



FACULTAD DE DERECHO

BIG DATA: COMERCIALIZACIÓN Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA

El salto a los mercados de competencia dinámica y la
privacidad como nueva moneda de cambio

Itziar Pastor Inchauspe
5º E3-C
Derecho Mercantil
Abel Veiga Copo

Madrid
Abril 2018

RESUMEN

El *big data* es el fenómeno de moda de muchas empresas con las que entramos en contacto todos los días. WhatsApp, Facebook, Google, Amazon son solo algunos de los muchos ejemplos. Estas empresas tienen el denominador común de ser clasificadas como empresas pertenecientes a los nuevos mercados económicos. En estos mercados de naturaleza bilateral, la competencia se caracteriza por ser dinámica. El cambio del modelo de competencia tradicional al modelo de competencia dinámica puede suponer problemas de análisis para las autoridades de la competencia y los jueces. El presente trabajo tiene por objeto analizar la viabilidad de las actuales herramientas que el Derecho de la Competencia tiene para controlar conductas anticompetitivas (especialmente las concentraciones empresariales y los abusos de posición dominante) y ante posibles deficiencias plantear soluciones.

Palabras clave: big data, nuevos mercados económicos, mercados bilaterales, competencia dinámica, derecho de la competencia.

ABSTRACT

Big data is the fashion phenomenon of many companies with which we come into contact every day. WhatsApp, Facebook, Google, Amazon are just some of the many examples. These companies have the common denominator of being classified as companies belonging to the new economic markets. In these two-sided markets, competition is characterized by being dynamic. The change from the traditional competition model to the dynamic competition model can present analysis problems for competition authorities and judges. The purpose of this paper is to analyze the feasibility of the current tools that Competition Law has to control anticompetitive behaviors and, if possible, to propose solutions.

Keywords: big data, new economy markets, two-sided markets, dynamic competition, antitrust law.

ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN	5
2.	EL BIG DATA Y SUS APLICACIONES.....	6
2.1.	Definición del big data y sus magnitudes	6
2.2.	Beneficio empresarial del big data	9
2.3.	Riesgos del big data: privacidad, apropiación y competencia	10
3.	DERECHO DE LA COMPETENCIA: DEFENSA DE LA COMPETENCIA	12
3.1.	Marco jurídico: TFUE y LDC	12
3.2.	Conductas prohibidas: conductas colusorias y abuso de la posición dominante 13	
3.2.1.	Conductas Colusorias	13
3.2.2.	Abuso de una posición dominante.....	16
3.3.	Abusos de exclusión destinados a reforzar una posición dominante.....	20
3.3.1.	Los Precios “predatorios”	20
3.3.2.	Acuerdos de “marca única”	22
3.3.3.	Descuentos.....	23
3.4.	Abusos de exclusión destinados a extender una posición dominante	24
3.4.1.	Precios predatorios	24
3.4.2.	Prácticas de vinculación o tying	25
3.4.3.	Negativa a contratar.....	27
3.4.4.	Estrechamiento de márgenes (margin squeeze).....	29
3.5.	Abusos de explotación.....	30
3.5.1.	Precios excesivos	30
3.5.2.	Condiciones no equitativas	30
3.5.3.	Discriminación entre clientes	30
4.	CONCENTRACIONES EMPRESARIALES	31
4.1.	Análisis sustantivo de las concentraciones horizontales	32
4.2.	Análisis sustantivo de las concentraciones verticales.....	34
5.	CONCENTRACIONES EMPRESARIALES IMPULSADAS POR EL BIG DATA	35
5.1.	TomTom/Tele Atlas	35
5.2.	Facebook/WhatsApp	37
5.2.1.	El mercado publicitario y los competidores	40
5.2.2.	Los consumidores	42
6.	ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE: CASO GOOGLE.....	44
6.1.	Definición del mercado relevante.....	44
6.2.	La posición dominante de Google en el mercado de la búsqueda general ..	45
6.2.1.	Conductores de la competencia en los mercados de internet	47

6.2.2.	La competencia en los mercados de motores de búsqueda	50
7.	LOS DATOS COMO PUNTO DE INTERSECCIÓN ENTRE LA PRIVACIDAD Y COMPETENCIA	53
7.1.	Los datos: la nueva moneda de cambio.	55
7.2.	La privacidad como parámetro de calidad.....	56
8.	CONCLUSIONES	59

LISTADO DE ABREVIATURAS

BOE. Boletín Oficial del Estado.

CE. Constitución Española.

CIMLP. Coste incremental medio a largo plazo.

CDFUE. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

CNMC. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

EEE. Espacio Económico Europeo.

LDC. Ley de Defensa de la Competencia.

OECD. The Organisation for Economic Cooperation and Development.

RCC. Reglamento Comunitario de Concentraciones

RDC. Reglamento de Defensa de la Competencia

TCE. Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas.

TFUE. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

TJCE. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

TPI. Tribunal Penal Internacional.

UE. Unión Europea.

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto analizar el fenómeno del *big data* y su cabida en el Derecho de la Competencia. Ante la revolución de Internet y la llegada de nuevos modelos de negocio y mercados dinámicos, es necesario que las autoridades de la competencia se replanteen su forma tradicional de abordar el análisis de la competencia.

Para ello, siguiendo la técnica del trabajo teórico de investigación, se llevará a cabo un análisis de las tendencias seguidas por la Comisión Europea y los tribunales de la UE, a la hora de evaluar concentraciones empresariales y abusos de la posición dominante de diferentes empresas. Los casos de análisis han sido seleccionados por tratarse de empresas que emplean el *big data* como vía para alcanzar una ventaja competitiva en el mercado. De esta forma, se pretende, poner en relación el papel que el *big data* ejerce en la competitividad de las empresas y cómo esto interacciona con la privacidad de los consumidores.

La estructura del trabajo es la siguiente: en primer lugar, se procederá a analizar el fenómeno del *big data* como herramienta empleada por las empresas para alcanzar una ventaja competitiva. En segundo lugar, se llevará a cabo una revisión del marco teórico del Derecho de la Competencia a nivel Comunitario. Posteriormente, se procederá a analizar algunas de las decisiones de la Comisión Europea en relación con concentraciones empresariales y abuso de la posición dominante de empresas propias del sector tecnológico y de internet; así como su jurisprudencia asociada. El objetivo será analizar si las herramientas tradicionales de análisis de los mercados tradicionales, resultan adecuadas para proceder a un análisis de mercados dinámicos (caracterizados entre otras cosas por los efectos directos de red y la concentración empresarial). Finalmente, se pone de relieve la necesidad de que las autoridades de la Competencia y los legisladores Comunitarios reconozcan que la normativa de Competencia y de Privacidad debe tener un punto de encuentro en los nuevos mercados tecnológicos basados en el uso del *big data*.

2. EL BIG DATA Y SUS APLICACIONES

2.1. Definición del big data y sus magnitudes

En la actualidad, por datos, se entiende una descripción de algo que permite ser registrado, analizado y reorganizado. Hoy en día, no existe una rigurosa definición de lo que se conoce como datos masivos (*big data*). Se suele asociar a la idea de tratamiento de grandes cantidades de información con el objeto de extraer nuevas percepciones o crear nuevas formas de valor, de tal forma que se transforman los mercados, las organizaciones, las relaciones entre los ciudadanos y los gobiernos¹.

La acumulación de enormes cantidades de datos ha generado que actualmente, la sociedad se encuentra en un punto de sobre saturación de datos y de crecimiento vertiginoso de los mismos. El cambio de escala (cambio cuantitativo) ha conducido a un cambio de estado (cambio cualitativo)². Hoy en día, el concepto de datos masivos está trasladándose hacia todas las áreas de la actividad humana: más del 98% de toda nuestra información es digital³ y el 90% de los datos guardados en la actualidad, han sido creados en los dos últimos años⁴.

Doug Laney, analista de *Meta Group* (hoy conocido como Garner Inc.) , acuñó lo que la mayoría de los profesionales de las nuevas tecnologías definen como las tres dimensiones del *big data*: volumen, velocidad y variedad (3Vs)⁵. A partir de estas dimensiones básicas se han ido añadiendo otras notas características del *big data* como la veracidad o el valor de los datos.

El volumen hace referencia a las grandes cantidades de datos como elemento definitorio de los datos masivos. El volumen de datos disponibles se disparó especialmente con la llegada del comercio electrónico, al hacer posible recopilar datos del público y de los

¹ Cukier, K., Mayer-schoenberger, V. *Big Data. La Revolución de los datos masivos*. Trad. Iriarte A. Turner Publicaciones S.L, Madrid, 2013. p. 7.

² *Ibidem*. p. 10

³ Cukier, K., Mayer-schoenberger, V. "The Rise of Big data. How It's Changing the Way We Think About the World". *Foreign Affairs* Vol. 92, nº, 2013. p. 34.

⁴ Puyol Moreno J. "Una aproximación al Big Data", revista de Derecho UNED, nº 14, 2014. p.3

⁵ Laney D., "3D Data Management: Controlling Data Volume, Velocity, and Variety". Publicaciones Meta Group, 6 de febrero 2001. p 4

clientes. El *big data* no se refiere a una cantidad concreta de datos, normalmente se utiliza en términos de *petabytes* o *exabytes*. The Boston Consulting Group ha estimado que cada día en el mundo se generan más de 2.5 *exabytes* de datos⁶, lo que equivale a 1.000.000 de *terabytes*⁷. En términos de *bytes*⁸, la equivalencia sería la siguiente:

$$\text{Gigabyte} = 10^9 = 1,000,000,000$$

$$\text{Terabyte} = 10^{12} = 1,000,000,000,000$$

$$\text{Petabyte} = 10^{15} = 1,000,000,000,000,000$$

$$\text{Exabyte} = 10^{18} = 1,000,000,000,000,000,000$$

Se observa de este modo, que el término *big data*, hace referencia al procesamiento de enormes cantidades de datos. Esta característica hace que esta cantidad de información, no pueda ser procesada según los sistemas tradicionales de gestión de datos, dando lugar a nuevas tecnologías de procesamiento.

Otra magnitud del *big data*, es **la variedad** de información. Los información que conforma el *big data* comprende no solo datos en sentido tradicional (datos-texto) o estructurados, sino que; las nuevas tecnologías permiten decodificar datos no-texto o no estructurados, como fotografías, ficheros de audio, la localización (vía satélite), grupos de amistades, gustos y preferencias (por medio de las redes sociales y los *likes*), información de las tarjetas de crédito (transacciones bancarias), visitas a páginas web e incluso información del cuerpo humano (sistemas de identificación biométricos o la tecnología *wearable*). Este tratamiento de la información se logra gracias a lo que se conoce como datificación⁹ (*datafication*) y se desarrolla por medio de algoritmos. “Datificar” un fenómeno consiste en plasmarlo en una medio que permita su cuantificación para que pueda ser posteriormente analizado¹⁰. En otras palabras, la información recogida y procesada procede tanto de fuentes estructuradas como no

⁶ The Boston Consulting group (BCG). “To get started with big data. BCG Perspectives” (2013), citado por Information Commissioner’s Office (ICO, autoridad de protección de datos de Reino Unido), “Big Data and Data Protection” (2014).

⁷ Barranco Fragoso R. “¿Qué es el Big Data?. Todos formamos parte de ese gran crecimiento de datos. IBM Software México. 18 de junio de 2012.

⁸ El término bytes, hace referencia a la unidad más pequeña de información con significado.

⁹ Cukier, K., Mayer-schoenberger, V *Cit.* p 16.

¹⁰ *Ibidem*.

estructuradas. Gracias a la variedad de datos, las empresas alcanzan una enorme ventaja competitiva, pues utilizando la tecnología adecuada se pueden construir modelos que, en base a estos datos, creen soluciones a situaciones complejas.

A pesar de que los datos a los que alude el *big data* son variados, el análisis de este trabajo se centrará en los **datos de carácter personal**; es decir, aquellos relacionados con un sujeto identificado o susceptible de identificación. La OECD ofrece una lista de datos de carácter personal:

- Datos generados por el usuario: blogs, comentarios, fotos y videos, etc.
- Datos de actividad o de comportamiento, incluidos los datos de búsqueda de los usuarios, construcciones online, pagos online...
- Datos sociales: contactos y amigos de las redes sociales
- Datos de localización: direcciones residenciales, GPS, geo-localización, etc.
- Datos demográficos: datos de edad, género, raza, ingresos, preferencias sexuales, afiliación política, etc.
- Datos identificativos de naturaleza oficial: nombre, información financiera, números de cuenta, información de salud, informes públicos, etc.¹¹

En relación con el tratamiento de datos de carácter personal, las plataformas de redes sociales como Facebook buscan datificar las relaciones personales. Se puede afirmar que las próximas fronteras de la datificación son cada vez más personales y por lo tanto ponen en tela de juicio asuntos relacionados con la privacidad de los usuarios. Actualmente, se busca no solo datificar las relaciones personales sino también las experiencias y estados de ánimo. En líneas generales: Facebook fue el pionero en datificar las relaciones; Twitter permitió la datificación de los sentimientos, al crear una forma fácil de que la gente anotase y compartiese sus pensamientos inconexos; y LinkedIn datificó nuestras experiencias profesionales¹².

La tercer magnitud tradicional del *big data* es **la velocidad**. Esto es, la necesidad de desarrollar una tecnología adecuada que logre procesar esta información a un ritmo mayor

¹¹ OECD, “Exploring the Economics of Personal Data: A survey of Methodologies for Measuring Monetary Value”; OECD Digital Economy Paper No 220, 2013. p.7.

¹² Cukier K. y Mayer-Schöenberger V. *Cit.* p. 17

o igual al que se genera. El objetivo sería poder llevar a cabo un análisis en tiempo real de esa información para poder predecir comportamientos o tendencias.

A las 3Vs del *big data* tradicionales se han ido añadiendo otras, por ejemplo **la veracidad** de datos. La veracidad hace referencia al nivel de fiabilidad de los datos; ya que algunos datos son inciertos por naturaleza (los sensores GPB que rebotan entre los rascacielos, las condiciones climáticas, factores económicos...). Para gestionar la incertidumbre, los analistas deben crear un contexto entorno a los datos¹³.

Existe una cuarta magnitud del Big Data; **el valor**. El volumen y variedad de datos recolectados y la velocidad de procesamiento incrementa el valor del *big data*. El *big data* en sí mismo solo tiene valor si las empresas son capaces de analizar rápidamente los datos y utilizarlos adecuadamente para fines concretos por ejemplo, para reducir el riesgo, anticipar la demanda o mejorar un servicio. En este sentido, la Inteligencia Artificial y los algoritmos juegan un papel fundamental para alcanzarlo.

2.2. Beneficio empresarial del big data

Tradicionalmente, las autoridades públicas eran las principales recolectoras de datos de carácter personal derivado en parte del desempeño de sus obligaciones legales (por ejemplo; registro de propiedades, patentes y marcas, información corporativa, etc.). Hoy en día, empresas como Google, Amazon o Facebook se coronan como las reinas de la recolección de grandes cantidades de datos de carácter personal¹⁴. Este tipo de entidades, se han dado cuenta de los beneficios que genera la recolección de datos de sus clientes. Por ejemplo, mediante el uso de los datos de los usuarios, se logra optimizar el impacto de los anuncios en línea, logrando mediante la aplicación de complejos algoritmos que identifiquen a compradores potenciales. Las empresas utilizan los datos de sus consumidores para crear perfiles y modelos predictivos que permitan categorizar, identificar y predecir el comportamiento de posibles clientes o usuarios¹⁵.

¹³ Schroeck M.; Shockley R.; Smart J. Romero-Morales D. y Tufano P., “Analytics: el uso del Big Data en el mundo real: cómo las empresas más innovadoras extraen valor de datos inciertos”. IBM Institute for Business Value y Saïd business School (University of Oxford). p. 5

¹⁴ Lundqvist B. “Standarization for the Digital Economy; the issue of Interoperability and Access under Competition Law”. The Antitrust Bulletin 2017, Vol. 62(4) 710-725. p.4

¹⁵ Ibídem.p.7

Pero las empresas no solo utilizan los datos de sus usuarios para mejorar sus servicios sino que otras incluso comercializan con dichos datos o desarrollan softwares que faciliten el tratamiento de los mismos. Según la Comisión Europea, solo en el 2014, los flujos de datos generaron 2.3 trillones de euros de valor económico, superando el valor global del comercio de productos¹⁶.

Ya que el valor del *big data* depende del volumen, variedad y velocidad de obtención y procesamiento, las empresas se centrarán cada vez más en obtener oportunidades a este respecto mediante fusiones o concentraciones empresariales entre empresas que disponen de dichos datos y empresas que requieren de esos datos para mejorar sus servicios o productos.¹⁷ Según estudios, las fusiones para obtener ventaja competitiva de Big Data se duplicaron entre el 2008 y el 2013; pasaron de 55 a 134¹⁸. Según un informe de *McKinsey Global Institute*, el *big data* se volverá la clave de la competencia empresarial y el crecimiento¹⁹.

2.3. Riesgos del big data: privacidad, apropiación y competencia

Debido a la gran cantidad de información de carácter personal que se utiliza y dada su aplicación empresarial, no es de extrañar que surjan una serie de interrogantes en relación a la legalidad del tratamiento dicha información de carácter inicialmente privada. En concreto, los principales aspectos legales en relación con el *big data* versan sobre (i) **materias de privacidad y protección de datos de carácter personal** y (iii) **derecho de la competencia**.

