia, organizaciones y foros internacionales³⁶, así como, en los intereses de la doctrina económica y jurídica. En este último sentido, los autores han vuelto a afilar la pluma, recuperando viejas teorías, o apuntando nuevas, del daño a la competencia que puede derivarse de operaciones entre empresas no relacionadas horizontal ni verticalmente.

51. El revulsivo que ha conducido a la revisión de las políticas de los últimos años ha sido la especial conformación estructural de los mercados digitales dominados por las grandes plataformas tecnológicas que han ido creando y consolidando su imperio en la última década.

52. Pero no es solo el crecimiento de estas grandes plataformas y el fortalecimiento progresivo de su poder de mercado lo que ha invocado las viejas preocupaciones conglomerales. Este crecimiento y el correspondiente incremento del grado de concentración de los mercados también se ha producido en otros sectores económicos, pero la principal diferencia es que, en el ámbito digital, ese crecimiento ha sido radial, desde un negocio principal o central se ha ido extendiendo a otros productos o servicios más o menos interrelacionados dando lugar a auténticos ecosistemas digitales y a la reaparición en los mercados de los extintos conglomerados. Google, Meta, Amazon, Apple no son solo grandes plataformas digitales... son, además, los nuevos conglomerados del siglo XXI³⁷.

53. Esta formación no es fruto del crecimiento interno sino, que es debida, en gran parte, al crecimiento externo empresarial mediante el recurso a operaciones de concentración. Como ha sido señalado gráficamente, las principales plataformas “están devorando empresas con la ferocidad de Pac-Man”³⁸. Muchas de las transacciones realizadas en los mercados digitales obedecen a un patrón similar: concentraciones por las que una gran empresa asentada en el mercado adquiere una empresa recién llegada o

³⁵ Decisión de la Comisión de 26 de enero de 2011, Asunto M.5984, *Intel/McAfee*; Decisión de la Comisión de 25 de febrero de 2016, Asunto M.7822, *Dentsply/Sirona*; Decisión de la Comisión de 14 de marzo de 2017, Asunto M. 7873, *Worldline/Equens/Paysquare*; Decisión de la Comisión de 6 de diciembre de 2016, Asunto M.8124, *Microsoft/LinkedIn*; Decisión de la Comisión de 12 de mayo de 2017, Asunto M.8314, *Broadcom/Brocade*; Decisión de la Comisión de 18 de enero de 2018, Asunto M.8306, *Qualcomm/NXP*.

³⁶ OECD. Roundtable on Conglomerate Effects on Mergers, *cit.*; International Competition Network (ICN). *Conglomerate Mergers Project. Report* (2019-2020)

³⁷ Así, Google no es sólo un mero proveedor de un buscador digital. Ha crecido hasta ofrecer servicios como programación y gestión del tiempo, almacenamiento en la nube, mensajería instantánea, video chat, mapas y navegación, teléfonos inteligentes, etc. y también participa activamente en inteligencia artificial y salud. Meta. De su negocio principal, redes sociales y publicidad, se ha ido extendiendo a otros mercados como la inteligencia artificial, la computación en la nube, la realidad aumentada y el Internet de las cosas. Microsoft es hoy en día una empresa tecnológica global que ofrece, entre otros, sistemas operativos para PC, servidores y dispositivos móviles, aplicaciones de productividad entre dispositivos, otras soluciones de software, dispositivos de hardware, soluciones basadas en la nube y publicidad en línea. Amazon, por su parte, partiendo de un negocio inicial de comercio de libros, se ha ido integrando vertical y conglomeralmente. Ya no solo es el gran gigante del comercio electrónico, sino que sus actividades se han extendido a computación en la nube, centro de datos, videos en streaming, drones, etc. Vid. Y. LIM: “Tech Wars: Return of the Conglomerate...”, *cit.*, pp. 53 y ss.;

³⁸ Vid. R. KRAUSE: “The New Digital Conglomerates: Google, Facebook, Amazon... and Apple?”, *cit.* p. 1.

start up, que ofrece un producto o servicio novedoso, pagándose por ella un precio muy superior al que podría deducirse de su volumen de ingresos. Se trata de operaciones en las que el valor real de la empresa adquirida reside en el carácter innovador de los productos o servicios ofrecidos, la información o datos que controle, así como su presencia en el mercado en términos de número de usuarios de sus servicios³⁹.

