



FACULTAD DE DERECHO(ICADE)

CASO GOOGLE: APLICACIÓN DEL DERECHO DE
LA COMPETENCIA AL MERCADO DE INTERNET

Autor: José Carlos Redondo Verdú

5º E3 C

Derecho Mercantil

Tutor: Pablo Sanz Bayón

Madrid
Junio 2019

RESUMEN

El presente trabajo analiza la diferente aplicación del concepto de abuso de posición dominante en el caso Google Shopping teniendo en cuenta los distintos pronunciamientos ante la misma conducta llevados a cabo por la *Federal Trade Commission* en Estados Unidos y por la Comisión Europea. Presuntamente Google llevó a cabo una conducta abusiva sobre el mercado de búsqueda al manipular el motor de búsqueda general para dispensar un tratamiento privilegiado a sus propios servicios de comparación de precios. Esta actuación se produjo sin tener en cuenta la relevancia que revistiera para las consultas de búsqueda de los usuarios y en detrimento de los servicios de comparación de precios rivales de Google, dispensándoles un emplazamiento menos visible. En este trabajo se revisa el marco histórico del Derecho de la competencia y los diferentes enfoques existentes en los dos bloques geográficos de EEUU y Europa, así como las posiciones doctrinales de cada uno; al mismo tiempo se enuncian las peculiaridades de los modelos de negocio de las empresas tecnológicas digitales que hacen compleja la aplicación del Derecho de la competencia con premisas de los mercados tradicionales.

Palabras clave: Abuso de posición dominante, Derecho de Competencia, Mercados digitales, Caso Google Shopping, Comisión Europea.

ABSTRACT

The following paper analyzes the different application of the concept of abuse of dominant position in the Google Shopping case, taking into account the pronouncements made by the Federal Trade Commission in the United States and by the European Commission, regarding the same conduct. Allegedly, Google engaged in abusive behaviour on the search market by manipulating the general search engine to dispense privileged treatment to its own price comparison services regardless of the relevance they had for user search queries and giving Google's rival price comparison services a less visible location. This paper reviews the historical framework of competition law and the different approaches existing in the USA and Europe jurisdictions, as well as the doctrinal positions of each one; At the same time, the paper explains the peculiarities of digital

technology companies business models that make the enforcement of competition law complex with premises of traditional markets.

Key words: Abuse of a dominant position, Antitrust law, Digital markets, Google Shopping case, European Commission.

ÍNDICE

Abreviaturas	
1. Introducción	1
2. Objetivos del Derecho de la Competencia y problemas de aplicación de este Derecho a los mercados digitales.....	4
2.1 Objetivos del Derecho de la Competencia: enfoque estadounidense y europeo.....	4
2.2 Problemas de aplicación del Derecho de la Competencia a los mercados tecnológicos digitales.....	7
2.2.1 <i>Peculiaridades de los mercados tecnológicos digitales.....</i>	<i>7</i>
2.2.2 <i>Dificultades de aplicación del abuso de posición dominante a los mercados tecnológicos digitales.....</i>	<i>9</i>
3. Google y las sanciones impuestas por la Comisión Europea	11
4. Abuso de posición dominante en la UE	13
4.1 Marco normativo en la UE.....	13
4.2 El caso Google Shopping en la UE	17
4.2.1 <i>Razones de la Comisión para sancionar a Google</i>	<i>18</i>
4.2.2 <i>Respuesta de Google</i>	<i>20</i>
4.2.3 <i>Análisis crítico de la sanción Google Shopping</i>	<i>21</i>
4.3 Propuestas de la doctrina europea para una mejor aplicación del Derecho de la Competencia a los mercados tecnológicos digitales.....	28
5. Abuso de posición dominante en EEUU	31
5.1 Marco normativo en EEUU	31
5.2 El caso Google Shopping en EEUU	34
5.3 Propuestas de la doctrina estadounidense para una mejor aplicación del Derecho de la Competencia a los mercados tecnológicos digitales	39
6. La geopolítica en los mercados digitales y su influencia en el Derecho de la Competencia actual	41
7. Conclusiones.....	43
8. Bibliografía.....	46
9. Anexos.....	52
Anexo #1: Cuotas de mercado de Google en el período 2010-2013.....	52
Anexo #2: Figuras utilizadas en el trabajo	55

ABREVIATURAS

CECA: Comunidad Europea del Carbón y del Acero

CEE: Comunidad Económica Europea

CEEA: Comunidad Europea de la Energía Atómica

EEE: Espacio Económico Europeo

EEUU: Estados Unidos

FTC: *Federal Trade Commission*

SSNIP: test *Small but significant and non-transitory increase in price*

TDC: Tribunal de Derecho de la Competencia

TFUE: Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea

TJCE: Tribunal Justicia de las Comunidades Europeas

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

UE: Unión Europea

CE: Comisión Europea.