(i) La privacidad del uso de datos de carácter personal es un tema de especial importancia para el consumidor, por ejemplo; informes médicos y registros financieros son usualmente utilizados para por la industria sanitaria y financiera para desarrollar tratamientos médicos más adecuados u ofrecer productos financieros innovadores. Un ejemplo de aplicación del *big data* en el ámbito financiero es el diseño de valoraciones crediticias llevadas a cabo por entidades financieras gracias a datos de Facebook. En el

¹⁶ *Ibíd.* p.8

¹⁷ OECD (2013). *Cit.* p.7

¹⁸ European Data Protection Supervisor, “Report of Workshop on Privacy, Consumers, Competition and Big Data,” Julio 2014, p. 1.

¹⁹ McKinsey Global Institute. “Big Data: the next frontier for innovation, competition and productivity”. Mayo 2011, p 5.

año 2012 Facebook tenía alrededor de mil millones de usuarios, interconectados mediante cien mil millones de amistades. A partir de los datos de los usuarios se pudo construir una gráfica social, la cual representa más del 10% de la población total del mundo y gracias a ella establecer valoraciones crediticias²⁰. En este contexto, el debate entre la utilidad y la privacidad ocupa un papel central.

(iii) Con respecto al derecho de la competencia, cuestiones como qué constituye un “uso justo” de estos datos deben ser resueltas²¹. Economistas y abogados sugieren que el uso de *big data* permite crear un modelo predictivo que hace a las empresas obtener un gran poder de mercado²². A su vez, el poder de mercado obtenido por la posesión de gran cantidad de datos puede crear barreras de entrada para nuevos competidores. La información recopilada de los usuarios mejora el servicio ofrecido, lo que a su vez genera más usuarios.

Estas preocupaciones legales deben ser resueltas por la legislación nacional y comunitaria pues el *big data* es el presente y su uso se incrementará en el futuro; el *big data* parece que ha llegado para quedarse y el derecho debe dar una respuesta a esta nueva realidad social: la tecnología avanza mucho más rápido que las leyes, el cambio legislativo debe tomar ya forma porque la tecnología ya existe.

²⁰ Mayer- Schönberger y Kenneth Cukier, Cit. p. 6

²¹ Lundqvist B. Cit. p. 4.

²² Ibídem p.5

3. DERECHO DE LA COMPETENCIA: DEFENSA DE LA COMPETENCIA

El derecho de la competencia es una disciplina que se enmarca dentro del derecho mercantil y se encarga de establecer prohibiciones relacionadas con conductas empresariales frente a competidores. El objetivo es mantener un equilibrio en el mercado conjugando la libertad de empresa, la libre competencia, el interés colectivo de los consumidores y el interés público²³.

El Art. 38 CE reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado²⁴. La libre competencia es el eje sobre el que gira la economía de mercado y tiene como presupuesto la libre iniciativa económica de los particulares²⁵. La libre competencia es además un valor deseable en sí mismo ya que, gracias a ella, se fomenta la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores. Las normas de defensa de la competencia buscan asegurar la existencia de una competencia efectiva en el mercado. De esta forma se busca proteger el interés general de los ciudadanos. Será el Estado, el que se encargue de la represión de las prácticas que tiendan a socavar dicha competencia²⁶.

3.1. Marco jurídico: TFUE y LDC

La regulación de la defensa de la competencia aplicable en España se compone de dos bloques. La normativa de la Unión Europea (Tratado de Funcionamiento de la UE) y la regulación nacional o interna (Ley 15/2007, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia o LDC).

Las relaciones entre ambos bloques obedecen al siguiente principio: para que se aplique el Derecho de la UE es necesario que resulte afectado el mercado común, es decir, “los intercambios comerciales entre los Estados miembros”²⁷. Si el mercado afectado fuera únicamente el de un Estado miembro, el Derecho de la competencia que resultaría

²³ Wolters Kluwer Legal. Guías jurídicas. “Defensa de la competencia: Concepto y Normativa aplicable”.

²⁴ Artículo 38 de la Constitución Española, de 29 de diciembre de 1978, Boletín Oficial del Estado núm. 31.

²⁵ Wolters Kluwer Legal. *Cit*

²⁶ Fundamentos de Derecho Empresarial, Empresa, empresario y mercado, Vol I, Thomson Reuters Civitas, 2012. 2ª ed., [VEIGA COPO (Coord.)].

²⁷ Art. 101 y Art. 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DOUE 12 de junio de 1985)

aplicable sería el de dicho Estado. El concepto de “afectación” ha sido interpretado de forma amplia, llegando a que en determinadas circunstancias algunas prácticas que se produzcan dentro de un Estado pueden llegar a ser susceptibles de afectar al mercado común²⁸. Además, no se exige que el acuerdo de concentración económica haya sido adoptado en el interior de la UE o del Estado miembro, ni tampoco que las empresas involucradas sean nacionales de la UE o de dicho país, bastando con que los efectos se produzcan en el interior de la UE o del Estado miembro de que se trate²⁹.

3.2. Conductas prohibidas: conductas colusorias y abuso de la posición dominante

La base del Derecho de Defensa de la Competencia se articula entorno a los Art. 101 y 102 TFUE. En el texto indicado se hace referencia a una serie de “conductas prohibidas”: las conductas colusorias y el abuso de la posición dominante. Las primeras prácticas quedan prohibidas porque mediante una serie de acuerdos los empresarios se coordinan entre sí para restringir la competencia o para no competir. En el segundo caso, las empresas adoptan prácticas abusivas que dificultan o impiden la competencia. Como se ha visto anteriormente, la competencia es necesaria para la economía de mercado y por lo tanto, las prácticas antes mencionadas deben ser prohibidas y sancionadas.

3.2.1. *Conductas Colusorias*

Se prohíbe llevar a cabo acuerdos entre empresas (en sentido amplio: contratos o partes de un contrato) cuyo objeto sea impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común o nacional (Art. 101.1 TFUE y Art. 1.1 LDC). Los requisitos para que se trate de un acuerdo prohibido son los siguientes:

1º) En primer lugar debe ser un **verdadero acuerdo de voluntades** entre empresas: el acuerdo puede revestir cualquier forma y puede ser vinculante o no. Las empresas no necesariamente tienen que ser competidoras; se habla de “acuerdos verticales” para hacer referencia a los acuerdos celebrados entre empresas situadas en escalones distintos de la

²⁸ Decisión de la Comisión del 9 de diciembre de 1971, caso Continental Can y Sentencia del TJCE de 31 de mayo de 1979, caso Hugin.

²⁹ Sentencia del TJCE, de 27 de septiembre de 1988, en el asunto C-89/85, caso Pasta de la madera.

cadena de producción (por ejemplo, fabricante que impone el precio de venta a su distribuidos o que le exige que distribuya sus productos en exclusiva) y de “acuerdos horizontales” celebrados entre empresas situadas en el mismo escalón de la cadena de producción o comercialización³⁰ (por ejemplo, competidores fabricantes de productos que fijan precios). Dada la dificultad de demostrar el elemento de la voluntad, en la norma se introduce la presunción de que en las prácticas colusorias existe un acuerdo tácito ya que el comportamiento seguido en el mercado no se podría explicar de otro modo atendida su estructura³¹.

2º) Las prácticas deben tener como **objeto, producir o poder producir** el efecto de **impedir, restringir o falsear la competencia**. El Art. 101 TFUE (y Art. 1.1 LDC) incluye un listado de prácticas que se incluirían en esta categoría: la fijación directa o indirecta de los precios u otras condiciones contractuales, la limitación del control de la producción, el mercado o el desarrollo técnico, el reparto del mercado o de las fuentes de abastecimiento, la aplicación a terceros contratantes, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que les generen una desventaja competitiva, la celebración de contratos vinculados (*tying agreements*³²).

Las consecuencias para estas actuaciones son la nulidad de pleno derecho de dichos acuerdos, sin perjuicio de las sanciones que puedan imponer las autoridades de defensa de la competencia (Art. 101 TFUE y 1.2 LDC)

De lo anteriormente expuesto parece que muchas actuaciones estarían prohibidas por el solo hecho de ser potencialmente peligrosas para la competencia, no obstante, existen (a) **conductas de menor importancia** y (b) **conductas declaradas exentas**.

(a) **Las conductas de menor importancia**. Las prohibiciones mencionadas no se aplican a los acuerdos de menor importancia (con una escasa magnitud económica) ya que se

³⁰ Broseta Pont M. y Martínez Sanz F. Manual de Derecho Mercantil, Vigésima cuarta edición, Volumen 1. Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A), 2017, p.172.

³¹ *Ibídem*.

³² Subordinación a la celebración de un contrato a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guarden relación alguna con el objeto de dicho contrato

considera que no restringen la competencia de forma sensible³³. Se trata de aquellos acuerdos cuya cuota conjunta de mercado no supera el 10% en el caso de acuerdos horizontales o del 15% en el caso de acuerdos verticales. Existen a su vez ciertas **conductas excluidas del grupo de conductas de menor importancia**; para acuerdos entre empresas competidoras, aquellas que tengan por objeto; (i) la fijación de precios de venta, (ii) la limitación de la producción de las ventas o (iii) el reparto del mercado. Para empresas no competidoras aquellas conductas que busquen (i) el establecimiento de un precio de reventa fijo o mínimo al que haya de ajustarse el comprador, (ii) la restricción de las ventas activas o pasivas a los usuarios finales por parte de los miembros de una red de distribución selectiva o (iii) el establecimiento de cláusulas de no competencia cuya duración exceda de cinco años³⁴.

(b) **Conductas prohibidas declaradas exentas**. Estas conductas están exentas porque pueden producir otros efectos más beneficiosos o por razones de interés público. Se deben cumplir cuatro requisitos:

1. Que esas prácticas contribuyan a mejorar la producción o distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico.
2. Que reserven simultáneamente a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante (por ejemplo, una rebaja en el precio).
3. Que el acuerdo no imponga a las empresas más restricciones que las indispensables para el logro de los objetivos anteriores.
4. Que no se permita a las empresas eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate (necesidad de que existan alternativas suficientes para los consumidores)³⁵

³³ Comunicación de la Comisión sobre acuerdos de menor importancia de 2014; DOUE C 291, de 30 de agosto de 2014

³⁴ Art. 1 y 2 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (BOE: BOE núm. 50 de 27 de Febrero de 2008).

³⁵ Art. 101.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DOUE 12 de junio de 1985)

3.2.2. *Abuso de una posición dominante*

Estas conductas aparecen reguladas en el Art. 102 TFUE y Art. 2 LDC. Se exige como requisito que la explotación abusiva por parte de una empresa, de su posición dominante en el mercado, afecte al comercio entre los Estados miembros. No se prohíbe que una empresa ostente una posición de dominio en el mercado; tampoco los monopolios legales. Lo que se prohíbe es el abuso propiciado por esa situación³⁶. Por lo tanto, los requisitos para que se de una situación de abuso de la posición dominante son: (1) que **exista una posición dominante** y (2) que se **abuse de dicha posición**.

(1) **Que exista una posición dominante.** Se debe dar una situación de dominio unilateral o conjunta en todo o parte del mercado común o nacional. Resulta irrelevante que exista o no un acuerdo de voluntades. La clave reside en diferenciar una posición de dominio de una situación de supremacía frente a los competidores³⁷. Se considera que existe posición de dominio cuando la empresa o conjunto de empresas puede actuar de manera autónoma en un mercado sin tener en cuenta a sus competidores, proveedores o clientes³⁸.

La situación de dominio se predica respecto de un sector de productos y un área geográfica concreta. Resulta decisivo determinar el **mercado geográfico relevante**. El concepto de posición dominante solo tiene sentido con respecto a un mercado concreto³⁹. El mercado relevante incluye la totalidad de productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos⁴⁰. El mercado geográfico relevante comprende el área en la que las condiciones de competencia resultan ser suficientemente homogéneas y pueden distinguirse de las áreas geográficas más próximas debido, a que las condiciones en esa área son sensiblemente diferentes⁴¹.

³⁶ Van Loon, S. The Power of Google: First Mover Advantage or Abuse of a Dominant Position?. En Google and the Law. TMC Asser Press, 2012. p. 11.

³⁷ Broseta Pont, M. y Martínez Sanz, F. Cit. P. 177

³⁸ Sentencia del TJCE, de 21 de febrero de 1973, en el asunto 6/72, Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc. c Comisión Europea.; Sentencia del TJCE de 9 de noviembre de 1983, caso Michelin.

³⁹ Van Loon, S. Cit p. 11.

⁴⁰ Comunicación de la Comisión del 9 de diciembre de 1997 sobre definición del mercado de referencia, recogiendo doctrina consolidada del Tribunal de Justicia, entre otras en la STJCE del 14 de febrero de 1978, caso United Brands,

⁴¹ Comunicación de la Comisión del 9 de diciembre de 1997.

A la hora de definir el mercado relevante, el factor más importante es la sustituibilidad de la demanda: ¿qué productos o servicios considera el consumidor sustitutos?⁴². Para responder a esta pregunta y definir el mercado relevante se emplea el llamado *SSNIP test* (*small but significant non transitory increase in price*), el cual se basa en identificar aquellos productos que el consumidor estima intercambiables⁴³. El *test* parte de analizar la reacción hipotética de los consumidores ante un pequeño y no transitorio incremento de los precios (entre el 5 y el 10 por 100) respecto a un producto o servicio⁴⁴. Si unos productos son sustitutivos unos de otros, significa que ambas empresas compiten por un mismo mercado. En el contexto de las nuevas tecnologías, comienza a cuestionarse si el SSNIP test es el método de medida más adecuado, especialmente en mercados de mensajería instantánea, en los que se ofrecen servicios a un precio cero (por ejemplo, Facebook o Twitter). Identificar el mercado relevante con respecto a productos y servicios que son nuevos o se encuentran en constante cambio derivado del rápido desarrollo de las nuevas tecnologías, no es tarea fácil y estas dificultades comienzan a ser reconocidas por la Unión Europea⁴⁵. Los productos y servicios ofrecidos en los nuevos mercados tecnológicos son complejos y hacen que, productos que en principio sean sustituibles entre sí parezca que no lo son, especialmente en relación con el precio. La consecuencia es que el mercado hará que parezca ser más estrecho de lo que realmente es⁴⁶.

El Tribunal de Justicia ha definido una posición dominante, en el sentido del Art. 102 TFUE, como una posición de fortaleza económica de la que una empresa disfruta, y le permite evitar que se mantenga una competencia efectiva en el mercado relevante, al poder comportarse de manera independiente a sus competidores, clientes e incluso, consumidores⁴⁷. Tal posición de fortaleza económica puede aparecer a partir de diversos factores como; altas cuotas de mercado, barreras de entrada y economías de escala⁴⁸.

⁴² Van Loon, S. Cit p. 11.

⁴³ Ortiz Blanco, L., Maíllo González-Orús, J., Ibáñez Colomo, P., y Lamadrid de Pablo, A. (2008). *Manual de Derecho de la Competencia*. Tecnos. P. 10

⁴⁴ *Ibíd.* p.11

⁴⁵ OECD: "The Digital Economy", DAF/COMP(2012)22 y "Merger Review in Emerging High Innovation Markets", DAF/COMP(2002)20

⁴⁶ Van Loon, S. Cit. p. 14.

⁴⁷ Sentencia TJCE, de 14 de febrero de 1978, en el asunto 27/76, United Brands Company.

⁴⁸ Van Loon, S. *Cit.*, p12.

De esta definición, destacan dos elementos: **la independencia de comportamiento** con respecto a los competidores y **la capacidad de eliminar a la competencia efectiva**. Estos dos elementos guardan una cierta relación con una situación monopolística. No obstante, tal y como se reconoce en la Sentencia Hoffmann-La Roche, no es necesario que una empresa se encuentre en una posición de monopolio para que el Art. 102 TFUE (entonces 82 TCE) encuentre su aplicación⁴⁹.

En esta misma sentencia, se reconoce que la existencia de elevadas cuotas de mercado resulta altamente relevante a la hora de determinar la existencia de una posición dominante. Cuotas extremadamente elevadas constituyen en sí mismo, y salvo circunstancias excepcionales, la prueba de la existencia de una posición dominante. En el asunto, el TJCE señaló que cuotas de mercado que alcancen o superen el 80 por 100 constituyen prueba de posición dominante. En la Sentencia Akzo III, el TJCE establece que cuando una cuota de mercado supere el 50 por 100, salvo en circunstancias excepcionales, existe una presunción de la existencia de una posición dominante en el mercado⁵⁰. Ante cuotas inferiores al 50 por 100, no se descarta automáticamente la existencia de una posición dominante, para demostrarlo se debe tener en cuenta otros factores más allá de la cuota de mercado, como el número y la importancia relativa de las empresas competidoras, así como la existencia de barreras que imposibiliten o dificulten nuevas entradas de competidores⁵¹.

Las cuotas de mercado constituyen un instrumento para determinar la posición dominante. Solo las cuotas de mercado estables y relativamente duraderas resultan relevantes para el examen de la existencia de una posición dominante⁵². En el caso Hoffmann-La Roche, se pone de relieve que la calificación de una cuota como duradera, puede depender de las propias características del mercado: lo que en un mercado resulta duradero en otro puede no serlo. En el contexto de las nuevas tecnologías propias del *big data*, las altas cuotas de mercado no son necesariamente indicativas de un poder de

⁴⁹ Sentencia del TJCE, de 13 de febrero de 1979, en el asunto 85/76, Hoffmann-La Roche & Co.

⁵⁰ Sentencia TJCE, de 3 de julio de 1991, en el asunto C-62/86, AKZO Chemie BV c. Comisión

⁵¹ Sentencia TJCE caso United Brands. Cit.