54. Los grandes conglomerados han vuelto. No obstante, a pesar de alguna similitud inmediata, más bien pintoresca, como la importancia de la figura personal de sus directivos, existen importantes diferencias entre estos conglomerados y los de los años cincuenta⁴⁰, que no deben ser minusvaloradas en el diseño de una política antitrust. El conglomerado de la era digital es un animal diferente al conglomerado clásico.

55. La adquisición de empresas en diferentes mercados de productos o servicios es una búsqueda de diversificación. En los años cincuenta y sesenta, la estrategia empresarial que justificaba esa diversificación, sin perjuicio de la eventual consecución de sinergias, estaba motivada fundamentalmente, por la gestión de los riesgos, mediante su compartimentalización, adquiriéndose para ello empresas ya maduras en distintas líneas de productos y servicios.

56. La conglomeración observada en la era digital sigue siendo una estrategia de diversificación, pero con un propósito diferente. En el pasado, el objetivo principal de la diversificación era asignar capital para reducir la volatilidad y el riesgo para los accionistas.

57. En la era digital actual, la conglomeración parece perseguirse más por miedo al desplazamiento que por el carácter cíclico de los negocios, intentando evitar no tener en cuenta las novedades tecnológicas que vayan produciéndose. La estrategia detrás de la formación de los grandes conglomerados digitales es el control de la innovación.

58. La conglomeración también puede considerarse un mecanismo para ampliar la extensión y el alcance del compromiso de los clientes con la empresa, induciéndolos a interactuar continuamente con ella en todas las actividades diarias a través de una variedad de productos y servicios. Constituye una forma de capturar datos y abrir oportunidades para generar ventas o ingresos mientras se aprovechan los conocimientos obtenidos de los datos recopilados.

59. De hecho, a diferencia del conglomerado clásico, los conglomerados de la nueva era digital a menudo buscan sinergias con un negocio principal. Algo que parece un conglomerado puro en la superficie, podría ser mucho más coherente en el fondo.

2. Los efectos conglomerales en la práctica reciente

60. ¿Cuál ha sido la respuesta de las autoridades de competencia frente a estos grandes conglomerados digitales y frente a la oleada de concentraciones que ha conducido a su formación? Como primer dato de interés, es necesario resaltar qué de estas operaciones, solo un número muy escaso ha sido examinado por las autoridades de la competencia de las distintas jurisdicciones⁴¹ y hasta la fecha,

³⁹ Conjuntamente, los “Big 5”, término con el que se alude a las empresas comprendidas en el antiguo acrónimo GAFAM, han realizado más de 800 adquisiciones de empresas en la última década. En una estimación, y en base a los datos de dominio público, puede constatar que Alphabet ha adquirido al menos 249 empresas desde su fundación a final del siglo XX, Microsoft, 248, Apple 125; Facebook, 93 y Amazon 91. Vid. A.C.WITT: “Big Tech Acquisitions: The return of the conglomerate merger control?”, *Concurrences*, núm.3, 2020.

⁴⁰ Vid. Y. LIM: “Tech Wars: Return of the Conglomerate...”, cit., pp. 55 y ss.; G.F. DAVIS/K.A. DIEKMANN/C.H. TINSLEY: “The Decline and Fall of the Conglomerate Firm in the 1980s: The Deinstitutionalization of an Organizational Form”, cit., pp. 549 y ss.

⁴¹ En Europa la aplicación de las normas sobre concentraciones en mercados digitales plantea una serie de dificultades

ninguna ha sido objeto de prohibición. De hecho, la mayoría de estas operaciones ha sido autorizada en las fases iniciales del procedimiento sin condiciones. No obstante, pese a esta corriente favorable, sí cabe apreciar, especialmente en el marco europeo, que algunas de las preocupaciones detectadas en estas operaciones de crecimiento estructural y, frente a lo que había venido siendo la política tradicional, no se enfocan en los efectos horizontales o, incluso, verticales de las concentraciones, sino en los posibles efectos conglomerales.

A) Europa

61. La Comisión Europea, hasta la fecha, ha investigado 22 adquisiciones llevadas a cabo por las empresas incluidas en el antiguo acrónimo GAFAM: 3 por Meta⁴²; 5 por Google⁴³; 10 por Microsoft⁴⁴; 2 por Amazon⁴⁵ y, finalmente, 2 por Apple⁴⁶. No todas ellas han culminado en una decisión formal. Ninguna de estas operaciones ha sido objeto de prohibición. Sin embargo, en algunos de los casos investigados, la Comisión ha identificado diversos problemas para la competencia, y ha condicionado la autorización a la asunción de una serie de compromisos por parte de las empresas implicadas. En otros, las dudas expresadas por la Comisión respecto al potencial anticompetitivo de la operación proyectadas pueden haber sido la causa de la renuncia a llevarla a cabo⁴⁷.