1. INTRODUCCIÓN

Las sucesivas sanciones impuestas por la Comisión Europea a las grandes empresas tecnológicas han abierto el debate de la aplicación de las normas de Derecho de la competencia a mercados digitales. La construcción del derecho de la competencia surgió de las doctrinas antimonopolistas estadounidenses en el siglo pasado como respuesta a la concentración empresarial en diversos sectores industriales con modelos de negocio totalmente distintos a los que plantean actualmente las empresas tecnológicas. Se puede estar produciendo un desfase en las normas reguladoras de la libre competencia respecto a la regulación en los mercados tecnológicos digitales. Actualmente la importancia de estas empresas como actores económicos es muy notable, pues están revolucionando la forma de trabajar en múltiples sectores además de agilizar el acceso a los mercados y eliminar fronteras gracias al proceso de digitalización. Hoy estas corporaciones se encuentran en la cima de las empresas más reconocidas y valoradas del mundo con una capitalización que supera el PIB de muchos países.

El objeto de este trabajo consiste en analizar la adecuación de las normas reguladoras del derecho de la competencia, específicamente el abuso de posición dominante en sectores tecnológicos digitales, teniendo en cuenta el dinamismo que requieren sus estructuras productivas consecuencia del proceso de innovación y cambio continuo al que están sometidos estos mercados.

En la primera parte de la investigación se hará una introducción referida a los orígenes del Derecho de la Competencia y los objetivos que guían las decisiones de las instituciones de la competencia de la Unión Europea y de Estados Unidos, así como los problemas que surgen al aplicar estas reglas en estos mercados donde la innovación es tan relevante. Después de una introducción que versará sobre la estructura empresarial de Google y de las principales sanciones que le ha impuesto la Comisión Europea se pasará a la segunda parte de la investigación. Esta parte de la investigación tratará sobre la regulación del abuso de posición dominante en la Unión Europea analizando el caso Google Shopping mediante la cual se expondrán las propuestas que ha dado la doctrina europea para regular las conductas de estas empresas. En la tercera parte de la investigación se planteará la regulación del abuso de posición dominante en Estados

Unidos analizando la decisión que han tomado respecto al mismo caso, para terminar con las propuestas que ha dado la doctrina estadounidense para regular estos mercados. La penúltima parte de la investigación versa sobre las razones geopolíticas en los mercados digitales que pueden influenciar las decisiones de las autoridades de competencia tanto europeas como estadounidenses. Por último, se expondrán las conclusiones acerca de la materia investigada.

El objetivo general de mi trabajo es poner de relieve el desajuste de las actuales reglas de competencia, cuyo énfasis, en términos generales se basa en factores como los precios o las barreras de entrada, que en modelos de negocio tradicionales pueden servir de referencia, mientras que, en entornos digitales, no son tan útiles para analizar la existencia de abuso de posición dominante. Para llevar a cabo esta investigación, parto de la hipótesis inicial de que la normativa reguladora de la defensa de la competencia y particularmente la relativa al abuso de posición dominante debe adaptarse a las características de los nuevos mercados. Para justificar esta hipótesis he comparado la decisión adoptada por la Comisión Europea en el caso Google Shopping, la cual impuso una sanción de 2.420 millones, frente a la decisión de archivar la investigación de la *Federal Trade Commission* sobre la base de compromisos presentados por la empresa Google, al considerar que no había prueba suficiente de malas prácticas.