⁵² Ortiz Blanco, L (2008). Cit., p. 130.

mercado, debido a los ciclos cortos de innovación y al contexto dinámico de las nuevas tecnologías⁵³.

(2) **Que se abuse de dicha posición.** El abuso puede consistir en alguna de las conductas enumeradas en el Art. 102 TFUE o 2 LDC; (a) imposición de precios de compra, venta u otras condiciones de transacción no equitativas, (b) limitación de la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores, (c) aplicación a terceros contratantes de condiciones desiguales o (d) la celebración de contratos vinculados (*tying agreements*). La práctica decisoria de la Comisión Europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, han determinado que este listado debe considerarse como *numerus apertus*⁵⁴.

En la Sentencia Continental Can, el Tribunal de Justicia consideró que el hecho de que una empresa refuerce su posición dominante en el mercado hasta comprometer gravemente la libertad de comportamiento del consumidor, constituye un abuso incluso fuera de toda culpa, sean cuales sean los medios o procedimientos empleados⁵⁵. Según el Tribunal de Justicia, solo aquellos comportamientos que se desvíen de la “competencia normal” (*competition on merits*) están prohibidos. Si una empresa con posición dominante pretende eliminar a sus competidores, su comportamiento será considerado abusivo incluso cuando la empresa haya perdido cuota de mercado durante el periodo en el que el comportamiento se lleva a cabo⁵⁶.

A nivel general, se distinguen dos clases de abusos; los **abusos de exclusión** (los cuales buscan impedir la entrada o eliminar la competencia de un mercado en el que se ostenta la posición de dominio) y los **abusos de explotación** (es el que deriva directamente de la posición dominante de la empresa, la empresa mediante su actuación puede penalizar a los clientes o consumidores mediante precios excesivos o prácticas discriminatorias).

⁵³Sentencia del Tribunal General, de 11 de diciembre de 2013. Cisco Systems, Inc. y Messagenet SpA c. Comisión Europea.

⁵⁴ Ortiz Blanco, L (2008). *Cit* p. 157.

⁵⁵ Sentencia del TJCE, de 21 de febrero de 1973, en el asunto 6/72, Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc. c Comisión Europea. p. 215.

⁵⁶ Sentencia del TPI, de 30 de septiembre de 2003, en el asunto T-203/01, Mnuufacture Française Des Pneumatiques Michelin c. Comisión (Michelin II). p. II-4071.

El TFUE no contiene un mecanismo de exención para un comportamiento que constituye un abuso de posición dominante. No obstante, la empresa que incurre en tal comportamiento puede escapar de la prohibición si demuestra que dicho comportamiento tiene detrás una justificación objetiva o incluso supone una mayor eficiencia económica (*efficiency defence*)⁵⁷.

3.3. Abusos de exclusión destinados a reforzar una posición dominante

3.3.1. Los Precios “predatorios”

Esta práctica consiste en la reducción temporal de los precios de los productos o servicios con el objetivo de expulsar a la competencia. Si la empresa logra expulsar a la competencia, los consumidores pueden verse perjudicados; pues posteriormente los precios serán incrementados para compensar las pérdidas incurridas en la estrategia de expulsión y además serán incrementados en una posición monopolística⁵⁸.

Si una empresa fija unos precios por debajo de sus costes variables medios o costes evitables medios⁵⁹, se considera dicha actuación como abusiva *per se*⁶⁰, la razón subyacente es que una empresa que lleva a cabo esta actuación, solo puede tener el objetivo de acabar con la competencia, porque desde el punto de vista económico dicha actuación es irracional ya que únicamente traería pérdidas.

En este sentido, la previsibilidad de la recuperación de las pérdidas incurridas en la “guerra de precios” vía incremento del precio al consumidor final son irrelevantes para determinar el abuso de la posición dominante⁶¹. No puede alegarse una justificación

⁵⁷ Documento de discusión relativo a la aplicación del Art. 82 del TCE relativo a abusos de exclusión, diciembre de 2005, Bruselas.

⁵⁸ Vara de Paz, N. La venta con pérdida. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 2010, nº 54. p. 117.

⁵⁹ Los costes evitables medios son aquellos en los que una empresa no incurriría si decidiese no fabricar una unidad suplementaria de un producto. Estos costes tienen en cuenta tanto los costes variables como una fracción vinculada a los costes fijos ligados con el aumento de la producción. Este criterio para considerar los precios predatorios abusivos *per se* fue fijado por el TJUE en el caso AKZO.

⁶⁰ Sentencia del TJCE, de 3 de julio de 1991, en el asunto C-62/86, AKZO Chemie BV c. Comisión (Akzo III). En este caso, si se hubiera podido demostrar que los costes de Akzo eran inferiores al coste variable medio, no se hubiera tenido que acudir a otros factores para condenar a la empresa por precios predatorios.

⁶¹ Sentencia del TJCE, de 14 de noviembre de 1996, en el asunto C-333/94 P, Tetra Pak International SA c. Comisión (Tetra Park II). p.I-5951.

objetiva o una justificación vía eficiencia generada (*efficiency defence*) cuando la empresa aplica precios por debajo de los costes medios variables o costes evitables medios⁶².

A la hora de evaluar si los precios son predatorios (o si hay una venta a pérdida), la jurisprudencia prefiere tener en cuenta el coste evitable medio en lugar del coste variable medio. En aquellos casos en los que el precio sea superior al coste evitable medio pero inferior al coste total medio, la Comisión deberá probar que existe una intención predatoria, es decir, deberá probar que existe un plan para tratar de eliminar a la competencia.⁶³ No se suele considerar que una fijación del precio por encima del coste total medio es abusiva, porque en principio esto solo excluiría a competidores menos eficientes.

En sectores económicos en los que los costes fijos son muy altos y los costes variables muy bajos, se aplica el coste incremental medio a largo plazo (CIMLP), esto es, la media de todos los costes (tanto fijos como variables) en que una compañía incurre para obtener un producto⁶⁴. Si la empresa con el precio no cubre los CIMLP, entonces no está cubriendo todos los costes fijos atribuibles al producto o servicio y un competidor tan eficiente como él, podría quedar excluido. Por el contrario, en sectores, como el propio de las plataformas de internet caracterizados por ser un mercado de doble cara (*two-sided market*), la estructura de costes presenta una proporción de costes fijos muy baja en relación con los costes variables⁶⁵. Por ejemplo, en eBay, los costes suelen provenir de la gestión de la plataforma, mientras que las transacciones de los usuarios, no generan ningún coste adicional. En estos casos, los rendimientos crecientes a escala son típicos en los mercados bilaterales. En algunos supuestos, especialmente en el mercado de las redes sociales, los servicios se caracterizan por ser prestados a un precio cero. Siguiendo la jurisprudencia propia del Derecho de la Competencia para los precios predatorios, el precio no solo estaría por debajo de sus costes variables sino que sería nulo. ¿Se consideraría entonces como una práctica abusiva *per se*? La solución debe pasar por tener en cuenta los nuevos modelos de negocio que comienzan a surgir en internet y adoptar

⁶² Documento de discusión relativo a la aplicación del Art. 82 TCE. *Cit.*

⁶³ Vara de Paz, N.P. *Cit.*, p 120.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ Haucap, J.; Heimeshoff, U. Google, Facebook, Amazon, eBay: Is the Internet driving competition or market monopolization?. *International Economics and Economic Policy*, 2014, vol. 11, o 1-2, p. 49-61. p. 53.

nuevos criterios de valoración de prácticas que se han considerado como abusivas en sí mismas.

Los nuevos modelos de negocios propios de internet se integran dentro de lo que se conoce como “nuevos mercados económicos” (*new economy markets*); se trata de mercados dentro de la economía del conocimiento, dónde la rápida sucesión de cambios tecnológicos y la innovación de los productos, juegan un papel fundamental. En estos mercados, el precio, ya no juega un papel fundamental como en los mercados tradicionales, sino que el foco se debe poner en la innovación⁶⁶. En este contexto, la competencia se conoce como dinámica (en oposición a la competencia estática la cual compite en el precio). La consecuencia más directa es que el competidor exitoso dominará todo el mercado⁶⁷. A su vez, esta posición de dominio es frágil, pues si otro competidor innova de forma rápida y exitosa, se hará con todo el mercado destronando al anterior.

3.3.2. *Acuerdos de “marca única”*

Se trata de acuerdos en los que un proveedor impone a sus contrapartes la prohibición de comprar otros bienes que compitan con aquellos que son objeto del contrato. Cuando se suscribe un acuerdo de “marca única” se corre el riesgo de que los competidores vean cerrado el acceso al mercado⁶⁸.

Según la Sentencia Hoffman-La Roche, la exclusividad impuesta es abusiva *per se*, sin que sea necesario contrastarlo con los beneficios que supone para los consumidores⁶⁹. La Comisión Europea, subraya, en el Documento de discusión relativo a la aplicación del Art. 82 TCE que es necesario, para que un acuerdo de marca única sea abusivo, probar que produce efectos restrictivos en el mercado (esto se aplica en la sentencia Van den Bergh Foods⁷⁰). También señala que ciertos acuerdos de “marca única” pueden ser

⁶⁶ Van Loon, S. Cit., p. 14.

⁶⁷ Van Loon, S. Cit., p. 14.

⁶⁸ Ortiz Blanco, L., Maíllo González-Orús, J., Ibáñez Colomo, P., y Lamadrid de Pablo, A. Cit p. 173.

⁶⁹ Sentencia del TJCE, asunto 85/76 Hoffmann-La Roche & Co .Cit.

⁷⁰ Sentencia del TPI, de 23 de octubre de 2003, en el asunto T-65/98, Van Den Bergh Foods c. Comisión, Rec. P. II-4653.

necesarios para realizar ciertas inversiones vinculadas con una concreta relación contractual⁷¹.

3.3.3. *Descuentos*

Se debe distinguir entre los llamados **descuentos de fidelidad** y los **descuentos por volumen**. Los primeros son los más parecidos a los acuerdos de “marca única” ya que permiten obtener la exclusividad del cliente de forma indirecta. En la sentencia Hoffmann- La Roche, se consideró que estos descuentos eran abusivos *per se*⁷². También serían abusivos aquellos descuentos vinculados con el cumplimiento de un objetivo de ventas o al aumento de las ventas con respecto a un periodo anterior⁷³. Los descuentos por volumen son aquellos relacionados con economías de escala que se generan derivado del suministro de mayores cantidades de producto; éstos no son considerados abusivos *per se*⁷⁴. La razón subyacente es que las reducciones en el precio se vinculan con justificaciones económicas y no con fidelizaciones del cliente, al menos así, lo ha considerado el TJCE.

Los límites entre ambos tipos de descuento son muy confusos, así se muestra en el caso Michelin II, pues no siempre existe una relación lineal entre las economías de escala realizadas con las ventas de un producto y los descuentos aplicados a los clientes⁷⁵. A este respecto, la Comisión Europea plantea centrar el análisis en los efectos de los descuentos sobre el comportamiento del consumidor en lugar de en las diferentes categorías formales. Se distingue así entre los **descuentos condicionales** (aquellos vinculados con objetivos de ventas) y los **descuentos incondicionales**. Los primeros serían considerados abusivos *per se* por la jurisprudencia. La Comisión Europea prefiere llevar a cabo un análisis en dos fases en lugar de asumir que los descuentos condicionales son abusivos *per se*. Las dos fases de análisis son; la *non-contestable demand* y la *contestable demand*. La primera fase sirve para determinar si los clientes acudirían a la empresa incluso en ausencia del descuento o no. La segunda fase implica calcular la parte

⁷¹ Documento de discusión relativo a la aplicación del Art. 82 TCE. Cit., p. 20.

⁷² Sentencia del TJCE, de 13 de febrero de 1979, en el asunto Hoffmann-La Roche & Co.Cit.

⁷³ Sentencia TPI, de 17 de diciembre de 2003, en el asunto T-219/99, British Airways plc. C. Comisión Rec. P II5917.

⁷⁴ Ortiz Blanco, L (2008). Cit p. 175.

⁷⁵ Waelbroeck D. “The compatibility of tying agreements with antitrust rules: a comparative study of American and European rules”, Yearbook of European Law, vol 7, 1987, pp. 149-171.

de las necesidades de los clientes que podría ser cubierta por otros competidores para determinar si aplicando los descuentos, los competidores aún dispondrían de un acceso suficiente al mercado⁷⁶.

Se ha criticado la legalidad o ilegalidad de tales descuentos. Para un amplio sector doctrinal (Hovenkamp, 2005)⁷⁷ no se debe prohibir *per se* tales descuentos, sino que deberían asumir una presunción de carácter pro-competitivo. Solo debería ser desvirtuado tal carácter mediante la acreditación de un poder de mercado significativo y la existencia de efectos restrictivos de la competencia⁷⁸. Lo óptimo hubiera sido entonces analizar la forma en la que un descuento de fidelidad impide la entrada al mercado, mediante por ejemplo, la creación de barreras de entrada.

3.4. Abusos de exclusión destinados a extender una posición dominante

3.4.1. Precios predatorios

Con el objetivo expandirse a otros mercados, las empresas pueden ayudarse de precios predatorios aprovechando la posición dominante ostentan. Para que se considere conducta prohibida, debe existir un vínculo entre la posición dominante, el abuso y los efectos del comportamiento de la empresa.

Según la sentencia Tetra Pak II⁷⁹, existe abuso y por lo tanto se trata de una conducta prohibida del Art. 82 TCE, cuando una empresa abusa de su posición dominante en el mercado para expandirse a otro mercado si se dan una serie de requisitos: (i) que los mercados sean conexos y (ii) que la empresa disfrute de una posición preeminente pero no dominante en el mercado en el que se producen los abusos (es decir, en el mercado en el que busca expandirse y no ostenta la posición dominante).

⁷⁶ Documento de discusión relativo a la aplicación del Art. 82 del TCE. Cit. p. 172.

⁷⁷ Hovenkamp, H., "Discounts and Exclusions", U Iowa Legal Studies Research Paper No. 05-18, Agosto 2005.

⁷⁸ Fernando Díez, E.. ¿ Qué queda del nuevo enfoque de la prohibición del abuso de posición dominante en la UE? Comentario a la Decisión INTEL, de 13 de mayo de 2009. *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, 2010, no 7, p. 285-306. P. 287.

⁷⁹ Sentencia del TJCE, de 14 de noviembre de 1996, en el asunto C-333/94 P, Tetra Pak International SA c. Comisión (Tetra Park II). p. 27.

En estos casos, en el mercado dónde tiene la posición dominante puede conseguir sus objetivos sin recurrir a los precios predatorios. Los precios predatorios los utilizará la eliminar a los competidores de los mercados donde no tiene la posición dominante, valiéndose de las llamadas, “subvenciones cruzadas”, haciendo frente a las pérdidas que le originan los precios predatorios en los mercados donde no tiene la posición dominante, mediante las ganancias que obtiene en el mercado o mercados dónde sí tiene la posición dominante⁸⁰.

3.4.2. *Prácticas de vinculación o tying*

Con respecto a la celebración de contratos vinculados, específicamente el Art. 102 TFUE, prohíbe que se subordine a la “celebración de contratos, la aceptación, por otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos”. Esta prohibición se refiere a las prácticas de vinculación de productos o prestaciones (*tying*), por las que una empresa, abusando de su posición dominante busca expandirse en el mercado. Otras prácticas de vinculación son el empaquetamiento de productos simples (*bundling*) y el empaquetamiento compuesto (*mixed bundling*). En el primer supuesto, dos productos son comercializados como un “paquete”. En el segundo supuesto, la empresa ofrece un incentivo financiero para la compra de dos o más productos conjuntamente⁸¹. En definitiva, la práctica de *tying*, supone condicionar a la venta de un producto (el bien vinculante) la venta de otro bien (bien vinculado)⁸².

El principal problema que esto suscita es que, al requerir que un consumidor compre un bien o servicio en conexión con otro vinculado, el vendedor aprovecha la demanda de su producto vinculante contra el consumidor⁸³. De esta forma, el vendedor reduce la autonomía del consumidor y, limita la competencia en el mercado para el producto

⁸⁰ Rodríguez, F. H; de Araoz, A.F; Acebo, G.. Precios predatorios y abuso de posición dominante: análisis crítico de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia a la luz de las resoluciones en los asuntos " BT/Telefónica" y" Tabacos de Canarias". *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, 1999, no 201, p. 9-34. Señalan que la existencia de subvenciones cruzadas es lo que sucedía en los casos Akzo, Tetra Pak II entre otros.

⁸¹ *Ibidem*. p. 179.

⁸² Documento de discusión relativo a la aplicación del Art. 82 TCE. Cit..

⁸³ Ponsoldt J. y, Christohper D. Comparison between US and EU antitrust treatment of tying claims against Microsoft: when should the bundling of computer software be permitted. *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, 2006, vol. 27, p. 421. p. 423.

vinculante. Además, los consumidores, en ocasiones, se ven obligados a comprar un bien vinculado que puede ser de inferior calidad para satisfacer su demanda del producto vinculante⁸⁴.

Las prácticas de *bundling*, son muy utilizadas en la industria del software⁸⁵. Uno de los casos más resonados es el de la empresa Microsoft, la cuál fue investigada por perjudicar a la competencia al incluir un sistema de reproducción multimedia (*Windows Media Player*) en sus nuevas versiones y dar pie a una situación de vinculación de empaquetamiento de productos.