62. Ha sido destacado por la doctrina, como pese al estándar permisivo en relación a las concentraciones no horizontales, que se deduce de la *Comunicación sobre concentraciones no horizontales*, ha sido precisamente, en relación a los posibles efectos verticales y, sobre todo, conglomerales de las

en la práctica, principalmente por lo que respecta a la propia posibilidad de activar el mecanismo de control. En este sentido, como ha sido indicado, en los mercados digitales son frecuentes las concentraciones por las que una gran empresa asentada en el mercado adquiere una empresa recién llegada o *start up*, que ofrece un producto o servicio novedoso, pagándose por ella un precio muy superior al que podría deducirse de su volumen de ingresos. El problema que se plantea en estos casos, en el ámbito europeo, es que los umbrales actuales de notificación –que activan el procedimiento de control– están estructurados en función del volumen de negocios de las empresas partícipes en la operación (es decir, asociado únicamente al nivel de facturación de las partes, así como algún vínculo con el territorio), por lo que estas operaciones podrían quedar fuera de los mismos, sin que pudiera entrarse a valorar su eventual incidencia competitiva. Es más, el mecanismo de remisión de operaciones sin dimensión comunitaria del artículo 22 resultaba poco operativo para resolver esas disfunciones porque su aplicación exigía que la concentración tuviera que ser notificada conforme a los umbrales nacionales (muchos de ellos también articulados en torno a la cifra de negocios, por lo tanto, igualmente inaplicables. No obstante, esta interpretación será cambiada en 2021, con la publicación de una nueva Comunicación orientada a incrementar el uso de este mecanismo para facilitar la detección de operaciones potencialmente anticompetitivas.

⁴² Decisión de la Comisión de 17 de mayo de 2017, Asunto M.8228, *Facebook/Whatsapp*; Decisión de la Comisión de 27 de enero de 2022, Asunto M.10262, *Meta/Kustomer*; Decisión de la Comisión de 3 de octubre de 2014, Asunto M.7217, *Facebook/Whatsapp*.

⁴³ Decisión de la Comisión de 11 de marzo de 2008, Asunto M.4731, *Google/DoubleClick*; Decisión de la Comisión de 28 de marzo de 2023, Asunto M.10796, *Google/Photomath*; Decisión de la Comisión de 13 de febrero de 2012, Asunto M.6381, *Google/Motorola Mobility*; Decisión de la Comisión de 17 de diciembre de 2020, Asunto M.9660, *Google/Fitbit*; Decisión de la Comisión de 23 de febrero de 2016, Asunto M.7813, *Sanofi/Google/DMI JV*.

⁴⁴ Decisión de la Comisión de 4 de diciembre de 2013, Asunto M.7047, *Microsoft/Nokia*; Decisión de la Comisión de 21 de diciembre de 2021, Asunto M.10290, *Microsoft/Nuance*; Decisión de la Comisión de 19 de octubre de 2018, Asunto M.8994, *Microsoft/Github*; Decisión de la Comisión de 5 de marzo de 2021, Asunto M.10001, *Microsoft/Zenimax*; Decisión de la Comisión de 6 de diciembre de 2016, Asunto M. 8124, *Microsoft/Linkedn*; Decisión de la Comisión de 7 de octubre de 2011, Asunto M.6281, *Microsoft/Skype*; Decisión de la Comisión de 15 de mayo de 2023, Asunto 10646, *Microsoft/Activision Blizzard*; Decisión de la Comisión de 10 de febrero de 2012, Asunto M.6474, *GE/Microsoft/JV*; Decisión de la Comisión de 18 de febrero de 2010, Asunto M.5727, *Microsoft/Yahoo/Search Business*; Decisión de la Comisión de 22 de septiembre de 2016, Asunto M.8109, *FIH Mobile/Feature Phone Business of Microsoft Mobile*.

⁴⁵ Decisión de la Comisión de 15 de marzo de 2022, Asunto M.10349, *Amazon/MGM*; Decisión de la Comisión de 29 de enero de 2024, Asunto M.10920, *Amazon/Irobot*.