Dentro de los objetivos particulares que nos van a ayudar a formular las conclusiones, se podrían citar los siguientes:

- Entender las características competitivas de los mercados tecnológicos.
- Explicar los requisitos para que se aprecie abuso de posición dominante.
- Analizar las propuestas de la doctrina para regular mejor las conductas competitivas de las empresas de estos sectores.
- Tratar de identificar las diferencias de aplicación de las autoridades de competencia europeas y estadounidenses.

Con el fin de cumplir los objetivos propuestos en este trabajo, accederemos a numerosas bases de datos científicas, como Ebsco Host, Dialnet, o SSRN, así mismo se consultarán una gran variedad de artículos, revistas y literatura relativas al asunto central de este trabajo, del mismo modo que accederemos a compendios legales y sentencias. Por ello, daremos un enfoque inductivo a este trabajo, en el que comenzaremos por recopilar toda

la información disponible sobre el tema, de manera que, tras un estudio exhaustivo sobre el mismo, llegaremos a plantear nuestras conclusiones. El tema del trabajo es bastante actual ya que la Comisión Europea sigue imponiendo sanciones millonarias a empresas tecnológicas. La sanción más reciente es del 26 de marzo de este año en el que la Comisión Europea ha multado a Google con 1.490 millones de euros por abuso de posición dominante con su servicio de publicidad digital AdSense. La utilidad de este trabajo por lo tanto reside en que se exponen algunos de los factores que pueden explicar las repetidas sanciones de la Comisión Europea a empresas tecnológicas.

2. OBJETIVOS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y PROBLEMAS DE APLICACIÓN DE ESTE DERECHO A LOS MERCADOS DIGITALES

2.1 Objetivos del Derecho de la Competencia: enfoque estadounidense y europeo

Antes de entrar a analizar cuáles son los objetivos del Derecho de Competencia hay que hacer una pequeña introducción de los inicios de este Derecho. El Derecho de la Competencia surge a finales del siglo XIX en los EEUU, desde donde fue extendiéndose progresivamente al resto del mundo para convertirse hoy día en un cuerpo de normas de aplicación prácticamente universal. Las particularidades socioeconómicas de EEUU, cuyos principios liberales consagrados en la Constitución explican que las normas de defensa de la competencia floreciesen en ese país. A este respecto hubo dos factores macroeconómicos que favorecieron el nacimiento de las políticas Antitrust; por un lado, la economía no estaba lastrada por las seculares prácticas corporativas que había en Europa y por otro lado, el Estado permanecía ajeno a la actividad económica¹. En cuanto a la implantación de este Derecho en Europa, los tratados constitutivos de las comunidades europeas ya preveían normas de defensa de la competencia que prohibían tanto los acuerdos colusorios como los abusos de posición dominante². Es preciso decir que el Derecho de la Competencia de la Unión Europea se diferencia de otras legislaciones Antitrust en que como el resto de la normativa comunitaria tiene el objetivo de la integración económica europea³.

Antes de entrar a analizar los objetivos que guían el Derecho de la Competencia, es preciso decir que durante la historia de este Derecho no ha habido un único objetivo que ha guiado su aplicación, sino que ha habido una multiplicidad de ellos. Se pueden citar como objetivos del Derecho de la Competencia el de la equidad (*fairness*), el de la integración de los mercados nacionales, el bienestar de los consumidores, el del control del poder de mercado, el de la libertad económica y el del bienestar social. Para analizar los objetivos del Derecho Antitrust, se comenzará comparando los dos enfoques que hay de la palabra “competencia”, los cuales básicamente se refieren a los dos bloques

¹ Ortiz Blanco, L., *Manual de Derecho de la Competencia*, Tecnos, Madrid, 2008, p. 20.

² Me refiero a los siguientes Tratados: El Tratado constitutivo de la CECA celebrado en París en 1951, el Tratado constitutivo de la CEE celebrado en Roma en 1957 y el Tratado constitutivo de la CEEA celebrado en Roma en 1957

³ Miranda Londoño, A., “Historia del Derecho de la competencia, Orígenes y evolución en Estados Unidos, la Unión Europea y América Latina”. *Revista Boliviana de Derecho*, número 3, 2007, p. 231.

geográficos que van a ser objeto de estudio en este trabajo: el enfoque norteamericano y el continental.