La Comisión Europea, analizó si la práctica de Microsoft de incluir un reproductor multimedia (*Windows Media Player*) en las nuevas versiones de *Windows*, provocaban que otras empresas fabricantes de este tipo de programas, se vieran excluidas del mercado (como sucedió con *Netscape*)⁸⁶. Microsoft, negó que la práctica tuviese efecto restrictivo sobre la competencia pues la inclusión de *Windows Media Player* en *Windows* no impedía a los usuarios descargar otros reproductores. No parecía que se tratara de un caso de *tying*. Pero estos argumentos se rechazaron por la Comisión Europea y el TPI⁸⁷, pues consideraron que desde el momento en el que *Windows* fue incorporado el nuevo producto al sistema operativo, la empresa se convirtió en el líder del mercado, lo que era evidencia suficiente de efecto restrictivo. Además, el TPI consideró que los usuarios que ya disponían de reproductores multimedia instalado en el sistema, carecían de incentivos para instalar otros reproductores⁸⁸.

En este sentido existe una gran diferencia entre las autoridades de competencia norteamericanas y europeas, la cual se puso de relieve en el caso Microsoft. Los tribunales de EEUU, ante estas prácticas evolucionaron y se acomodaron a Microsoft al crear una nueva norma que permitía agrupar plataformas y aplicaciones de Software. Por su parte, la UE optó por un enfoque más tradicional⁸⁹ y terminó condenando a Microsoft.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ *Ibidem*. p. 424.

⁸⁶ Ortiz Blanco L (2008). *Cit* p. 180.

⁸⁷ Sentencia del TPI, de 17 de septiembre de 2007, en el asunto T-201/04, Microsoft Copr. c. Comisión, de 24 de mayo de 2006.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ Ortiz Blanco L. (2008) *Cit* p. 425.

Inicialmente, estas prácticas de vinculación y encadenamiento de productos, se consideraban como un abusivas *per se*⁹⁰. Sin embargo, en algunas ocasiones estas prácticas podrían ser fuente de eficiencias que beneficiaban a los consumidores. Por ello, dejaron de ser prácticas abusivas *per se*, para analizar si se daban una serie de condiciones en las que las prácticas de *tying* y *bunling* sí dan lugar a abusos. Esas condiciones, siguiendo las la Sentencia Microsoft⁹¹ y el Documento de discusión relativo a la aplicación del Art. 82 del TCE son las siguientes: (1) la empresa debe ostentar una posición dominante en al menos, el mercado del producto vinculante; (2) el producto vinculante y vinculado deben ser dos productos diferentes. Se debe analizar desde la perspectiva del consumidor si existen efectivamente dos productos distintos. No es necesario que dos productos formen parte de mercados diferentes; (3) la empresa no debe permitir a los consumidor obtener el producto vinculante sin obtener también el producto vinculado (*tying*) o provoque que la adquisición individual de los productos sea menos atractiva o más difícil (*bundling* o *mixed bundling*)⁹²; (4) La práctica debe tener un efecto restrictivo de la competencia. Y finalmente, la empresa no debe ser capaz de demostrar que, tales prácticas, tienen una justificación objetiva (ausencia de justificación objetiva)⁹³.

3.4.3. *Negativa a contratar*

Con el objetivo de ofrecer productos que satisfagan a los clientes de la mejor manera posible, las empresas deciden con quién desean contratar. La jurisprudencia ha definido situaciones en las que se puede inferir en la libertad contractual de la empresa que ostenta una posición dominante con el objetivo de favorecer la competencia entre las empresas. Por ejemplo; (i) la interrupción de suministros por parte de una empresa que ostenta una posición dominante, (ii) la negativa a otorgar una licencia sobre un derecho de la propiedad intelectual o (iii) la negativa a dar acceso a una licencia sobre una infraestructura no duplicable, pueden ser considerados abusivos en ciertas situaciones⁹⁴.

(i) En la Sentencia Commercial Solvents, el TJCE establece que una empresa con posición dominante no puede interrumpir las relaciones contractuales con sus clientes sin

⁹⁰ Waelbroeck D. Cit. 153.

⁹¹ Sentencia del TPI, de 17 de septiembre de 2007, en el asunto T-201/04, Microsoft Copr. c. Comisión, de 24 de mayo de 2006.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ Documento de discusión relativo a la aplicación del Art. 82 del TCE. Cit.

⁹⁴ Ortiz Blanco, L (2008). *Cit* p 181.

incurrir en un abuso cuando el comportamiento supone la eliminación de la competencia y no traiga consigo una justificación objetiva⁹⁵.

(ii) Con respecto a la negativa a otorgar una licencia por parte del titular de un derecho de la propiedad intelectual, el TJCE estimó en la Sentencia *Volvo c. Veng*⁹⁶ que el comportamiento en sí mismo no es abusivo, pero puede serlo bajo determinadas circunstancias. Esas circunstancias se recogen en el asunto *Magill*⁹⁷, y posteriormente son confirmadas en el asunto *IMS Health*⁹⁸. De esta forma, la negativa a conceder los derechos de propiedad intelectual, se considera una práctica abusiva si: con ello se perjudica a los consumidores (pues se ven privados de un producto nuevo), si no existe una justificación objetiva para tal negativa y la negativa a contratar elimina a la competencia por ser la licencia indispensable para competir.

(iii) La negativa de una empresa a compartir determinadas infraestructura (especialmente algunas estructuras consideradas como “monopolios naturales”) con terceros, se ha considerado abuso de la posición dominante. La razón subyacente es que en ciertas ocasiones la duplicación de las infraestructuras resulta económicamente inviable⁹⁹. Abrir el acceso a terceras empresas es la única forma de que se fomente la competencia en ciertos mercados. Para que se considere que tal actuación merma la competencia, es necesario que la infraestructura cuyo acceso se niega sea indispensable (o esencial), en el sentido que no hubiera ninguna alternativa real o potencial para competir en el mercado¹⁰⁰. Para la evaluación del abuso, se aplican los mismos principios de la jurisprudencia *Magill*, con especial énfasis en el requisito de la indispensabilidad y la eliminación de la competencia.

⁹⁵ Sentencia del TJCE, de 6 de marzo de 1974, en los asuntos acumulados 6 y 7773, Instituto Chemioterapico Italiano S.p.A y Commercial Solvents Corporation c. Comisión. P. 223.

⁹⁶ Sentencia del TJCE, de 5 de octubre de 1988, en el asunto 238/87, *AB Volvo c. Erik Veng*.

⁹⁷ Decisión de la Comisión, de 21 de diciembre de 1988, en el asunto IV/31.851, *MAGIL tv Guide/ITP, BBC y RTE*, DO L 78, de 1989, p. 43 y Sentencia del TJCE, de 6 de abril de 1995, en los asuntos acumulados C-241/91 y C-242/91 P, *Independent Television Publications Ltd c. Comisión*.

⁹⁸ Sentencia del TJCE, de 29 de abril de 2004, en el asunto C-418/01, *IMS Health GmbH & Co. OHG contra NDC Health GmbH & Co. KG*.

⁹⁹ Ortiz Blanco, L (2008). Cit. p. 183.

¹⁰⁰ Decisión de la Comisión, de 11 de julio de 1992.

Uno de los principales problemas que se plantean al prohibir el auto favorecimiento de la propia empresa al negar el acceso a una plataforma es que, puede afectar a la vulneración de la libertad de empresa protegida en el Art. 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)¹⁰¹. Por ello, los requisitos de la indispensabilidad y de eliminación de la competencia son necesarios para prohibir dicho comportamiento. Estos requisitos lo que buscan es elevar el umbral de intervención de las autoridades de la competencia a aquellos casos en los que efectivamente se genera un daño a la competencia.

La prohibición del auto favorecimiento a menudo choca con el paradigma de la llamada competencia dinámica y los mercados digitales, haciendo que las empresas que conviertan en “guardianes de puerta” (“*gatekeeper*”) de mercados adyacentes. Por ejemplo, en el reciente caso *Google*, fue condenada por modificar sus resultados orgánicos de sus servicios de motor de búsqueda para favorecer sus propios servicios. En el análisis llevado a cabo por la Comisión, se abandonaron los requisitos de la indispensabilidad y la eliminación de la competencia efectiva y se optó por demostrar una lógica de cierre anticompetitivo del mercado¹⁰². Parece que en última instancia la Comisión estaba imponiendo el deber positivo de ayudar a sus rivales a competir¹⁰³; la Decisión llega incluso a equiparar el auto favorecimiento y el efecto anticompetitivo de exclusión hasta reclamar un principio de igualdad de tratamiento.

3.4.4. *Estrechamiento de márgenes*

Se trata de situaciones en las que una empresa verticalmente integrada tiene una posición dominante “aguas arriba” y puede excluir a sus competidores en otro nivel de mercado de manera indirecta¹⁰⁴.

¹⁰¹ Solano Díaz, P. “La decisión de la Comisión Europea en el asunto *google search*. La última frontera del derecho de la competencia”. Actualidad Jurídica Uría Menéndez / ISSN: 2174-0828 / 46-2017 / 96-103, p. 100

¹⁰² *Ibidem*. p. 101.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ Ortiz Blanco, L (2008). Cit p. 188.

3.5. Abusos de explotación

3.5.1. *Precios excesivos*

Una empresa como consecuencia de su posición dominante en el mercado es capaz de elevar los precios por encima del propio de una estructura competitiva. Es la consecuencia que más puede perjudicar a los consumidores en el corto plazo y sin embargo es la que menos prioridad tiene a la hora de ser analizada por las autoridades de competencia. La razón subyacente es que todas las empresas deben disfrutar en mayor o menor medida de cierta libertad para cambiar los precios. Además, puede resultar muy complicado fijar los límites a partir de los cuales se considera un precio como “excesivo”. A este respecto, en la Sentencia Lucazeau, el Tribunal de Justicia, consideró que cuando una empresa en una posición de dominio impone por los servicios que ofrece tarifas muy elevadas en comparación con las de los Estados Miembros, esa diferencia debe ser considerada como un indicio de explotación abusiva de su posición dominante¹⁰⁵.

3.5.2. *Condiciones no equitativas*

Una empresa puede abusar de su posición dominante no necesariamente vía precio, sino imponiendo a sus consumidores unas condiciones perjudiciales. Por ejemplo, en el caso Tetra Pak II, la Comisión Europea consideró que la empresa abusó de su posición dominante al exigir, en el momento de la entrega de una maquinaria a sus clientes, el pago a éstos de un alquiler inicial que equivalía al valor de la máquina¹⁰⁶.

3.5.3. *Discriminación entre clientes*

Se refiere a la aplicación a terceros contratantes de condiciones desiguales ante prestaciones equivalentes (Art. 105 c) TFUE). Es preciso que ambos se encuentren en condiciones equivalentes y que se demuestre que se genera como consecuencia una desventaja competitiva.

¹⁰⁵ Sentencia del TJCE, de 13 de julio de 1989, en los asuntos acumulados 110/88, 241/88 y 242/88, Francois Lucazeau y otros contra Societe des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique (SACEM) y otros.

¹⁰⁶ Decisión, de 24 de julio de 1991, en el asunto Tetra Pak II.

4. CONCENTRACIONES EMPRESARIALES

El régimen de las concentraciones económicas se encuentra regulado a nivel europeo, en el Reglamento sobre el control de las concentraciones entre empresas (RCC o Reglamento Comunitario de Concentraciones). A nivel interno, se encuentra regulado en la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) y en el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC).

Se consideran operaciones de concentración los cambios duraderos del control como consecuencia de una fusión, o por medio de operaciones en las que una o más empresas adquieran el control sobre la totalidad o parte de una o varias empresas, mediante toma de participaciones en el capital, compra de activos o contrato¹⁰⁷.

El sistema se articula sobre la base de una **notificación obligatoria y previa** a las autoridades de la competencia (Comisión o CNMC) por parte de las empresas interesadas para proceder a la concentración empresarial y siempre que dicha operación revista de cierta magnitud. La notificación debe realizarse con anterioridad a la ejecución de la operación de concentración. Posteriormente se abre un proceso que culmina con una decisión de la autoridad de competencia que: autorice la operación, imponga condiciones o prohíba la concentración. Cabe la posibilidad de aplicar multas por suministrar información incorrecta o engañosa a lo largo del procedimiento o cuando las empresas omitan la notificación obligatoria o ejecuten una concentración no autorizada (Art. 4 RCC y Art. 9 LDC)

La normativa europea, solamente es de aplicación a las **concentraciones empresariales de dimensión comunitaria** que puedan afectar al mercado común por afectar a empresas de Estados miembros diferentes. Quedan fuera del ámbito de aplicación las empresas que realicen más de dos tercios de sus operaciones en un mismo estado miembro (en todo caso quedarían sujeta a la normativa nacional). Para que una concentración empresarial sea considerada de dimensión comunitaria, se exige que las empresas participantes en la concentración tengan en su conjunto, un volumen de negocios a nivel mundial de más de

¹⁰⁷ Art. 3.1 y 7.1 del Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (DOUE nº L 024 de 29/01/2004) y Art. 2 de la LDC.

5.000 millones de euros, y a nivel de la UE un nivel individual de negocios que supere los 2.500 millones de euros. Sin perjuicio de que, si no se alcanza el umbral anterior, tendrá también la consideración de concentración de dimensión comunitaria cuando el volumen de ambas empresas supere los 2.500 millones de euros a nivel mundial y los 100 millones de euros en, al menos, tres estados miembros y el realizado individualmente, por las dos empresas al menos supere los 100 millones de euros en la UE y los 25 millones en los 3 Estados miembros referidos (Art. 1.2 y 3 RCC). Estos requisitos, pueden llegar a ser considerados como “arcaicos” para los nuevos sectores tecnológicos en los que una empresa puede tener ingresos limitados en el presente y sin embargo, crecer rápidamente.

4.1. Análisis sustantivo de las concentraciones horizontales

Como se ha mencionado con anterioridad, los acuerdos horizontales son aquellos celebrados entre empresas que operan en el mismo nivel de mercado. Es frecuente que los acuerdos se fijen entre empresas competidoras reales o potenciales¹⁰⁸. A la hora de evaluar las concentraciones empresariales, la Comisión Europea, parte de la cuota de mercado de la nueva entidad complementado con el grado de concentración global del mercado. Para esto se aplica el Índice Herfindahl-Hirschman, IHH. Este índice otorga un mayor peso proporcionalmente a las empresas con cuotas de mercado más grandes¹⁰⁹.

Según jurisprudencia reiterada, ante una cuota de mercado superior al 50% se presume que existe posición dominante. Sin embargo, puede que concentraciones que supongan una cuota del 40% también traigan una situación de posición dominante atendiendo entre otras cosas a factores como el número de competidores, su fortaleza, el grado de sustituibilidad. Por su parte, cuotas de mercado que no superen el 25% se presumirá que no obstaculiza de manera significativa la competencia¹¹⁰.

En relación con las concentraciones empresariales destacan dos efectos; los efectos unilaterales (o no coordinados) y los efectos coordinados.

¹⁰⁸ Decisión de la Comisión, en el asunto Elopak/Metalbox- Odin, Cit. p.15.

¹⁰⁹ Directrices sobre evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas; 31 de marzo de 2004.

¹¹⁰ *Ibidem*.

Los **efectos unilaterales** (o no coordinados) se producen cuando derivado de la concentración empresarial, se puede hacer desaparecer una fuente importante de presiones competitivas para la nueva entidad. Una concentración que produce estos efectos obstaculiza de forma significativa la competencia al crear o reforzar la posición dominante de una sola empresa. Existen una serie de factores que suelen considerarse para determinar si se producen efectos unilaterales; (i) la cuota de mercado (cuanto mayor sea, más probabilidades existe de que se produzcan efectos unilaterales), (ii) que las empresas sean competidoras inmediatas, (iii) que las posibilidades de los consumidores para irse a la competencia sean limitadas, (iv) que probabilidad de que los competidores aumenten el suministro si se incrementan los precios sea escasa, (v) que la entidad fusionada pueda impedir la expansión de sus competidores y (vi) si la fusión elimina una fuerza competitiva importante¹¹¹.

Los **efectos coordinados** son aquellos que pueden facilitar la coordinación entre empresas que previamente no coordinaban su comportamiento o bien hacer más estable o efectiva la coordinación entre empresas que ya se coordinaban¹¹². La coordinación puede adoptar diversas formas; pueden llevar a un incremento de los precios, a una reducción de la producción o un reparto del mercado¹¹³. Los efectos coordinados suelen darse en mercados maduros, en los que las cuotas de mercado tienden a igualarse y existe un exceso de producción¹¹⁴. Para verificar si existen efectos coordinados, se acuden a los criterios establecidos en el caso *Airtours* (**condiciones de Airtours**); (i) las empresas deben tener incentivos alineados para coordinarse (ii) transparencia del mercado (iii) existencia de mecanismos disuasorios (o castigos) para incrementar los beneficios derivados de mantener la coordinación y (iv) ausencia de presiones competitivas externas. Además, se deben tener en cuenta otros factores como; una cuota de mercado muy elevada, las posibles barreras de entrada generadas, diferencia del poder económico de las empresas, la madurez de las tecnologías de producción, la rigidez de la demanda, y la presencia de una empresa díscola¹¹⁵.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² Watson, N. (2008). Evaluación de efectos coordinados en concentraciones. In *Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación* (pp. 297-315). Dykinson. P. 301.

¹¹³ Ortiz Blanco (2008). *Cit* .p. 308.

¹¹⁴ Ortiz Blanco (2008). *Cit*. P. 309.

¹¹⁵ Sentencia del TPI de 6 de junio de 2002 en el asunto T-342/99, *Airtours plc. c. Comisión*, Rec. p. II-2585.