⁴⁶ Decisión de la Comisión de 25 de julio de 2014, Asunto M.7290, *Apple/Beats*; Decisión de la Comisión de 6 de septiembre de 2018, Asunto M.8788, *Apple/Sazam*; Decisión de la Comisión de 1 de marzo de 2017, Asunto M.8352, *KRR/KSL/Apple Leisure Group*.

⁴⁷ Así, por ejemplo, en la mediática operación proyectada en el caso *Amazon/Irobot*, Decisión de la Comisión de 29 de enero de 2024, Asunto M.10920

operaciones proyectadas, por los que la Comisión ha decidido realizar una investigación más profunda. Es más, en dos de las tres decisiones condicionadas que se han producido, la Comisión ha utilizado teorías del daño propias de las concentraciones conglomerales: Microsoft/LinkedIn⁴⁸ y Google/Fitbit⁴⁹.

63. En el asunto MS/LinkedIn, a la Comisión le preocupaba que Microsoft pudiera aprovechar su fuerte posición en el mercado de los sistemas operativos para PC en el mercado de las redes sociales profesionales, ya sea preinstalando LinkedIn en Windows o integrando funciones de LinkedIn en Outlook u otros productos de Microsoft. La fusión fue autorizada condicionada a diversos remedios de conducta (básicamente no incurrir en las conductas de integración y preinstalación -unas formas de tying- que podrían dar lugar al cierre de mercados).

64. En el asunto *Google/Fitbit*, la Comisión consideró que Google tendría, tanto la capacidad como el incentivo económico, para aprovechar su posición dominante en el suministro de sistemas operativos sujetos a licencia para dispositivos móviles inteligentes en el mercado de dispositivos sanitarios portátiles de pulsera.

65. El razonamiento es el mismo en ambos casos: las partes que se fusionan tendrían la capacidad de incurrir en conductas excluyentes después de la fusión. Para evitar esta situación, se condiciona la aprobación de la operación a determinados remedios de conducta.

B) EE.UU.

66. La mayoría de las operaciones de concentración llevadas a cabo por los grandes operadores digitales, al igual que en Europa, no han sido objeto de análisis por parte de las autoridades de competencia. De hecho, hasta la fecha, solo un caso, la adquisición de ITA por Google, ha llegado a los tribunales siendo objeto de compromiso con la adopción de remedios de dudosa efectividad⁵⁰.

67. Por su parte, los casos examinados por las autoridades antitrust estadounidenses han sido cerrados, en muchas ocasiones, sin una decisión razonada desde una perspectiva sustantiva sobre los eventuales peligros para la competencia de las concentraciones proyectadas y las circunstancias que han conducido a descartar su concreción en el caso concreto⁵¹. Esto dificulta conocer las teorías del daño que han sido consideradas y si estas se centran, por tanto, en los efectos conglomerales, horizontales o verticales de la operación.

68. Por ejemplo, en relación con Google, se iniciaron investigaciones en cuatro operaciones de concentración. La ya aludida adquisición de ITA, y las adquisiciones de DoubleClick (2007); AdMob (2010) y Motorola Mobility (2012). En principio estos casos se centraron en las posibles implicaciones horizontales y verticales de las operaciones. Sin embargo, en Google/DoubleClick, la FTC sí menciona la posibilidad de que la entidad resultante de la operación pudiera extender (*leverage*) su posición de dominio a un nuevo mercado, no relacionado horizontal ni verticalmente, a través de prácticas de *bundling*. Un efecto propio de las operaciones conglomerales, por tanto. Las autoridades de competencia, no obstante, nunca utilizan esa denominación, que ha desaparecido del léxico antitrust desde la publicación de las Directrices no horizontales de 1984 que, recordemos, se limitaban a señalar los riesgos para la competencia de las operaciones de integración verticales.

⁴⁸ *Microsoft/LinkedIn*; Decisión de la Comisión de 7 de octubre de 2011, Asunto M.6281.

⁴⁹ En los últimos años, la Comisión ya ha examinado fusiones de conglomerados en los mercados digitales como Microsoft/Skype (cit.) e Intel/McAfee (cit.). El primero fue aprobado condicionalmente en la fase I y el segundo aprobado sin condiciones.

⁵⁰ *US v. Google Inc and ITA software*, Civil Case No. 1:11-cv-00688.