Por un lado, está el enfoque norteamericano o economicista, según el cual la palabra “competencia” es un *statu quo* en el que el bienestar del consumidor no es mejorable a través de una orden judicial que lleve a cambiar las cosas hacia otra situación. Según esta definición, el bienestar del consumidor es lo que hay que maximizar mediante la eficiencia económica por lo que cualquier conducta que no lleve a la eficiencia económica debe ser perseguida por las autoridades de competencia⁴. Por otro lado, está el enfoque continental o europeo, en el cual la competencia es “la rivalidad entre empresas que operan en un determinado sector de actividad económica y que se esfuerzan, dentro de los límites legales permitidos, por captar la mayor cuota de mercado posible, ofreciendo mejores precios, mejores bienes y servicios u otras condiciones económicas, sin incurrir en responsabilidad por su comportamiento, aunque éste cause perjuicio a otras empresas e incluso ocasione su expulsión del mercado”. Podemos ver que las dos concepciones de la palabra competencia difieren en los aspectos fundamentales de esta palabra, aunque tienen un punto en común en buscar la eficiencia económica.

Una vez vista la diferente consideración de la palabra “competencia” y antes de empezar a analizar los objetivos de las autoridades de competencia estadounidenses y de la UE hay que tener en cuenta las peculiaridades económicas, sociales y políticas de Europa además de la diferencia entre el ordenamiento jurídico europeo y el *Common Law* estadounidense.

Antes de examinar los objetivos del derecho de competencia estadounidense y sus políticas hay que hacer referencia a unas cuestiones básicas que son necesarias para entender las diferencias⁵. En primer lugar, en EEUU uno de los principios rectores de política legislativa es la eficiencia asignativa mientras que en la UE se da más importancia a factores de carácter social o político. En segundo lugar, la UE tiene como objetivo primordial la integración de los mercados, siendo primordial el eliminar las barreras que no permitan la integración de estos. Por esta razón, el derecho de competencia europeo

⁴ Díez Estella, F., “Los objetivos del derecho antitrust”, *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, número 224, Marzo/Abril de 2003, p. 34.

⁵ Díez Estella, F., “Los objetivos del derecho antitrust”, *op. cit.*, p. 34.

está más focalizado en este objetivo, no existiendo esta cláusula en el derecho de competencia estadounidense. El último factor diferenciador es la existencia de una mayor tradición reguladora en la UE y una confianza en que el intervencionismo arreglaría las ineficiencias del mercado. En EEUU, sin embargo, siempre han sido más reacios al intervencionismo debido a la creencia de que el mercado es un ente competitivo el cual va corrigiendo sus ineficiencias sin necesidad de ninguna intervención del Estado. Uno de los autores más importantes de EEUU en este tema ha sido Bork y la Escuela de Chicago, este autor defendía que⁶:

“El único objetivo legítimo del Derecho antitrust es la maximización del bienestar del consumidor. Este concepto nos da un común denominador en el cual ganancias en destrucción de poder de monopolio pueden ser estimados como una pérdida de eficiencia y la teoría económica nos provee un marco para entender los posibles tamaños de las pérdidas y ganancias”.

La posición de esta corriente doctrinal tiene como pilar fundamental la consecución del bienestar del consumidor mediante la eficiencia económica, dándole una gran importancia al análisis económico para distinguir si una conducta ha infringido la legislación de competencia. En la doctrina estadounidense se ha debatido sobre cuáles deben ser los objetivos que muevan la política legislativa Antitrust, por un lado, un grupo de autores propugnan que se tomen en cuenta objetivos relacionados con la justicia y la equidad, por otro lado, otros autores mantienen que debe primar sólo la búsqueda de la eficiencia económica⁷. Se puede ver este debate como un enfrentamiento entre aquellos autores que creen que sólo se deben tener en cuenta criterios económicos y otros que creen que se deben considerar criterios de justicia redistributiva aparte de los ya citados económicos. Estos últimos critican a los primeros por pretender mantener un criterio “aséptico” en el sentido de que sólo se consideren criterios económicos cuando detrás de estos argumentos hay criterios políticos y sociales.

Podríamos decir que las autoridades de competencia de la UE tienen dos objetivos claros que pueden entrar en contradicción, siendo uno la eficiencia económica y el otro la

⁶ Brietzke, P., “Robert Bork, The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself”, *Valparaiso University Law Review*, volumen 13, número 2, p. 403.