4.2. Análisis sustantivo de las concentraciones verticales

Como se ha mencionado con anterioridad, los acuerdos verticales son aquellos celebrados entre empresas situadas en un nivel diferente de la cadena de producción o distribución¹¹⁶. En estas operaciones suelen darse dos posibilidades, que un productor al integrarse verticalmente, cierre el acceso a un producto “aguas abajo” (*input foreclosure*) o que un distribuidor cierre el acceso a los mercados a otros productores “aguas arriba” (*customer foreclosure*)¹¹⁷. En el primer caso, la Comisión Europea analizará la capacidad de la nueva entidad de negar el acceso a sus productos, lo que dependerá de otros factores como: la capacidad de la nueva entidad de abastecer al resto de empresas situadas “aguas abajo” o la capacidad de negociación de las empresas ante sus proveedores¹¹⁸. En el segundo caso, la Comisión se centrará en analizar si las empresas situadas “aguas arriba” podrán dar salida a sus productos o servicios.

¹¹⁶ Ortiz Blanco, (2008). *Cit* p. 120.

¹¹⁷ *Ibíd*em p. 317.

¹¹⁸ *Ibíd*em.

5. CONCENTRACIONES EMPRESARIALES IMPULSADAS POR EL BIG DATA

5.1. TomTom/Tele Atlas

TomTom, empresa dedica a la producción de dispositivos portátiles y softwares de navegación, decide en el año 2008 adquirir TeleAtlas, uno de los principales proveedores de bases de datos de mapas digitales en Europa y Norte America¹¹⁹. Esta operación recibió el nombre de **integración vertical en sentido ascendente** ya que era el productor de un bien (TomTom) el que adquiría a su principal proveedor de inputs (TeleAtlas). Los bienes en cuestión eran dispositivos portátiles de navegación y softwares, los inputs las bases de datos¹²⁰.

Ante la potencial fusión entre TomTom y TeleAtlas, competidores del mercado de producción de dispositivos de navegación portátiles, mostraron su preocupación con dicha concentración. En especial, se encontraban preocupados con el posible incremento del precio de las bases de datos de mapas, una reducción de la calidad de los mismos y un retraso en el desarrollo de nuevas funciones y actualizaciones¹²¹. La Comisión Europea se planteó si dicha concentración empresarial, suponía una amenaza para el Derecho de la Competencia del mercado comunitario.

En primer lugar, a la hora de determinar el mercado relevante, la Comisión Europea se planteó **si el mercado relevante del producto era el mercado de “bases de datos digitales navegables” o más general, “bases de datos de mapas”**¹²². La Comisión Europea entendió que el volumen, velocidad y variedad de datos requeridos para los mapas digitales de navegación eran muy diferentes de otras bases de datos de mapas ordinarios. Los dispositivos de navegación comercializados por TomTom y competidores análogos, eran lo suficientemente detallados, precisos y actualizados y contenían los atributos necesarios y elementos adicionales como como clase de vía, información del tráfico, etc. para definir un mercado de producto más restringido¹²³. De esta forma, la Comisión reconoció que los datos eran el elemento diferenciador del mercado digital de

¹¹⁹ Decisión de la Comisión, de 14 de mayo de 2008, en el asunto TOMTOM/TeleAtlas (Nº Comp/M. 4854)

¹²⁰ Stucke, M. y Grunes, A., Cit. p 70

¹²¹ Cowen, Tim. "Big Data as a Competition Issue: Should the EU Commission's Approach Be More Careful." *Eur. Networks L. & Reg. Q.* 4 (2016), p. 14.

¹²² Stucke, M. y Grunes, A. Cit. p. 71

¹²³ *Ibidem*.

mapas y del mercado ordinario de mapas; siendo los datos (o *big data*) propios del mercado digital de mapas.

En segundo lugar, la Comisión analizó **si potenciales competidores**, como Google o Microsoft **serían capaces de entrar rápidamente en el mercado de la navegación digital y convertirse en competidores significativos** después de la cuestionada fusión¹²⁴.

TomTom alegó que existía, al menos otro proveedor de bases de datos de mapas, NAVTEQ¹²⁵. Los potenciales competidores (en concreto Google y Microsoft) según TomTom podrían utilizar su conocimiento técnico y sus recursos financieros para crear su propia base de datos de navegación.

La Comisión Europea estimó que las barreras de entrada para este mercado como consecuencia de la fusión eran muy altas, ya que la posibilidad de obtener una base de datos de mapas digitales, de una forma relativamente rápida y a un coste limitado resultaba costoso e intensivo en recursos¹²⁶. Entre otras cosas porque Atlas y NAVTEQ recopilaban datos manualmente de las características de la carretera conduciendo sus propios vehículos. La Comisión Europea concluyó que la obtención de ese tipo de información sería, incluso para empresas como Google o Microsoft, muy costoso y por lo tanto supondría una mayor barrera de entrada al mercado.

A pesar de las mayores barreras de entrada derivadas de la concentración, la Comisión Europea finalmente no bloqueó la operación. Esto se debe a que aplicó una **metodología de incentivo de daño a los consumidores**. Basándose en los potenciales efectos que la fusión vertical podría tener, definió una guía de análisis: se señalan tres condiciones que la entidad fusionada debe cumplir para afectar a la competencia: (i) habilidad de excluir

¹²⁴ *Ibíd.*

¹²⁵ NAVTEQ era el segundo proveedor de mapas de internet, con una cuota de mercado de hasta el 50%

¹²⁶ Decisión de la Comisión, 14 de mayo de 2008, en el asunto TomTom/TeleAtlas. (No COMP/M.4854).

a la competencia, (ii) incentivo para excluir a la competencia y que (iii) la exclusión pueda perjudicar a los consumidores¹²⁷. La Comisión concluyó que la entidad **sí tendría capacidad para excluir a la competencia, pero determinó que TomTom no tendría incentivo para proceder a ello**; como consecuencia, la Comisión concluyó que dado que la fusión no resultaría perjudicial para los consumidores, estaría admitida.

5.2. Facebook/WhatsApp

Mientras que en el caso TomTom/Tele Atlas el producto eran los “datos”, en este caso, el producto ofrecido por las empresas son servicios de mensajería instantánea y plataforma de red-social. En este caso, la **concentración es de naturaleza horizontal**.

Se puede definir WhatsApp como una aplicación de mensajería instantánea. Mediante el ingreso del número de teléfono, la App busca aquellos contactos que tengan la aplicación y a partir de entonces puedes enviar a los usuarios todos los textos, archivos, fotografías y audios sin límite y sin cargos adicionales¹²⁸. La aplicación se puede descargar gratis, no tiene anuncios y puede costar en algunas ocasiones \$1 al año¹²⁹. WhatsApp en su política de privacidad aseguraba que solo recolectaba datos de nombres, correos electrónicos y otra información de contacto necesaria para el funcionamiento de la App. Este servicio es muy similar al de Facebook Messenger pero con dos diferencias fundamentales, en el caso de Facebook (i) los servicios se prestan gratis pero incluye publicidad en la red social como sistema de financiación de la empresa y (ii) las políticas de privacidad son menos proteccionistas con los usuarios¹³⁰.

En este caso, debido a que una de las partes, WhatsApp, no alcanzaba la cifra de negocios necesaria para encontrarse dentro de los límites de la jurisdicción de la Comisión para ser considerada una concentración de dimensión comunitaria; se acudió al Art. 45. RCC, el cual permite beneficiarse del mecanismo de revisión ventanilla única. La Comisión pudo así, revisar la transacción. Este mecanismo de derivación de casos de los Estados

¹²⁷ Zenger, H., & Walker, M. Cit. p. 6

¹²⁸ J. Newman. “Facebook’s WhatsApp Acquisition Explained”, febrero 2014. Revista online Time.

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ E. Ocello, C. Sjödin, y A. Subocs. Cit. , p. 6;

miembros a la Comisión ha funcionado como un mecanismo de “corrección” en el caso Facebook/WhatsApp y en otros casos anteriores¹³¹.

A este respecto, algunos autores, se plantean **si los umbrales basados en el volumen de negocios siguen siendo un criterio adecuado para identificar fusiones de dimensión comunitaria en el sector digital**, en oposición a umbrales basados, por ejemplo, en el valor de la transacción (como sucede en EEUU). Se podría considerar que los umbrales basados en el volumen de negocios no reflejan adecuadamente el potencial de mercado futuro de una empresa de TI, que puede tener ingresos limitados hoy en día, pero se espera que se expanda rápidamente, como es común en el sector de TI. Otro argumento es que los umbrales basados en beneficios ignoran el hecho de que los datos personales, a diferencia del dinero, se pueden ver como la nueva "moneda" con la que los consumidores pagan los servicios gratuitos que reciben a través de Internet. En este sentido, en una carta dirigida a la nueva comisaria de Competencia, Margrethe Vestager y otros comisarios europeos, cuatro ministros alemanes preguntaron si los umbrales de beneficios de la UE establecidos en el Reglamento de concentraciones deberían complementarse con una prueba que tenga en cuenta el valor de la transacción, para atrapar transacciones como la de Facebook / WhatsApp¹³².

A la hora de analizar si una concentración empresarial tiene o no efectos nocivos para la competencia, el primer paso es **identificar el mercado relevante al que afecta**. En este sentido, el SSNIP test no parece que sea capaz de evaluar la sustituibilidad de dos servicios que son ofrecidos a precio cero. En la fusión WhatsApp/Facebook se presentan dos problemas a la hora de definir cuál es el mercado relevante; (i) el mercado de las telecomunicaciones electrónicas o aplicaciones de mensajería instantánea y, (ii) las aplicaciones de mensajería instantánea o servicios de redes sociales¹³³.

(i) Mercado de las telecomunicaciones electrónicas vs mensajería instantánea. La Comisión llevó a cabo un análisis de la sustituibilidad entre las aplicaciones de móvil de mensajería instantánea y los servicios de telecomunicaciones electrónicas tradicionales (por ejemplo SMS o llamadas). Por las características específicas del producto y el valor

¹³¹ *Ibidem.* p. 2

¹³² *Ibidem.* P. 3

¹³³ *Ibidem.*

agregado que las app de comunicación ofrecen (por ejemplo, estas aplicaciones permiten entre otras cosas ver cuando los usuarios están en línea, cuando se encuentran escribiendo, etc.) así como por la diferencia de precio significativa entre las app y los servicios tradicionales de comunicación; la Comisión entendió que la relación entre las app de comunicación y los servicios tradicionales eran de complementariedad en un solo sentido (es decir, las aplicaciones eran sustitutos de los servicios de comunicación y no al revés)¹³⁴.

(ii) Mercado de las aplicaciones de mensajería instantánea vs servicios de redes sociales. Existen algunas superposiciones de servicios en estos mercados, por ejemplo, con respecto a las funciones ofrecidas. Ambos servicios permiten intercambiar mensajes de texto, audio, fotos y video entre los usuarios. Sin embargo, la Comisión consideró que existía una diferencia fundamental en términos de “riqueza de experiencia social”: los usuarios pueden crear perfiles más extensos en línea en las redes sociales que por medio de las app; además, la velocidad de las comunicaciones en las app tiende a ser utilizada de forma instantánea a diferencia de las publicaciones en las redes y el tamaño de la audiencia suele ser mayor en los servicios de redes sociales. Dada la complejidad del asunto, la Comisión optó por dejar abierta la cuestión de la posible distinción entre ambos mercados. La Comisión evaluó los efectos de la concentración asumiendo un mercado más amplio dónde WhatsApp fuera considerada una plataforma de red social y también asumiendo que eran mercados separados (el de las aplicaciones de comunicación por un lado y el de las redes sociales por otro)¹³⁵.

La competencia en este caso se identifica en tres niveles: por un lado, las empresas compiten para atraer a los consumidores y para que empleen más tiempo en sus plataformas (recolección de datos); por otro lado, las empresas compiten para recolectar mayores cantidades de datos de carácter personal (modelo de mensajería instantánea). Y en tercer lugar, las empresas también compiten en el cobro de empresas que buscan anunciarse en sus plataformas (mercado de la publicidad). Por lo tanto, la fusión Facebook/Whatsapp podría dañar a tres grupos diferentes: el **mercado publicitario** (con *rates* más altos), el **mercado de mensajería instantánea** (con peor calidad, peor

¹³⁴ *Ibíd.* p.7

¹³⁵ *Ibíd.*

innovación y menor protección de privacidad), y a los **competidores** del mercado de las comunicaciones y app (excluidos de alcanzar la escala necesaria para adquirir datos suficientes para mejorar sus servicios)¹³⁶. Cada uno de estos mercados son analizados en profundidad a continuación.

5.2.1. *El mercado publicitario y los competidores*

En este sentido, la Comisión Europea, analizó dos teorías de daño mediante las cuales Facebook podría incrementar su posición dominante en el mercado de publicidad online; (a) introduciendo publicidad en WhatsApp o (b) utilizando WhatsApp como fuente de datos con el objetivo de mejorar la publicidad de Facebook o del mismo WhatsApp. Bajo estas dos teorías, la preocupación de la Comisión era la publicidad, no los consumidores.

(a) **Primera teoría de daño: introducción de publicidad en WhatsApp.** Según la Comisión, la introducción de publicidad en la app de WhatsApp, tendría un efecto de reforzamiento de la posición de Facebook en la publicidad online¹³⁷. Facebook sin embargo, entre sus estrategias post-concentración, no planteaba tal posibilidad. En otras palabras, aunque Facebook podría haber puesto anuncios en WhatsApp optó por no hacerlo. Además, aunque Facebook hubiera introducido publicidad en WhatsApp, la Comisión consideró que seguiría existiendo un número suficiente de competidores actuales y potenciales igualmente posicionados para ofrecer este tipo de publicidad¹³⁸

(b) **Segunda teoría de daño: uso de datos personales de los usuarios de WhatsApp.** Facebook alegó no tener planes de modificar la forma de recolección de datos de los usuarios de WhatsApp. La Comisión consideró que incluso si Facebook optaba por recolectar datos de los usuarios de WhatsApp, ello solo incrementaría las preocupaciones de la competencia si la concentración de control de datos de Facebook le permitiera reforzar su posición en la publicidad¹³⁹. Analizando el mercado de la publicidad digital, la Comisión concluyó que existían otros competidores como Google, Amazon, Apple, Microsoft, que también utilizaban los datos de sus usuarios y que por lo tanto había una

¹³⁶ Maruice E y Allen P. Cit, p. 69.

¹³⁷ European Commission Mergers: Commission Approves Acquisition of Whatsapp by Facebook, Press Release, 3 October 2014. Commission Decision C(2014)7239.

¹³⁸ Maruice E and Allen P. Cit. 70

¹³⁹ European Commission Mergers: Acquisition of Whatsapp by Facebook. Cit. p 3.

competencia significativa al respecto. La Comisión estableció que a pesar de que la entidad fusionada utilizara los datos de los usuarios de WhatsApp para mejorar el funcionamiento de Facebook, **existían otros usuarios de datos de internet que eran igualmente valiosos** para propósitos de publicidad y que no se encontraban bajo el exclusivo control de Facebook. La Comisión comete un error al no tener en cuenta la velocidad como dimensión del *big data*. Según la Comisión, existirían otras empresas más allá de Facebook fusionada, que podrían ofrecer datos para ser vendidos vía publicidad. Sin embargo, los datos que pueden ser valiosos para Facebook, pueden no serlo otros competidores. Por ejemplo, gracias a la velocidad de análisis de Facebook, si detecta en los mensajes que alguno de sus usuarios quiere comer, puede introducir publicidad dirigida a restaurantes. Esta capacidad de reacción asociada a los datos de carácter personal de que Facebook dispone, no la tienen otras empresas competidoras. La velocidad como característica definitoria del *big data*, es muy importante para analizar este caso y sin embargo, no es tenida en cuenta por la Comisión Europea.¹⁴⁰

La Comisión Europea, para estimar la cuota de mercado de Facebook y sus competidores, decidió estimar la cuota de datos (*share data*) de estas empresas¹⁴¹. En este sentido, se puso de relieve la complejidad a la hora de determinar la cuota de mercado en mercados tecnológicos de rápida transformación. Por ejemplo, la estimación de cuotas de mercado basadas en el parámetro tradicional de beneficios procedente de ventas no conduce a una adecuada estimación de la posición de mercado de empresas como WhatsApp o Facebook ya que su sistema de monetización varía mucho según la empresa (por ejemplo vía publicidad o vía suscripción)¹⁴².

La Comisión se planteó adoptar **parámetros de consumo de las app o redes sociales** (por ejemplo número de mensajes enviados/recibidos o tiempo empleado en la app). Facebook planteó como forma de medir la cuota de mercado basarse en índices métricos que median la tasa de penetración de una app entre los usuarios, pero este sistema planteaba otros problemas, entre ellos; sobreestimaba las tasas de pequeños competidores¹⁴³. A pesar de estas limitaciones, la Comisión consideró que esta era la

¹⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁴¹ Maruice E and Allen P. Cit., p. 72

¹⁴² Ocello, C. Sjödin, and A. Subocs. Cit. p. 18.

¹⁴³ *Ibidem*.

mejor manera de medir la cuota de mercado. Otras de las limitaciones encontradas es que en mercados de naturaleza de cambio rápido, las cuotas de mercado cambian frecuentemente en cuestión de semanas o meses basados en tendencias pasajeras. Estas limitaciones han sido reconocidas en el caso Cisco;

“El sector de las comunicaciones del consumidor es un sector reciente y de rápido crecimiento que se caracteriza por ciclos cortos de innovación en los que grandes cuotas de mercado pueden llegar a ser efímeras. En un contexto tan dinámico, las altas cuotas de mercado no son necesariamente indicativas de poder de mercado y, por lo tanto, de un daño duradero a la competencia”¹⁴⁴

La idea de adoptar parámetros de consumo de las app como forma de estimar la cuota de mercado de los datos (*share data*) ha sido criticada pues no se puede comparar directamente los datos de WhatsApp con los de Microsoft o Facebook. La razón es que a la hora de hablar de datos, la Comisión, no tiene en cuenta que el valor intrínseco de los datos depende del contexto de uso de los mismos¹⁴⁵, si no se tiene en cuenta ese contexto que englobe un análisis de las 4V's del *big data*, el valor económico de los datos como medida de la cuota de mercado de las empresas, no tiene ninguna utilidad.