⁵¹ Este ha sido el caso, por ejemplo, de la polémica adquisición de Instagram por parte de Facebook, cuya investigación fue cerrada sin explicaciones por la FTC. Precisamente, ahora se observa un arrepentimiento por parte de la FTC que está intentando el examen retroactivo de la operación por la vía de la aplicación de la Sección 2 de la Sherman Act

69. Las nuevas Directrices de 2020, aprobadas durante la administración Trump conjuntamente por la FTC y el DOJ, no recuperan esta terminología, es más, de hecho la denominación Directrices sobre concentraciones no horizontales es sustituida por Directrices sobre concentraciones verticales, excluyendo, en principio, aún más si cabe la posible consideración de las concentraciones conglomerales.

70. Ahora bien, pese a que la terminología conglomeral ha sido efectivamente eliminada de la política antitrust, algunos autores sí creen ver su incorporación “espiritual” en las nuevas directrices, dada la amplitud con la que son definidas las concentraciones verticales, englobando operaciones estrictamente verticales, operaciones diagonales y operaciones de productos o servicios complementarios. Estas dos últimas se refieren a situaciones que en el pasado hubieran merecido la calificación de concentraciones conglomerales. La posibilidad además de que vuelvan a ser objeto de consideración en el control de concentraciones estadounidense algunos de los riesgos tradicionalmente asociados a las conglomerales aumenta, al hacerse referencia expresa ahora, como peligro, no solo a los posibles efectos inmediatos en los niveles de precios o producción, sino también a los efectos de exclusión.

71. En cualquier caso, y pese a la mayor apertura de estas directrices respecto a las de 1984, estas no consiguen reflejar el sentimiento actualmente existente sobre los objetivos del Derecho de la competencia. Estas dudas sobre su alcance se ponen de manifiesto por la voluntad de la FTC, capitaneada por Linda Khan, muy crítica con el estándar de apreciación del daño antitrust derivado de Chicago, de retirar la firma de la FTC de estas directrices a menos que sean objeto de reformas que reflejen una concepción más amplia del ilícito antitrust⁵².

IV. ¿Y el futuro...?

72. El poder de las grandes empresas digitales ha puesto de relieve los efectos de los conglomerados. Se recupera así una de las preocupaciones clásicas del Derecho antitrust, característica de otras etapas históricas en las que los criterios estructuralistas marcaban la conformación de la política antitrust y la lucha contra el poder económico privado constituía uno de sus objetivos.

73. Ahora bien, hasta el momento, esta llamada a la reconsideración de los posibles daños a la competencia derivados de operaciones conglomerales, ha tenido, como hemos tenido ocasión de examinar, una incidencia limitada en la práctica de autoridades de competencia y tribunales de justicia.

74. El debate, por el momento, se está moviendo en un plano más teórico, en el esbozo o aprobación de distintas modificaciones o propuestas normativas o de *softlaw*; en foros internacionales o en los análisis más recientes de doctrina jurídica y económica. A mi juicio, de este debate, pese a que aun sea incipiente o no esté suficientemente maduro, podemos extraer ya una serie de conclusiones y, sobre todo, puntos de reflexión.

75. En primer lugar, aunque se proyecté sobre mercados novedosos, el debate sobre la necesidad de control o no de las grandes empresas y, en este caso, de los conglomerados, no lo es. Como tampoco son nuevos los argumentos utilizados en cada una de las posiciones y los temores que las sustentan. Así, frente a los conglomerados se plantean cuestiones que trascienden al Derecho de la competencia -o al menos, al Derecho de la Competencia de las últimas décadas- y reflejan preocupaciones más amplias, como la importancia del control de la privacidad de los individuos, las desigualdades de renta, la obtención de superbeneficios, la posible captura del regulador, etc. El gigantismo empresarial y la concentración de mercados vuelven a generar desconfianza desde una perspectiva, no solo económica, sino también política, incrementada en este caso por el temor que desata la unión de ese poder con el cada vez mayor control datos o información personal.

⁵² Vid. A.C. WITT: “Who’s afraid of corporate mergers...”, *cit.*, pp. 25 y ss.

76. Centrándonos en el Derecho de la competencia, considero importante incidir en dos circunstancias o factores que deberían ser tomados en consideración para conformar la política antitrust en relación con las concentraciones conglomerales y, especialmente, con las realizadas en los mercados digitales.