⁷ Díez Estella, F., “Los objetivos del derecho antitrust”, *op. cit.*, p. 34.

integración y protección del mercado único europeo. Los postulados de la Escuela de Chicago no se pueden aplicar de la misma manera en la UE, ya que, a diferencia de EEUU, en Europa no había un mercado único, realizándose esfuerzos por parte de las autoridades de competencia de la UE para conseguir este mercado común. Podemos observar la tensión que hay entre estos dos objetivos, afirmando Waehlbrock y Frignani que: “*en el marco comunitario, la tensión entre estos imperativos encontrados nunca ha sido completamente resuelta...*”⁸. Estos mismos autores afirman también que: “*el enfrentamiento de los objetivos de integración y de eficacia no es absoluto: a largo plazo la integración no puede sino beneficiar a la eficacia del proceso económico*”.

2.2 Problemas de la aplicación del Derecho de la Competencia a los mercados tecnológicos digitales

Para poder analizar los problemas que suscita la aplicación de este Derecho en los mercados tecnológicos es necesario hacer una introducción de cuáles son los rasgos de estos mercados.

2.2.1 Peculiaridades de los mercados tecnológicos digitales

En primer lugar, estos mercados están fuertemente caracterizados por la innovación, y por las importantes inversiones que realizan anualmente estas empresas en i+D+I. Esto es debido al temor a quedarse obsoletos respecto de la competencia ya que supondría la eliminación del mercado de esta empresa.

La segunda característica es que estas empresas suelen ser estructuras de plataforma⁹. Este término hace referencia a plataformas multilaterales que permiten la interacción entre dos o más grupos de usuarios distintos los cuales están en diferentes mercados. En el caso de los motores de búsqueda, por un lado, están los usuarios del motor de búsqueda a los que no se les cobra nada y, por otro lado, están las empresas que quieren anunciar sus productos a los que sí que se les cobra por la publicidad. Esta noción de que estas empresas sean estructuras de plataforma puede llevar a problemas al determinar el mercado relevante o de referencia.

⁸ Waehlbrock, M. y Frignani, A., *Derecho europeo de la competencia*, ed. Bosch, Barcelona, 1998, p. 24.

⁹ Evans, D., “Two-sided market definition”, *ABA Section of Antitrust Law*, 11 de noviembre de 2009, p. 4.

La tercera característica de estos mercados es que las barreras de entrada tienen una configuración especial, la cual no coincide con el concepto tradicional, en el sentido de que Internet es un entorno fluido y cambiante en el que cualquier empresa puede entrar sin grandes inversiones¹⁰.

La cuarta característica de estos mercados está muy relacionada con el entorno fluido y cambiante que es Internet lo que provoca que los costes de cambio para el usuario sean mínimos. Este rasgo significa que si a un usuario le empieza a disgustar un motor de búsqueda puede cambiar a otro sin ningún coste y esfuerzo para él, lo que hace que la competencia en este mercado sea mayor que en los sectores tradicionales.

La quinta característica de estos mercados es la de ofrecer sus servicios normalmente de manera gratuita. Podemos pensar en el caso de Google que ofrece el buscador sin ningún coste a sus usuarios o el ejemplo de las redes sociales como Facebook. Desde sus orígenes, el Derecho de la Competencia ha sido especialmente cauteloso con los abusos de posición dominante que se ejecutan a través de precios por pensar que son especialmente perjudiciales para el consumidor y la competencia. Así se han perseguido entre otros los precios discriminatorios, predatorios y excesivos lo que nos lleva a preguntarnos cómo encaja esta tipología de abusos con esta característica de estos mercados en los que en muchos casos se ofertan sus servicios de manera gratuita¹¹.

La última característica de estos mercados es que gozan de efectos de red¹². Cuando hablamos de efectos de red nos referimos a la utilidad que un cliente deriva de contratar unos servicios en cuanto se incrementa el número de agentes que consume ese producto o contrata ese servicio. En el caso de los motores de búsqueda esto implica que cuantos más usuarios tengan la plataforma (a los cuales no se cobra), más atractivo será para las empresas que quieran anunciarse o contratar servicios de esta empresa.