5.2.2. *Los consumidores*

La Comisión sostiene que las preocupaciones del control de datos excesivo es una cuestión exclusiva de protección de datos y no de competencia. La Comisión no analiza si los consumidores resultarían perjudicados derivados de la posible recolección de datos que Facebook haría de los usuarios de WhatsApp. La Comisión solo analiza el potencial daño en el mercado de la publicidad. Se considera que cualquier preocupación sobre la privacidad de los datos incrementada como consecuencia de la concentración empresarial no cae dentro del análisis del Derecho de la Competencia sino en la normativa de protección de datos. Esto resulta contradictorio con otras decisiones de la Comisión, ya que en otras ocasiones ha confirmado como la degradación de políticas de protección de

¹⁴⁴Sentencia del Tribunal General, de 11 de diciembre de 2013. Cisco Systems, Inc. y Messagenet SpA contra Comisión Europea.

¹⁴⁵ Ocello, E., Sjödin, C., Subocs, A, Cit. p. 80.

privacidad puede violar las normas de competencia. Esto sucede por ejemplo, en el caso Google/DoubleClick¹⁴⁶ o en el caso Asnef-Equifax¹⁴⁷.

La Comisión nunca analizó si existían suficientes competidores que permitieran a los consumidores cambiar de servicios a otros con mejores políticas de privacidad, o si por el contrario se sentirían obligados a permanecer con el servicio derivado de la posición dominante de la nueva entidad. La realidad ha dejado claro que la Comisión debió analizar este aspecto, pues tras la concentración de ambas empresas y a pesar de que la reputación de WhatsApp respecto a su política de privacidad se ha visto dañada gravemente¹⁴⁸, los usuarios no han cambiado de plataforma.

Uno de los argumentos de la Comisión que llevaron a autorizar dicha concentración empresarial fue que existían competidores suficientes para que en caso de que se produjera una reducción de las políticas de seguridad de WhatsApp, los usuarios pudieran cambiarse a otras plataformas de la competencia, sin embargo, la realidad es que a pesar de estas deficiencias reportadas no ha sido así debido en parte a que la posición de Facebook se vio reforzada. Esto puede ser un indicio suficiente de, abuso de la posición dominante de Facebook que perjudica a los consumidores.

¹⁴⁶ Decisión de la Comisión, de 11 de marzo de 2008, en el asunto Google/Double Click.

¹⁴⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 23 de noviembre de 2006. Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL contra Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc).

¹⁴⁸ Por ejemplo, en el año 2015, WhatsApp recibió calificaciones de privacidad muy negativas, incluso por debajo de las calificaciones de Facebook.

6. ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE: CASO GOOGLE

En noviembre de 2010, la Comisión Europea inició investigaciones hacia la empresa Google Inc. por posible abuso de su posición dominante y la respectiva vulneración del Art. 102 TFUE¹⁴⁹. Google habría sido acusado de abuso de posición dominante por manipular sus algoritmos de búsqueda general (*Google Search*) con el objetivo de dar un tratamiento privilegiado a sus propios servicios verticales de comparación de precios (*Google Shopping*). La actuación afectaría a los trece Estados miembros del Espacio Económico Europeo en los que *Google Shopping* se encuentra presente¹⁵⁰. Esta conducta es la que, en principio tendría cabida en el Art. 102 TFUE¹⁵¹. La Comisión el pasado 27 de junio de 2017, finalizó la investigación imponiendo a Google una multa de 2.424.495.000 euros y la obligación de garantizar la igualdad del tratamiento de los servicios propios y rivales de búsqueda general de *Google Search*.

6.1. Definición del mercado relevante

La Comisión, establece que el mercado relevante de referencia en el asunto es el **mercado de los servicios de búsqueda general** y el **mercado de servicios de compras comparativas**¹⁵². Según la Comisión, se trata de dos mercados diferentes ya que los servicios de compra de comparativas no son intercambiables con los servicios ofrecidos por los motores de búsqueda especializados en otros ámbitos (por ejemplo motores especializados en búsqueda de vuelos o restaurantes)¹⁵³.

La Comisión establece que el **mercado geográfico de referencia** es el EEE, y que Google ostenta una posición de dominio en el mismo¹⁵⁴. La Comisión llega a esta conclusión estimando las cuotas de mercado de Google, considerando las altas barreras de entrada a nuevos competidores, poniendo de relieve la poca frecuencia con la que los

¹⁴⁹ Van Loon, S. Cit. p. 9.

¹⁵⁰ Solano Díaz, P. Cit. p. 96.

¹⁵² Decisión de la Comisión del 27 de junio de 2017, relativa a un procedimiento en virtud del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

¹⁵³ *Ibidem*. p. 9.

¹⁵⁴ Según la Comisión, Google tiene una posición dominante en todos los países del EEE desde el año 2007, excepto en Chequia, donde tiene una posición dominante desde el año 2011. *Ibidem* p. 9.

usuarios utilizan otros motores de búsqueda general (ausencia de *multihoming*) y la falta de poder de negociación de los usuarios. Además, la Comisión, no considera que el hecho de que se ofrezcan estos servicios de forma gratuita, ello afecte a la independencia del mercado¹⁵⁵.

Una de las principales deficiencias del análisis de la Comisión, es que la posición de dominio del mercado relevante se estima en base a una elevadas cuotas de mercado mantenidas de forma invariable desde el año 2008. La realidad es que no se tienen en cuenta las características principales del mercado de los servicios de búsqueda, esto es; (i) el *multihoming* y (ii) la inestabilidad de las cuotas de mercado derivadas de los bajos costes de cambio (*switching costs*) de una plataforma a otra. En un escenario en el que los costes de cambio son tan bajos para los usuarios, la fidelidad a *Google Search* solo puede encontrar explicación o en las propias preferencias del consumidor o en la ausencia de competidores eficientes.

Con respecto a las preferencias del consumidor, puede resultar discutible que un comportamiento irracional del consumidor (ir en contra de sus propias preferencias porque no existen competidores eficientes) sea determinante de indicios de una posición de dominio y abuso de la misma (eso sin embargo, sí fue considerado en el caso Microsoft¹⁵⁶). En cambio, una conducta racional de los consumidores, que lleve a la permanencia temporal a favor de Google, sería un argumento a favor de que en realidad Google compite vía méritos, ya que la degradación de la relevancia de los resultados orgánicos provocaría una pérdida de usuarios racionales¹⁵⁷.

6.2. La posición dominante de Google en el mercado de la búsqueda general

La Comisión considera que Google incurre en abuso de la posición dominante al visualizar de manera más favorable, en sus páginas de resultados de búsqueda general (resultados orgánicos), su propio servicio de compras comparativas sobre la competencia. La razón de considerar esta conducta como abusiva es que; Google favorece los flujos de

¹⁵⁵ *Ibidem*. p. 9.

¹⁵⁶ Decisión de la Comisión, de 24 de marzo de 2004, en el asunto Microsoft Copr. (COMP / C-3 / 37.792) y Sentencia del TPI, de 17 de septiembre de 2007, en el asunto T-201/04, Microsoft Copr. c. Comisión, de 24 de mayo de 2006.

¹⁵⁷ *Ibidem*.

tráfico de los servicios de compras comparativas hacía su propio servicio, reduciendo así el tráfico de la competencia. Esto puede tener efectos anticompetitivos en los mercados de búsqueda especializada y en el mercado de búsqueda en general¹⁵⁸.

La forma en la que Google trata de forma más favorable sus propios servicios de búsqueda general, es mediante una modificación de los algoritmos que hace que los servicios de compras comparativas de la competencia sean menos visibles en sus páginas.¹⁵⁹

La visualización en este caso es clave, pues, las pruebas (presentadas por una empresa independiente, *Sistrix*) reflejan que la visualización más favorable del servicio de compras comparativas de Google, lleva a un aumento del tráfico hacia su servicio. Según la Comisión, dado que Google representa una gran parte del tráfico de los servicios de compras comparativas competidores (incluido *AdWords*, de aplicaciones móviles y tráfico directo), su actuación tiene el potencial suficiente para afectar a la competencia. Dicha afectación, generaría comisiones más elevadas para los comerciantes, unos precios más elevados para los consumidores y una menor innovación. Además, la conducta de Google, podría reducir la capacidad de los consumidores de acceder a servicios de compras comparativas de mejor calidad o más interesantes para ellos. Ante esta situación, Google no fue capaz de aportar pruebas suficientes que justificaran dicha conducta en términos de eficiencia pretendida. Tampoco aporta argumentos que permitan considerar que las potenciales eficiencias logradas primarían sobre los efectos negativos de la competencia y el bienestar de los consumidores¹⁶⁰.

Uno de los principales problemas identificados en la Decisión de la Comisión es que no tiene en cuenta la naturaleza **multilateral del mercado de motor de búsqueda** (*two-sided markets*), la cual desempeña un papel importante en otras decisiones de la Comisión (como el caso *Facebook/WhatsApp*¹⁶¹) y en resoluciones del Tribunal General, con respecto al control de concentraciones empresariales (caso *Cisco Systems y Messagenet* contra Comisión¹⁶²). Es importante que la Comisión a la hora de valorar abusos de la posición dominante en el ámbito de los mercados de motor de búsqueda tenga en cuenta

¹⁵⁸ *Ibidem* p. 9

¹⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁶⁰ *Ibidem*.

¹⁶¹ Decisión de la Comisión, asunto *Facebook/WhatsApp*. *Cit.*

¹⁶² Sentencia del Tribunal General, de 11 de diciembre de 2013, en el asunto T-79/12 *Cisco System y Messagenet* contra Comisión.

la naturaleza bilateral (*two-side markets*) de éstos y los principales conductores de la competencia del mercado de internet. Y es que en esos mercados, altamente concentrados, los **efectos de red indirectos** generan: (i) barreras de entrada (derivado de las economías de escala necesarias para alcanzar un determinado número de usuarios en un lado de la plataforma, para obtener rentabilidad en el otro lado¹⁶³) y (iii) favorecen el efecto “captura de consumidores”.

A continuación se explican, cuáles son los conductores de la competencia en los mercados bilaterales propios de las plataformas de internet y las características que las autoridades de la competencia deberían tener en cuenta a la hora de valorar una situación de abuso de la posición dominante.

6.2.1. *Conductores de la competencia en los mercados de internet*

Muchas empresas de éxito en internet se encuentran en posiciones próximas a las propias de un monopolio. Ejemplos típicos son Google, Youtube o Facebook, las cuales ostentan una posición de dominio en sus respectivos mercados relevantes. Una de las cuestiones que deben ser planteadas es si los monopolios de internet disfrutan de una posición de dominio porque se protegen de la competencia generando barreras de entrada o si simplemente disfrutan de unos beneficios derivados de una superior tecnología e innovación¹⁶⁴. Existen tres mercados particulares de internet, en los que las concentraciones de las empresas son elevadas: (i) el mercado de servicios de motor de búsqueda (como Google), (ii) el mercado de servicios de subastas en línea o de transacciones (como Ebay) y (iii) servicios de redes sociales (como Facebook).

El mercado de internet, en contraposición a los mercados tradicionales, se caracterizan por presentar **efectos directos e indirectos de red** así como bajos costes de cambio (*switching costs*)¹⁶⁵. El mercado normalmente es calificado como un **mercado de doble cara** (*two sided markets*) cuando los efectos indirectos tiene una gran importancia. Esta es una de las principales diferencias con los mercados “tradicionales”.

¹⁶³ Solano Díaz P. *Cit.*, p. 98.

¹⁶⁴ Haucap, J.; Heimeshoff, U. *Cit.* p. 50

¹⁶⁵ Evans y Schmalensee 2007. Citado en *Ibíd.*, p. 50.

Los **efectos directos de red** (*direct network effects*) se generan cuando la utilidad de que un usuario emplee un servicio concreto, genera directamente un incremento en el número total de usuarios.¹⁶⁶ Los efectos directos se encuentran relacionados con el “tamaño” de la red de usuarios. Por ejemplo, Skype (plataforma de red de telecomunicación de internet), resulta mucho más atractiva si la plataforma la utilizan más personas, ya que las posibilidades de comunicación entre los usuarios se incrementan. Otros ejemplos engloban empresas propias de las redes sociales como Facebook o LinkedIn.

Los **efectos indirectos de red** (*indirect network effects*), a diferencia de los efectos directos, no dependen directamente del tamaño de la red de usuarios. El efecto indirecto se ve mejor con un ejemplo: en Ebay, más compradores atraen a su vez más vendedores dispuestos a ofrecer sus servicios en la plataforma. La razón es que, de un lado, los vendedores tienen más probabilidades de vender sus bienes si el número de compradores que utiliza la plataforma se incrementa. De otro lado, la competencia entre los compradores será más intensa y hará que el precio de los bienes se incremente (pues los precios de la subaste se incrementarán¹⁶⁷).

En cuanto se identifican efectos indirectos, se pueden observar los dos lados del mercado: los compradores (o usuarios) y los vendedores. En el caso de Ebay, los compradores serían todos los usuarios que entran en la plataforma para subastar por productos y los vendedores serían los que ofrecen sus productos en la plataforma. Para la empresa Facebook, el lado de los “compradores” serían los usuarios que publican contenido en la red social y se comunican otros usuarios; los “vendedores” serían aquellas empresas de publicidad que aprovechan la concentración de personas en una red social para dar a conocer sus productos. En los mercados de doble cara, ninguna de las dos partes del mercado querrá asociarse con la otra si no son lo suficientemente grandes. Esto ha sido definido por autores como el problema de “la gallina y el huevo”: dónde ambos lados del mercado se afectan entre sí y ningún lado puede emerger sin el otro¹⁶⁸.

El Derecho de la Competencia debe tener en cuenta que, los efectos indirectos de red habitualmente causan que el tamaño de las plataformas de internet sean necesarios para

¹⁶⁶ Rohlfs 1974, Katz y Shapiro, 1985. Citados en *Ibíd.* p. 51.

¹⁶⁷ Rochet y Tirole 2003; Evans y Schmalensee 2007. Citados en *Ibíd.* p. 52

¹⁶⁸ Caillaud y Jullien 2003. Citados en *Ibíd.* p. 52

alcanzar la eficiencia en la utilización de la plataforma. Por ello, **una alta concentración en estos mercados no puede ser interpretado de la misma forma que tradicionalmente se ha hecho**¹⁶⁹.

Los efectos indirectos de red son los responsables de que en estos mercados, la concentración sea más elevada. Sin embargo, la presencia de efectos indirectos de red en sí mismos, no son suficientes para generar un monopolio. Es decir, los efectos indirectos de red no suponen directamente que el mercado de Internet genere una posición de dominio. La razón es que, como algunos autores han señalado (Caillaud y Julien, 2003), **el monopolio puede ser eficiente** porque los efectos de red son maximizados cuando todos los agentes se coordinan en una única plataforma. En otras palabras, efectos de red fuertes, pueden dar lugar a una gran concentración de mercado, pero a la vez, ello puede incrementar la eficiencia de la plataforma. Además, en los mercados de internet, encontramos otras características que impulsan el mercado a competir, como: (i) las restricciones de la capacidad, (ii) la heterogeneidad de las preferencias de los usuarios y (iii) las llamadas posibilidades de *multi-home*¹⁷⁰.

Las **restricciones de la capacidad**, se encuentran vinculadas con una sobresaturación de la plataforma. Por ejemplo, el espacio destinado a la publicidad suele estar limitado en las plataformas de internet para evitar una sobresaturación de la misma y para evitar que sea percibido como una intrusión por parte del consumidor (lo que rebajaría el valor de la plataforma e impulsaría al cliente a buscar otra oferta en la competencia).

La **heterogeneidad de las preferencias de los usuarios de las plataformas** lleva a una plataforma más diferenciada. Esto genera para el mercado de los consumidores un “coste adicional” al incrementar el coste de la búsqueda. Pero, para el mercado de los vendedores (el de la publicidad) un beneficio, pues pueden focalizar su publicidad más fácilmente. Si, por ejemplo, solo ciertas personas visitan una plataforma en particular (como algunas plataformas son, por ejemplo, visitadas principalmente por mujeres, jugadores de golf, académicos, etc.), la publicidad dirigida es mucho más fácil para los anunciantes¹⁷¹. Cuanto más diversidad de usuarios exista, más fácil será para las

¹⁶⁹ Wright, 2004. Citado en *Ibíd*em p. 52.

¹⁷⁰ Haucap y Wenzel, 2011. citado en *Ibíd*em. p. 53.

¹⁷¹ *Ibíd*em, p 53.

plataformas diferenciarse, más plataformas surgirán y menor será el grado de concentración¹⁷².

Las **posibilidades multihome**, hacen referencia a la posibilidad de que los usuarios empleen más de una plataforma. Cuanto menores sean los costes de cambio entre las plataformas (*switching costs*) y las tasas cargadas por el uso de las mismas, más usuarios acudirán a más plataformas, fomentando así la competencia. Con respecto a los plataformas de búsqueda como Google, cambiarse a otra plataforma como Bing u otra especializada como Amazon, no tiene muchos costes asociados. Sin embargo, en el ámbito de las redes sociales como Facebook, los costes de cambio son mucho más alto debido a la fuerza de los efectos directos de red y la necesidad de la coordinación de la usuarios para conectarse. Mientras que en Google, no se identifican efectos directos (es decir, no importa directamente cuánta gente usa Google) no sucede mismo con Facebook dónde el número de usuarios es quizá el factor más determinante de la plataforma.