77. En el momento actual, se está revisando la concepción del ilícito competitivo centrado solo en los resultados inmediatos de las conductas en los niveles de precios o producción en mercados definidos y desconectado de sus posibles efectos en la estructura de dichos mercados. La vuelta de los criterios estructurales es más llamativa en los EE.UU., donde el estándar de la restricción de la producción estaba bien asentado. En Europa es menos rompedora porque, con altibajos, se ha mantenido una visión de daño a la competencia más amplia o mediata, en un enfoque de carácter dinámico, más centrada en la protección del proceso competitivo en cuanto tal que en la obtención de un determinado resultado.

78. De acuerdo con este nuevo paradigma estructural, hay cabida de nuevo en el Derecho de la competencia para la consideración de los efectos conglomerales en el control de las concentraciones entre empresas, dado que el daño del que suelen ser acusadas estas operaciones es su potencial de cierre de mercados o foreclosure al facilitar la realización de prácticas excluyentes, como, entre otras, las prácticas de tying o bundling.

79. Sí parece existir consenso en la doctrina económica que, con independencia del estándar de valoración adoptado, las eficiencias asociadas a las concentraciones conglomerales pueden ser sustanciales y los daños muy dependientes de las características específicas de los mercados afectados.

80. Esta situación, en principio proclive o favorable a estas operaciones, ha de tomarse como punto de partida en el análisis de las concentraciones conglomerales en los mercados digitales, pero teniendo igualmente en consideración que, dadas las especiales características de estos, estas operaciones de reestructuración pueden ser más peligrosas, e inclinar la balanza de los efectos anti y procompetitivos. Se recomienda así una mayor alerta o cautela a la hora de concluir sobre la procompetitividad de una operación, reivindicándose la necesidad de ponderar sus efectos en función del grado de concentración de los mercados o de la presencia en los mismos de efectos de red que pueden incrementar su nocividad.

81. Junto a esta mayor peligrosidad, estos mercados presentan nuevos riesgos o peligros. Se ha tratado de ofrecer nuevas teorías del posible daño a la competencia de los conglomerados digitales. En realidad, en muchos casos, se trata de matizaciones o versiones de las teorías clásicas sobre efectos conglomerales especialmente las vinculadas al riesgo de exclusión a través del *bundling* o *tying*. Así, por ejemplo, la teoría del “envolvimiento” o *envelopment*, que se refiere a la capacidad de una plataforma con dominio en un mercado para ingresar a otro mercado de plataformas agrupando o vinculando los productos, imposibilitando que las plataformas competidoras en el segundo mercado puedan competir.

82. Muchas de las nuevas teorías del daño pueden vincularse a la configuración, ya aludida, de los conglomerados digitales como auténticos ecosistemas⁵³ y a las motivaciones que determinan su formación y que aconsejan revisar los parámetros e instrumentos clásicos de valoración de la anticompetitividad de las operaciones.

83. En este sentido, por ejemplo, hasta el momento, cuando la Comisión Europea ha analizado los efectos de diversas operaciones conglomerales (como en Microsoft/Linkedn o en Google/Fitbit)

⁵³ A esta preocupación parece responder realmente el temor (identificado en el documento de la OCDE) a que a través de estas operaciones se produzca una organización de productos en ecosistemas que den lugar a la creación de “one stop shopping” experiencia para los consumidores. El temor es que se creen barreras de entrada que requieran a las empresas la entrada simultánea en varios mercados o que conduzcan a la coordinación de conductas y a la relajación de la competencia en precios, incrementado la simetría y los contactos multimercado entre las empresas.

ha partido siempre del impacto de las conductas en mercados diferenciados y aislados. El problema que reviste esta apreciación de la incidencia de la operación en la competencia en diversos mercados de productos o servicios, es que, generalmente, al no ser mercados que se superponen, no se aprecian efectos anticompetitivos. Se ha señalado reiteradamente por la doctrina que la adecuada valoración de los efectos reales de las operaciones puede exigir la consideración de otras opciones en la delimitación del mercado relevante, como la presencia de un único mercado, o de mercados dependientes o múltiples. Como hemos visto, la Comisión se ha mostrado receptiva a estas teorías, incorporándolas en la reciente Comunicación sobre el mercado relevante. Veremos si son tenidas o no en cuenta en la práctica.

84. Finalmente, sí parece deducirse claramente del debate abierto y de las distintas propuestas doctrinales, la importancia tener especialmente presente para valorar la anticompetitividad de una operación de concentración en los mercados digitales, de los posibles daños a la innovación más que su impacto en los precios o la producción. Recordemos que una de las principales motivaciones en la adquisición de empresas operantes en mercados vecinos, interrelacionados o conexos es no perderse “la última novedad”.