¹⁰ Vid., para un análisis exhaustivo de qué se entiende por “barreras de entrada” en el Derecho de la Competencia, Carlton, D., “Barriers to Entry”, *National Bureau of Economic Research*, septiembre de 2005.

¹¹ Díez Estella, F., “Google, Internet y Derecho de la competencia ¿Viejas reglas para nuevos mercados?”, *Revista Práctica de Derecho*, números 163-164, agosto- septiembre de 2004, p. 9.

¹² Lemley, M y McGowan, D., “Legal implications of Network Economic Effects”, *California Law Review*, 26 de septiembre de 1997, p. 6.

2.2.2 Dificultades de aplicación del abuso de posición dominante a los mercados tecnológicos digitales

Una vez vistas las peculiaridades de estos mercados se va a hacer una introducción de las dificultades de la aplicación de las normas reguladoras del abuso de posición dominante en estos mercados para luego examinar cómo se han aplicado en un caso concreto como el de Google Shopping con dos decisiones judiciales, una adoptada en EEUU y la otra en la UE.

La primera dificultad con la que nos encontramos hace referencia a que las conductas analizadas normalmente tienen efectos buenos y malos para la competencia por lo que no hay una verdad absoluta en cuanto a si es necesario o no intervenir. Esta tarea se hace más complicada en estos mercados tan dinámicos y sujetos a la innovación. Esto es debido a la aparición de innovaciones disruptivas las cuales pueden dificultar el entendimiento de un mercado al introducir un elemento nuevo al ecosistema del mercado.

La segunda dificultad sería el uso de herramientas estáticas para medir tanto el poder de mercado como el mercado relevante dada la peculiar configuración de las barreras de entrada antes mencionada, la cual hace que se incremente la competencia en el mercado. El peso de la innovación también contribuye al gran dinamismo de estos mercados lo que se traduce en que una empresa dominante pueda perder su poder de mercado de un día para otro al quedarse atrás tecnológicamente. Estos dos hechos nos llevan a pensar que el uso de herramientas estáticas como la cuota de mercado era más apropiado en sectores tradicionales, sin embargo, en estos sectores tecnológicos nos puede dar una imagen poco representativa y efímera de la situación competitiva de este mercado.

La tercera dificultad sería la contradicción que representa la aplicación extensiva de la modalidad de abuso de posición dominante de negativa a contratar en estos mercados. Esta modalidad supuestamente se aplica para fomentar la eficiencia y la innovación cuando realmente la aplicación en estos sectores supone un desincentivo para las empresas tecnológicas para innovar.

La cuarta dificultad sería la de encajar las conductas de estas empresas en la tipología tradicional de abuso de posición dominante. Estas categorías fueron pensadas para

conductas de empresas de sectores tradicionales por lo que aplicar estas categorías a empresas en mercados tecnológicos puede hacerse de una manera muy forzada y artificial. Una vez vistas las peculiaridades de los mercados tecnológicos y las dificultades que entraña la aplicación del Derecho de Competencia a estos mercados es necesario hacer una introducción a las distintas sanciones que la Comisión Europea le ha puesto a Google. Es preciso hacer esta introducción ya que han sido varias las sanciones impuestas por la Comisión Europea a Google por lo que sin esta introducción el lector podría llegar a confundir sanciones.

3. GOOGLE Y LAS SANCIONES IMPUESTAS POR LA COMISIÓN EUROPEA

Como ya se ha referido anteriormente antes de entrar a examinar las razones por las que la Comisión Europea ha sancionado a Google por el caso Google Shopping hay que tratar de forma separada las distintas sanciones que la Comisión Europea ha impuesto a Google.

En primer lugar, hay que reseñar que Google no es la empresa matriz, aunque sea la más conocida dentro del grupo empresarial al que pertenece. Como podemos ver en la Figura #1 la empresa matriz es Alphabet. En agosto de 2016, Google decidió acometer una profunda reorganización en su entramado empresarial poniendo a Alphabet como matriz para ser más libres en la adquisición de proyectos que no sean acordes con la misión y objetivos de Google¹³.