La entrada en el negocio de nuevos competidores en el mercado de los motores de búsqueda no es fácil derivado de los efectos de red indirectos y las economías de escala las cuales se basan, al menos de forma parcial, en los efectos de aprendizaje derivados del número de búsquedas realizadas en la red¹⁷³.

6.2.2. *La competencia en los mercados de motores de búsqueda*

El mercado de los motores de búsqueda es un mercado muy concentrado. Google, por ejemplo, es el líder del mercado de motores de búsqueda en los países occidentales, Baidu lo es en China y Yandex en Russia¹⁷⁴. La forma de obtener beneficios en publicidad en estas plataformas es vía “*pay-per-click*”, lo que hace que, una plataforma con 10.000 clics resulte mucho más atractiva que muchas pequeñas plataformas que inducen 1.000 clics cada una¹⁷⁵. Además, los grandes motores de búsqueda son más rentables que los pequeños porque pueden existir costes fijos en las páginas web asociados a las campañas de monitoreo de publicidad y los motores de búsqueda grandes permiten aplicar

¹⁷² *Ibidem*.

¹⁷³ Manne y Wright 2011. Citado en *Ibidem*. p. 54.

¹⁷⁴ *Ibidem*. p. 54.

¹⁷⁵ Manne y Wright 2011. Citado en *Ibidem*. p. 55

publicidad dirigida¹⁷⁶ (porque tienen acceso a *big data* y pueden analizar el comportamiento del clic del usuario).

Los costes de cambio de una plataforma de búsqueda a otra parecen ser bajos, por lo que determinar qué hace que un servicio de búsqueda sea mejor que otro (en términos de calidad) es importante para las empresas. Según los expertos (Argenton y Prüfer, 2012), los atributos más importantes para los clientes son: (i) la exactitud general de los resultados de búsqueda, (ii) la velocidad de carga de la página y (iii) la relevancia en tiempo real. En general, la calidad del servicio se puede medir por “el tiempo esperado que un usuario necesita para obtener un resultado satisfactorio”, lo que depende de: (i) la calidad del algoritmo de búsqueda, (ii) la calidad del hardware y (iii) la calidad de los datos (*big data*)¹⁷⁷. La calidad de los datos hace referencia tanto a los datos disponibles libremente en internet como los datos específicos que la plataforma recolecta a lo largo de todas las búsquedas realizadas por los usuarios (esto sería el *big data* propiamente dicho empleado por las empresas para mejorar sus servicios).

El principal problema para la competencia de estas empresas es la limitada disponibilidad de datos de búsqueda de calidad (aspecto cualitativo del *big data*)¹⁷⁸. Gracias a su alta cuota de mercado, Google tiene acceso a los datos de búsqueda históricos y al comportamiento del consumidor, cuestiones de importancia para garantizar el éxito de los servicios de búsqueda online ya que; los datos son necesarios para mejorar los algoritmos de búsqueda. Cuantos más datos de búsqueda tenga un operador, mejores serán sus algoritmos de búsqueda. Este proceso da como resultado, en principio, una mejor calidad del motor de búsqueda y proporciona una ventaja competitiva para el líder del mercado, es decir, Google¹⁷⁹.

A pesar de que el tamaño de la empresa sea una ventaja competitiva, esto no parece ser una razón suficiente para que las autoridades de la competencia intervengan alegando la protección de la competencia. Para que la empresa sea acusada por abuso de la posición dominante, **debe existir abuso en sí mismo**. Recientemente, Google ha sido acusada de

¹⁷⁶ *Ibíd.* p. 55.

¹⁷⁷ *Ibíd.* p. 56

¹⁷⁸ Levy 2009, Argenton y Prüfer 2012 Citados en *Ibíd.* p. 56

¹⁷⁹ *Ibíd.* p. 56

abusar de su posición dominante por favorecer resultados de búsqueda de sus propios servicios frente a la competencia. Algunos autores (Solano Díaz, 2017), ven esta prohibición como un deber de cargo de la empresa dominante de no discriminar a sus rivales en un mercado relacionado¹⁸⁰, lo que sería una especie de obligación de tratar a los competidores en los mismos términos que la empresa dominante trata consigo misma.

Algunos autores (Argenton y Prüfer, 2012) consideran que es necesario que Google comparta sus datos de motor de búsqueda para favorecer la competencia en los mercados de motores de búsqueda, argumentado que los potenciales competidores difícilmente podrían alcanzar a Google derivado de la imposibilidad de acceder a datos históricos. Otra solución planteada (Haucap, 2012) es que, Google coloree los antecedentes de búsqueda de sus propios servicios como si fueran enlaces patrocinados; de esta forma, los consumidores pueden evaluar mejor el servicios y en caso de no estar satisfechos acudir a otra plataforma. El incremento de la transparencia es la clave para resolver muchos de los problemas asociados con una potencial discriminación en los motores de búsqueda vertical¹⁸¹.

¹⁸⁰ Lo que se conoce como “auto-favorecimiento” o en inglés, *self-preferencing*. Solano Díaz P. Cit. p. 99.

¹⁸¹ Pollock (2010); Manne y Wright (2011); Bork y Sidak (2012). Citados en Haucap J.,y . Heimeshoff. U. Cit. p.57.

7. LOS DATOS COMO PUNTO DE INTERSECCIÓN ENTRE LA PRIVACIDAD Y COMPETENCIA

Desde el punto de vista de la competencia, los datos constituyen un tipo de activo cuyo valor competitivo puede variar considerablemente según el contexto¹⁸². El desafío para los jueces y tribunales será identificar aquellos casos merecedores de un mayor análisis porque el tratamiento de datos sea competitivamente benigno y económicamente beneficiosos por impulsar la innovación¹⁸³. Cuantos más datos puedas recolectar, más sabes de tus usuarios, mejor producto ofreces pero más poderoso te vuelves contra otros. Se debe identificar cuándo la posesión de gran cantidad de datos de carácter personal trae problemas de privacidad y de competencia al mismo tiempo¹⁸⁴.

Los mercados online en muchas ocasiones proporcionan servicios a un precio cero, pero a menudo a un gran coste de oportunidad; menor protección de privacidad de datos de la plataforma. En mercados bilaterales en los que los productos son ofrecidos a un precio cero y monetizados por medio de publicidad dirigida, la privacidad de los datos personales se puede presentar como una moneda de cambio.

Como consecuencia de aplicar políticas de privacidad laxas, los consumidores pueden experimentar una serie de perjuicios; por ejemplo, pueden llegar a pagar un precio superior por un producto o servicio debido a información errónea recolectada o inferida por las empresas¹⁸⁵.

A pesar de las consecuencias negativas para el propio consumidor derivadas de políticas de privacidad abusivas con sus datos, no parece que el mercado responda de forma natural ante la preocupación. Una respuesta apropiada por parte de los consumidores disconformes con políticas de privacidad invasivas, sería marcharse a la competencia. Sin embargo, esto no es así. Por ejemplo, a pesar de los recientes escándalos de fuga de datos de Facebook¹⁸⁶, no parece que los usuarios hayan respondido con un salto a la

¹⁸² Greg Sivinski, A. y Lars K., “*Is big data a big deal? A competition law approach to big data*”. *European Competition Journal*, Vol 13, NOS 2-3, 199-277. P. 198

¹⁸³ *Ibidem*. 197.

¹⁸⁴ Entrevista con Margrethe Vestager, (Enero 2015). “On her political past and her plans as European Commissioner for Competition”, *MLex Special Report*.

¹⁸⁵ Ezrachi A. y Stucke E., (noviembre de 2016). “*Virtual Competition: the promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*”. Harvard University Press.

¹⁸⁶ Presunto acceso indebido de datos de 50 millones de usuarios de Facebook por parte de la empresa Cambridge Analytica.

competencia: las únicas consecuencias percibidas de forma inmediata fueron una caída del valor de las acciones de la compañía peor no una “fuga masiva de usuarios”.

No parece que, la ausencia de reacción por parte de los consumidores se vincule con una ausencia de preocupación por su privacidad. Por ejemplo, Una encuesta realizada en el 2015 a 1.506 americanos arroja una serie de datos al respecto¹⁸⁷; la encuesta revela que en lugar de aceptar el uso de bienes o servicios a un precio cero y “vender” su privacidad, parece que el usuario se siente resignado a la inevitabilidad de la supervisión de sus datos debido al poder del mercado de las empresas.¹⁸⁸

En este contexto, surgen las preocupaciones de la normativa de protección de datos y sus respectivas sanciones derivadas de un mal uso de los datos de carácter personal de los usuarios. Por ejemplo, en el año 2012, las autoridades de protección de datos de la UE investigaron si Google cumplía con su política de privacidad de conformidad con la Legislación Europea en materia de protección de datos. Las autoridades encontraron que Google proveía de información insuficiente a sus usuarios, especialmente con respecto al propósito y las categorías de procesamiento de sus datos¹⁸⁹. La UE advirtió a Google que no podía recolectar grandes cantidades de datos de carácter personal de sus usuarios de internet sin demostrar que esa recolección tenía un fin de ser; ya que según su entonces política actual Google podría emplear prácticamente cualquier dato de todos los servicios ofrecidos y para cualquier fin. A pesar de que las autoridades de la UE instaron a Google a cambiar sus políticas, la empresa no llevó a cabo dicha adecuación, lo que le llevo a hacer frente de multas de hasta 900,000 €, la cantidad máxima permitida bajo la anterior legislación de protección de datos española¹⁹⁰.

A pesar de todas estas violaciones de la privacidad de los usuarios, no parece que Google haya perdido fuerza en el mercado. Esto es debido a que el consumidor no tiene mucho dónde elegir en un mercado online en el que el mayor buscador (Google), la mayor plataforma de videos (Youtube), el mayor emisor (Chrome), el email más utilizado

¹⁸⁷ PCAST report, Stucke, M. y Grunes, A. Cit., p. 57.

¹⁸⁸ CMA report, “feeling of a loss of control appears to be a core theme, perhaps helping to explain consumers. Stucke, M. y Grunes, A., Cit. p. 57.

¹⁸⁹ Carta del *Working Party*, sobre protección de datos del artículo 29 a Larry Page, 16 de octubre de 2002.

¹⁹⁰ Stucke, M. y Grunes, A. Cit, p. 63.

(Gmail) y el sistema operativo más utilizado en los móviles (Android), pertenecen a Google.

Algunos economistas defienden que si el consumidor no estuviera de acuerdo en el tratamiento que empresas como Google, Facebook o Amazon hacen de sus datos, de forma natural surgirían nuevos competidores con políticas más estrictas al respecto. Sin embargo, como señala el economista Joseph Farrell, si los consumidores han entendido que “no existe privacidad” y por lo tanto esperan una menor protección de su privacidad independientemente de la política de privacidad concreta de la firma; las empresas serán incapaces de beneficiarse de políticas más proteccionistas. No habrá pues incentivo en desarrollar políticas que garanticen una mayor seguridad de los datos personales del consumidor porque es más costoso y no se producirá un cambio de demanda hacia ellos (tal y como produciría en un *well-functioning market* ¹⁹¹).

7.1. Los datos: la nueva moneda de cambio.

En muchos establecimientos tradicionales, por ejemplo, supermercados, se ofrece una tarjeta de compra que recopila y almacena un registro de compras de los consumidores para que las tiendas puedan adaptar mejor sus ofertas¹⁹². En otros establecimientos, por ejemplo, en tiendas de ropa, como forma de proteger la propiedad, las personas que acceden a dichos establecimientos aceptan que se recopile información (vía cámaras de seguridad). En estos casos, podríamos decir que, la información cedida se entrega como parte del precio de acceso a la propiedad. Un consumidor preocupado por su privacidad, optaría por establecimientos en los que no se recopile su información.

Análogamente, los sitios de Internet con mayor frecuencia de tráfico son "gratuitos" en el sentido de que cobran una tarifa pecuniaria cero, sin embargo, requieren un pago no pecuniario: información. Facebook es un ejemplo. A pesar de que Facebook, se define a sí mismo como una plataforma “libre” (gratuita), en realidad cobra un precio no pecuniario por sus servicios: la recopilación de datos del usuario¹⁹³.

¹⁹¹ Farrell J. (2012), Citado en Maruice E and Allen P. Cit, p. 66.

¹⁹² Fuller, C.S. privacy law as price control. *European journal of law and economics*, 2018, vol. 45, no 2, p. 225-250. p.230

¹⁹³ *Ibidem*. p. 231.

Podemos decir que el precio es el pago que una parte hace a otra a cambio de un bien. Si un usuario visita una página web con publicidad, el precio que se paga por “consumir” el contenido online es la información recopilada sobre el usuario en dicha visita¹⁹⁴. En este sentido, existe evidencia empírica de que los individuos están dispuestos a pagar un mayor precio por los sitios webs que protejan mejor su privacidad¹⁹⁵.

Si la información proporcionada por los usuarios (los datos) es la nueva moneda de cambio en los mercados en los que los servicios se ofrecen a un precio cero, una regulación que permita a las empresas eludir proporcionar información sobre qué se hace con los datos de los usuarios sería el equivalente a permitir fijar un precio predatorio¹⁹⁶ (por debajo del precio de la media) que afecte a la competencia y a los consumidores (vía escasez de transparencia). La ley reguladora de la privacidad de los consumidores y en concreto, el nuevo Reglamento General de Protección de datos, actuará como un control de “precios” (considerando los datos de los usuarios como “precio” a pagar por utilizar sus plataformas). Además, esta regulación, al obligar a las empresas a informar previamente a los consumidores sobre el tratamiento de sus datos, permiten al cliente obtener plena información para optar por una empresa u otra, favoreciendo de esta forma la competencia del mercado¹⁹⁷.

7.2. La privacidad como parámetro de calidad

En el caso WhatsApp/Facebook analizado con anterioridad, la Comisión reconoce que si bien la privacidad cada vez es más valorada por los usuarios, existen otros parámetros para determinar analizar la competencia como el precio. La Comisión consideró que el parámetro de la privacidad no era determinante de la competencia entre las empresas de aplicaciones de comunicación, ya que la mayoría de las app no competían en ello. Finalmente, concluye que **las preocupaciones del control de datos excesivo por una de las partes es una cuestión exclusiva de protección de datos y no de competencia.**

Sin embargo, tal y como se ha enunciado con anterioridad, la Comisión, no tiene en consideración que los datos, han pasado a ser la nueva moneda de cambio en el sector

¹⁹⁴ *Ibíd*em p. 230.

¹⁹⁵ Tsai J. (2011). Citado en *Ibíd*em.

¹⁹⁶ *Ibíd*em. p. 232.

¹⁹⁷ *Ibíd*em.

digital. Ya no conviene hablar de precio como parámetro de competencia sino que, se debe comenzar a hablar de privacidad.

La privacidad debe ser reconocida como un parámetro de calidad en los entornos de competencia a precio cero. Si una empresa comienza a emplear los datos de sus usuarios de forma abusiva para proveerlos a terceras personas bajo la justificación de que así ofrece un producto mejor; sería el equivalente a admitir un incremento del precio abusivo y una degradación del servicio (vía política de privacidad laxa).

El economista Keith Waehrer, reconoce la necesidad de proceder a un análisis económico para explicar porqué los problemas del *big data*, son problemas de competencia que no deben ser resueltos solo vía normativa de protección de datos y de los consumidores, sino también por la vía del derecho de la competencia¹⁹⁸.

La pérdida de privacidad es un efecto anticompetitivo en los mercados impulsados por el *big data*. Demostrar esta afirmación acarrea problemas debido a la subjetividad de los consumidores a la hora de evaluar su privacidad¹⁹⁹ y por lo tanto a la hora de valorar la calidad del servicio. Otro problema es que en los mercados bilaterales, un mayor uso de datos de los usuarios genera efectos de carácter opuesto para los consumidores y para el mercado de la publicidad: para los consumidores más preocupados por su privacidad será negativo pero para las empresas de publicidad, será positivo²⁰⁰.

Partiendo de la base de que los consumidores valoran positivamente la privacidad, Waehrer considera que, las plataformas online compiten por ofrecer algún nivel de privacidad para hacer sus servicios más atractivos. Es decir, compiten en términos de privacidad. Si las empresas ofrecen bajos niveles de protección de privacidad es porque les resulta costoso. El empeoramiento de la calidad del servicio es análogo a la subida del precio, el daño para los consumidores es el mismo²⁰¹.

¹⁹⁸Waehrer, K..“Online services and the analysis of competitive merger effects in privacy protections and other quality dimensions” 2016. p. 2.

¹⁹⁹ OECD (2013), citado en *Ibídem* p. 5

²⁰⁰ *Ibídem* p. 3

²⁰¹ *Ibídem*. p. 4 y 5.

Uno de los retos para la competencia en los nuevos mercados pasa por descubrir cómo promover el bienestar general (vía calidad del servicio). Y para esto es necesario que las normas de privacidad y de competencia encuentren un punto de unión. La razón última es que siendo la privacidad un parámetro de calidad en los mercados bilaterales de internet, y reconociendo que la calidad impulsa la innovación y el crecimiento (y la peor calidad es perjudicial para los consumidores) y siendo esto un objetivo del derecho de la competencia, parece necesario que las autoridades de la competencia comiencen a reconocer el cambio hacia una competencia dinámica.