Una vez hecha la introducción del entramado empresarial de Google, se pasa a hacer una pequeña exposición de todas las investigaciones que ha realizado la Comisión Europea a Google. En primer lugar, hay que hacer referencia al caso Android. La práctica por la que se sanciona a Google por este caso es la imposición desde 2011 de restricciones ilegales a los fabricantes de dispositivos Android y a los operadores de redes móviles para consolidar su posición dominante en los servicios de búsqueda general en internet¹⁴. Estas investigaciones concluyeron en una multa de cerca de 4,34 miles de millones de euros por vulnerar el Derecho de Competencia europeo.

En segundo lugar, la Comisión sancionó a Google el 20 de marzo de 2019 por el caso Adsense. En este caso se multó a Google por abusar de su posición de dominio en el mercado de publicidad en línea mediante su servicio Google Adsense. La CE entendió que Google había abusado de su dominio en el mercado de publicidad en línea al imponer una serie de cláusulas restrictivas en los contratos con webs de terceros que impedían a

¹³ Véase la Figura #1 en el anexo #2 para ver un gráfico con el organigrama de Alphabet. Cita sacada de: Price, R y Nudelman, M., “Google's parent company, Alphabet, explained in one chart”, *The Business Insider*, 12 de enero de 2016, (disponible en: <https://www.businessinsider.com/chart-of-alphabet-google-parent-company-infographic-x-gv-2016-1?IR=T>).

¹⁴ Comunicado de prensa de la Comisión Europea., “Antimonopolio: La Comisión impone a Google una multa de cerca de 4,34 miles de millones EUR por prácticas ilegales en relación con los dispositivos móviles Android para reforzar la posición dominante del motor de búsqueda de Google”, *European Commission Press Release Data Base*, 18 de julio de 2018, (disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4581_es.htm).

los rivales de Google colocar sus anuncios de búsqueda en estos sitios web¹⁵. La multa en este caso ha sido de 1.490 millones de euros.

En tercer lugar, la Comisión multó a Google en 2017 por el caso *Google Shopping*. Éste es el caso que se va a analizar en el trabajo en profundidad por lo que en este apartado no se va a entrar en los hechos de este caso ya que se verán con posterioridad en el trabajo. Se puede observar cómo la UE en los últimos años ha focalizado la aplicación del Derecho de la Competencia en regular y en muchas ocasiones castigar las conductas de estos gigantes de Internet como lo son Google o Facebook. Es curioso que una mayoría de europeos (un 64% exactamente), según una encuesta realizada para la Agrupación Europea de Sociedades de Autores y de Compositores (GESAC), piensan que en los últimos 5 años no se está haciendo lo suficiente por regular a los gigantes digitales¹⁶.

Por último, quiero hacer una reflexión sobre la causa principal de la fijación de las autoridades de competencia europeas en regular las conductas de las llamadas *Big Tech*. La causa principal de esta fijación es el potencial de los mercados digitales donde actúan estas empresas. Google, Facebook y todas estas empresas tienen el *commodity* del siglo XXI que es el Big Data¹⁷. El hecho de tener esta valiosa información sobre millones de personas les da una gran ventaja competitiva respecto a los demás componentes del mercado y grandes beneficios en forma de publicidad. Las características de estas empresas y la gran relevancia que tienen los mercados digitales han hecho que las autoridades de competencia europeas hayan puesto el foco en estas empresas.

¹⁵ Flores, C., “Bruselas multa a Google con 1.490 millones por abuso de posición dominante en los anuncios con Adsense”, *Eleconomista.es*, 20 de marzo de 2019, (disponible en: <https://www.eleconomista.es/empresas-finanzas/noticias/9771554/03/19/Bruselas-multa-a-Google-con-1490-millones-por-los-anuncios-de-Adsense.html>)

¹⁶ Si bien esta encuesta se refiere a la normativa de copyright, son extrapolables estos datos al Derecho de Competencia por lo que hay una conciencia en Europa de que hay que regular más las conductas de estos gigantes tecnológicos. Cita sacada de: Alarcón, N., “Bofetada de los europeos a la UE: creen que nadie está frenando a Apple, Google o FB”, *Diario El Confidencial*, 19 de marzo de 2019, (disponible en: https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2019-03-19/ue-google_1891038/).