8. CONCLUSIONES

A lo largo del trabajo se han puesto de manifiesto las diferentes limitaciones que el Derecho de la Competencia experimenta cuando trata con empresas pertenecientes a los nuevos mercados económicos. La razón de estas limitaciones se deben a que los criterios de las autoridades de la competencia y la jurisprudencia se encuentran lejos de integrar en sus análisis las características de estos mercados. Por ejemplo;

- El test *SSNIP* basado en criterios de “precio”. No tendría aplicación para empresas como Facebook o WhatsApp que ofrecen sus servicios a un precio cero.
- La posición de dominio se suele estimar con cuotas de mercado según los beneficios empresariales. No puede existir un único patrón ante la diversidad de sistemas de monetización de las empresas de los nuevos mercados tecnológicos. Por ejemplo, algunas empresas obtienen beneficios vía suscripción (la estimación de la cuota entonces se debe basar en el número de suscriptores) y otras vías publicidad (la estimación de la cuota debería hacerse vía *share data*).
- Algunas conductas anticompetitivas como, los precios predatorios, tampoco tienen sentido para empresas que no compiten en precio sino en calidad del servicio.
- Los umbrales basados en el volumen de negocios han dejado de ser un criterio viable para identificar aquellas fusiones que tienen la consideración de dimensión comunitaria. Se debe adoptar otros patrones como por ejemplo, el valor de la transacción.
- No se puede considerar que una empresa, por el hecho de tener acceso a grandes cantidades de datos, dispone de una ventaja competitiva inalcanzable para la competencia. El *big data* debe ser contextualizado y se debe tener en cuenta todas sus dimensiones.
- Las posiciones de dominio de las empresas de los nuevos mercados tecnológicos son muy inestables debido al *multihoming* y los bajos costes de cambio de una

plataforma a otra. En este contexto, la fidelidad a una empresa no debe considerarse automáticamente como indicio de una posición de dominio.

La competencia dinámica propia de los mercados bilaterales ha llegado para quedarse. Las autoridades de la competencia deben actualizarse en este sentido. En estos nuevos mercados se compite en innovación y no en precio (como sucede en la competencia estática). La nueva moneda de cambio en los mercados de competencia dinámica es la privacidad. La pérdida de privacidad que los usuarios comienzan a experimentar (por ejemplo, el reciente escándalo de Facebook) es consecuencia de un efecto anticompetitivo de los mercados impulsados por el *big data*. Para frenar esta situación y alcanzar un equilibrio en el que se fomente la competencia y el bienestar de los consumidores, necesariamente el Derecho de la Competencia y la legislación en materia de Privacidad y Protección de datos deben caminar de la mano.

BIBLIOGRAFÍA

- Legislación

Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311

Ley 15/2003 del 7 de julio de Defensa de la Competencia (BOE núm. 159 de 04 de Julio de 2007).

Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (BOE: BOE núm. 50 de 27 de Febrero de 2008).

Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (DOUE nº L 024 de 29/01/2004).

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DOUE 12 de junio de 1985)

- Jurisprudencia

Sentencia del TJCE, de 13 de febrero de 1979, en el asunto 85/76, caso Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Comisión.

Sentencia del TJCE, de 13 de julio de 1989, en los asuntos acumulados 110/88, 241/88 y 242/88, Francois Lucazeau y otros contra Societe des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique (SACEM) y otros.

Sentencia del TJCE, de 14 de noviembre de 1996, en el asunto C-333/94 P, Tetra Pak International SA c. Comisión (Tetra Park II).

Sentencia del TJCE, de 21 de febrero de 1973, en el asunto 6/72, Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc. c Comisión Europea.

Sentencia del TJCE, de 27 de septiembre de 1988, en el asunto C-89/85, caso Pasta de la madera.

Sentencia del TJCE, de 29 de abril de 2004, en el asunto C-418/01, IMS Health GmbH &Co. OHG contra NDC Health BmbG &Co. KG.

Sentencia del TJCE, de 3 de julio de 1991, en el asunto C-62/86, AKZO Chemie BV c. Comisión (Akzo III).

Sentencia del TJCE, de 31 de mayo de 1979, en el asunto 22/78, caso Hugin.

Sentencia del TJCE, de 5 de octubre de 1988, en el asunto 238/87, AB Volvo c. Erik Veng.

Sentencia del TJCE, de 6 de abril de 1995, en los asuntos acumulados C-241/91 y C-242/91 P, caso Independent Television Publications Ltd c. Comisión.

Sentencia del TJCE, de 6 de marzo de 1974, en los asuntos acumulados 6 y 7773, Instituto Chemioterapico Italiano S.p.A y Commercial Solvents Corporation c. Comisión.

Sentencia del TPI de 6 de junio de 2002 en el asunto T-342/99, Airtours plc. c. Comisión.

Sentencia del TPI, de 17 de septiembre de 2007, en el asunto T-201/04, Microsoft Copr. c. Comisión, de 24 de mayo de 2006.

Sentencia del TPI, de 23 de octubre de 2003, en el asunto T-65/98, Van Den Bergh Foods c. Comisión, Rec. P. II-4653.

Sentencia del TPI, de 30 de septiembre de 2003, en el asunto T-203/01, Manufacture Française des Pneumatiques Michelin c. Comisión (Michelin II).

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 23 de noviembre de 2006; Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL contra Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc). Asunto C-238/05.

Sentencia del Tribunal General (Sala Cuarta) de 11 de diciembre de 2013. Cisco Systems, Inc. y Messagenet SpA contra Comisión Europea.

Sentencia TJCE, de 14 de febrero de 1978, en el asunto 27/76, United Brands Company y United Brands Continentaal BV c. Comisión.

- **Comunicaciones y Decisiones**

Comunicación de la Comisión, de 9 de diciembre de 1997, relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (DUCE C 372/5)

Comunicación de la Comisión, de 30 de agosto de 2014, sobre acuerdos de menor importancia (DOUE C-291)

Decisión de la Comisión, de 9 de diciembre de 1971, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 86 del Tratado CEE (IV/26.811 - Continental Can Company)

Decisión de la Comisión de 11 de diciembre de 2013, en el asunto Cisco Systems and Messagenet v Commission.

Decisión de la Comisión del 27 de junio de 2017, relativa a relativa a un procedimiento en virtud del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del artículo 54 del Acuerdo EEE. Asunto AT. 39740 – Búsqueda de Google (Shopping). Publicado el 12 de enero de 2018 en el Diario Oficial de la UE. Acceso en [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018XC0112\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018XC0112(01)&from=EN); última visita 12/04/18.

Decisión de la Comisión del 27 de junio de 2017, relativa a relativa a un procedimiento en virtud del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del Art. 54 del Acuerdo EEE. Asunto AT.39740 – Búsqueda de Google (Shopping)] [notificada con el número C(2017) 4444] (El texto en lengua inglesa es el único auténtico) (2018/C 9/08)

Decisión de la Comisión, 14 de mayo de 2008, en el asunto TomTom/TeleAtlas. (No COMP/M.4854)

Decisión de la Comisión, de 11 de julio de 1992, no publicada en el DO, y aparecida en los Common Market Law Reports 1992. C.M.L.R 255.

Decisión de la Comisión, de 11 de marzo de 2008, en el asunto Google/Double Click (No COMP / M.4731)

Decisión de la Comisión, de 13 de julio de 1990, en el asunto Elopak/Metalbox- Odin, DO L 209, de 1990.

Decisión de la Comisión, de 21 de diciembre de 1988, en el asunto IV/31.851, Magil tv Guide/ITP, BBC y RTE, DO L 78, de 1989.

Decisión de la Comisión, de 24 de marzo de 2004, en el asunto Microsoft Copr. (COMP. C-3 / 37.792)

Decisión de la Comisión, de 3 de octubre de 2014, en el asunto M.7217 Facebook/WhatsApp.

Directrices sobre evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas; 31 de marzo de 2004, disponibles en inglés en [https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0205\(02\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0205(02)&from=ES)
Última consulta 08/04/2018.

Documento de discusión relativo a la aplicación del Art. 82 del TCE relativo a abusos de exclusión, diciembre de 2005, Bruselas.

- **Obras doctrinales y otros**

Argenton C, Prüfer J (2012) Search engine competition with network externalities. J Compet Law Econ 8(1):73–105.

Barranco Fragoso R. “¿Qué es el Big Data?. Todos formamos parte de ese gran crecimiento de datos. Publicaciones IBM Software México. 18 de junio de 2012. Disponible en <http://www.ibm.com/developerworks/ssa/local/im/que-es-big-data/>. Último acceso 03/04/2018.

Bork RH, Sidak JG (2012) What does the Chicago school teach about Internet search and the antitrust treatment of Google? *J Compet Law Econ* 8:1–38.

Broseta Pont M. y Martínez Sanz F. Manual de Derecho Mercantil, Vigésima cuarta edición, Volúmen 1. Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A), Madrid 2017.

Caillaud B, Jullien B (2003) Chicken & egg: competition among intermediation service providers. *Rand J Econ* 34:309–328.

Carta del Working Party, sobre protección de datos del artículo 29 a Larry Page, 16 de octubre de 2002.

Cowen, Tim. "Big Data as a Competition Issue: Should the EU Commission's Approach Be More Careful." *Eur. Networks L. & Reg. Q.* 4 (2016).

Cukier, K., Mayer-schoenberger, V. *Big Data. La Revolución de los datos masivos*. Trad. Iriarte A. Turner Publicaciones S.L, Madrid, 2013.

Cukier, K., Mayer-schoenberger, V. The rise of big data: How it's changing the way we think about the world. *Foreign Aff.*, 2013, vol. 92, n.3, p. 28.

Entrevista con Margrethe Vestager, (Enero 2015). “On her political past and her plans as European Commissioner for Competition”, MLex Special Report.

European Commission Mergers: Commission Approves Acquisition of Whatsapp by Facebook, Press Release, 3 October 2014. Commission Decision C(2014)7239.

European Data Protection Supervisor, “Report of Workshop on Privacy, Consumers, Competition and Big Data,” 11 July 2014, p. 1. Disponible en

<https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-07->

[11_edps_report_workshop_big_data_en.pdf](#). Último acceso 04/04/2018.

Evans D, Schmalensee R (2007) The industrial organization of markets with two-sided platforms. *Competition Policy Int* 3:151–179.

Ezrachi A. y Stucke E , “Virtual Competition: the promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy”. Harvard University Press. Noviembre, 2016.

Farrel, J.. Can privacy be just another good. *J. on Telecomm. & High Tech. L.*, 2012, vol. 10.

Fernando Díez, E.. ¿ Qué queda del nuevo enfoque de la prohibición del abuso de posición dominante en la UE? Comentario a la Decisión INTEL, de 13 de mayo de 2009. *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, 2010, no 7, p. 285-306.

Fuller, C.S. privacy law as price control. *European journal of law and economics*, 2018, vol. 45, no 2, p. 225-250.

Fundamentos de Derecho Empresarial, Empresa, empresario y mercado, Vol I, Thomson ReutersCivitas, 2012. 2ª ed., [VEIGA COPO (Coord.)]. [reimpresión 2013]

Greg Sivinski, A, y Lars K, “*Is big data a big deal? A competition law approach to big data*”. *European Competition Journal*, Vol 13, NOS 2-3, 199-277.

Haucap J, Wenzel T (2011) Wettbewerb im Internet: was ist online anders als offline? *Z Wirtschaftspolit* . 60:200–211.

Haucap, J.; Heimeshoff, U. “Google, Facebook, Amazon, eBay: Is the Internet driving competition or market monopolization?”. *International Economics and Economic Policy*, 2014, vol. 11, o 1-2, p. 49-61.

Hovenkamp, H., “Discounts and Exclusions”, U Iowa Legal Studies Research Paper No. 05-18, Agosto 2005.

Information Commissioner's Office (ICO, autoridad de protección de datos de Reino Unido), "Big Data and Data Protection" (2014). Disponible en <https://rm.coe.int/big-data-and-data-protection-ico-information-commissioner-s-office/1680591220>. Último Acceso 03/03/2018.

J. Newman. "Facebook's WhatsApp Acquisition Explained", febrero 2014. Revista online Time. Disponible en; <http://time.com/8806/facebooks-whatsapp-acquisition-explained/>.

Katz M, Shapiro C (1985) Network externalities, competition, and compatibility. *Am Econ Rev* 75:424–440.

Laney D., "3D Data Management: Controlling Data Volume, Velocity, and Variety", publicaciones Meta Group, 6 de febrero 2001.

Levy S (2009) Secret of googlenomics: data-fueled recipe brews profitability. *Wired Magazine* 17 June.

Lundqvist B. "Standardization for the Digital Economy; the issue of Interoperability and Access under Competition Law". *The Antitrust Bulletin* 2017, Vol. 62(4) 710-725.

Manne GA, Wright JD (2011) Google and the limits of antitrust: the case against the case against Google. *Harv J Law Public Policy* 34:171–244.

McKinsey Global Institute. "Big Data: the next frontier for innovation, competition and productivity". Mayo 2011. Disponible en https://www.mckinsey.com/~/media/McKinsey/Business%20Functions/McKinsey%20Digital/Our%20Insights/Big%20data%20The%20next%20frontier%20for%20innovation/MGI_big_data_exec_summary.ashx. Último Acceso 04/04/2018.

Ocello, E., Sjödin, C., Subocs, A, "What's Up with Merger Control in the Digital Sector? Lessons from the Facebook/WhatsApp EU merger case". *Competition merger brief*, 2015, vol. 1.

OECD (2013): "The Role and Measurement of Quality in Competition Analysis", available at <http://www.oecd.org/competition/Quality-in-competition-analysis-2013.pdf>.

OECD, "Merger Review in Emerging High Innovation Markets", DAF/COMP (2002)20. Disponible en <http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/2492253.pdf>. Último acceso, 9/04/18.

OECD, "The Digital Economy", DAF/COMP(2012)22. Disponible en <http://www.oecd.org/daf/competition/The-Digital-Economy-2012.pdf>. Último acceso 0/04/18

OECD, "Exploring the Economics of Personal Data: A survey of Methodologies for Measuring Monetary Value"; OECD Digital Economy Paper No 220 (2013).

OECD. "Data-driven innovation for growth and well-being". Interim Synthesis Report. Octubre 2014. Disponible en <https://www.oecd.org/sti/inno/data-driven-innovation-interim-synthesis.pdf>. Último Acceso 03/04/2018.

Ortiz Blanco, L., Maíllo González-Orús, J., Ibáñez Colomo, P., y Lamadrid de Pablo, A. (2008). *Manual de Derecho de la Competencia*. Tecnos

Pollock R (2010) Is Google the next Microsoft: competition, welfare and regulation in online search. Rev.

Ponsoldt J. y Christopher D. Comparison between US and EU antitrust treatment of tying claims against Microsoft: when should the bundling of computer software be permitted. *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, 2006, vol. 27, p. 421.

Puyol Moreno J. "Una aproximación al Big Data", revista de Derecho UNED, núm 14, 2014.

PWC (2013) IAB Internet advertising revenue report, 2012 full year results. Online available at: <http://>

Rochet JC, Tirole J (2003) Platform competition in two-sided markets. *J Eur Econ Assoc* 1:990–1029.

Rodríguez, F. H; de Araoz, A.F; Acebo, G.. Precios predatorios y abuso de posición dominante: análisis crítico de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia a la luz de las resoluciones en los asuntos " BT/Telefónica" y " Tabacos de Canarias". *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, 1999, no 201, p. 9-34.

Rohlf J (1974) A theory of interdependent demand for a communications service. *Bell J*
Schroeck M. , Shockley R., Smart J, Romero-Morales D. y Tufano P, “Analytics: el uso del Big Data en el mundo real: cómo las empresas más innovadoras extraen valor de datos inciertos”. IBM Institute for Business Value y Saïd business School (University of Oxford)

Solano Díaz, P. “La decisión de la Comisión Europea en el asunto *google search*. La última frontera del derecho de la competencia”. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez / ISSN: 2174-0828 / 46-2017 / 96-103*.

Stucke, M. y Grunes, A, *Big data and competition policy*. Oxford University Press, 2016.
The Boston Consulting group (BCG). “To get started with big data. BCG Perspectives” (2013). Disponible en <https://www.bcg.com/capabilities/big-data-advanced-analytics/getting-started.aspx>. Último Acceso 03/03/2018.

Tsai, J. Y., Egelman, S., Cranor, L., & Acquisti, A. (2011). The effect of online privacy information on purchasing behavior: An experimental study. *Information Systems Research*, 22(2), 254–268.

Van Loon, S. The Power of Google: First Mover Advantage or Abuse of a Dominant Position?. En *Google and the Law*. TMC Asser Press, 2012. p. 9-36.

Vara de paz, N. La venta con pérdida. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 2010, no 54.
Waehrer, K (2016). “Online services and the analysis of competitive merger effects in privacy protections and other quality dimensions”.

Waelbroeck D. “The compatibility of tying agreements with antitrust rules: a comparative study of American and European rules”, Yearbook of European Law, vol 7, 1987, pp. 149-171.

Watson, N. (2008). Evaluación de efectos coordinados en concentraciones. In *Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación* (pp. 297-315). Dykinson.

White House. Executive Office of the President. Big Data. “Seizing opportunities, preserving values” (Big Data report). Mayo, 2014. Disponible en https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/docs/big_data_privacy_report_may_1_2014.pdf. Último acceso 03/04/18.

Wolters Kluwer Legal. Guías jurídicas. “Defensa de la competencia: Concepto y Normativa aplicable”. Disponible en http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjIINDtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAKGtcrDUAAAA=WKE. Último acceso, 08/03/18.