¹⁷ Gaytán Olaguivel, V., “Google, Amazon, Facebook y Apple, ¿monopolios o los mejores en su rubro?”, *Diario Fortune en español*, 15 de mayo de 2018, (disponible en: <https://www.fortuneenespanol.com/tecnologia/google-amazon-facebook-y-apple-monopolios-o-los-mejores-en-s/>).

4. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE EN LA UE

En este apartado del trabajo se hará una síntesis de la figura de abuso de posición dominante en Europa para luego pasar a analizar el caso *Google Shopping* con la actual metodología y figuras jurisprudenciales actuales en el que se podrá observar lo controvertido de la decisión de la Comisión Europea.

4.1 Marco normativo en la UE

En el Derecho de la Competencia de la UE el artículo que prohíbe expresamente el abuso de posición dominante es el artículo 102 del TFUE (antiguo artículo 82 TCE) el cual adolece de una gran imprecisión e inexactitud¹⁸. El abuso de posición dominante es una parte relevante de la política de competencia por lo que sería lógico que de la norma se derivara un concepto claro que impusiera límites concretos a la actuación de las empresas¹⁹. Sin embargo, no encontramos ninguna definición de posición de dominio ni en los textos legislativos españoles ni en los comunitarios por lo que para interpretar este concepto es necesario recurrir a la jurisprudencia.

A esta indefinición ha contribuido también la falta de una traducción inmediata al lenguaje económico de lo que es la posición de dominio. Como más adelante veremos es fundamental adoptar una perspectiva económica al examinar el abuso de posición dominante para desarrollar una adecuada comprensión del problema y darle así una solución adecuada. Las autoridades comunitarias en la célebre sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto *United Brands v Commission*, definen la posición de dominio con las siguientes palabras:

*“la posición de fortaleza económica que disfruta un operador y que le permite obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante al proporcionarle el poder de comportarse con suficiente independencia de sus competidores, clientes y en última instancia, de los consumidores”.*²⁰

¹⁸ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 12 de junio de 1985.

¹⁹ Gutiérrez, I y Padilla, J., “Una racionalización económica del concepto de posición de dominio” en Martínez Lage, S y Petitbó Juan, A., *El abuso de la posición de dominio*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 15.

²⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del 14 de febrero de 1978 Caso 27/76 *United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission of the European Communities*, párrafo 65.

El Tribunal de Defensa de la Competencia español hace una interpretación sobre la posición de dominio resaltando el factor de la independencia de la empresa en posición dominante al afirmar que:

“Así, se diría que una empresa disfruta de posición de dominio en un mercado cuando tuviera en este poder económico e independencia de comportamiento suficientes como para poder actuar sin tomar en consideración las posibles reacciones de los competidores o los consumidores y, de esta manera, ser capaz de modificar en su provecho el precio u otra característica del producto”.²¹

Podemos observar que para calificar el poder de mercado como abusivo tienen que darse dos requisitos: el comportamiento independiente de la empresa debe ser en grado suficiente y tiene que obstaculizar el desarrollo de competencia efectiva. Cuando nos referimos a que el comportamiento independiente sea suficiente se está haciendo referencia a que las empresas dominantes tengan un poder de mercado grande y estable²². Esta estabilidad del poder de mercado puede suscitar problemas al analizar el poder de una empresa en un mercado tecnológico caracterizado por un entorno dinámico y cambiante como veremos posteriormente al analizar el caso *Google Shopping*.

Para determinar si existe o no posición de dominio, en primer lugar, hay que determinar el mercado relevante o de referencia. Examinar el mercado relevante tiene por objeto ver cuál es el contexto competitivo al que se enfrenta la empresa objeto de investigación. La definición del mercado relevante es una cuestión de gran importancia ya que en base a éste se cuantificarán cuotas de mercado de la empresa objeto de investigación y de sus competidores, que serán utilizadas como base para establecer presunciones sobre la existencia de dominio. Esto implica que cuanto más restrictiva sea la definición de mercado, mayor será la cuota de la empresa y más fuerte la presunción de dominio²³.

El objeto de la definición de mercado relevante es identificar las presiones competitivas de un mercado que pueden provenir fundamentalmente de dos fuentes: por un lado, está

²¹ Tribunal de Defensa de la Competencia. Expediente R362/99, Bacardí, 30 de septiembre de 1999, párrafo 9 de los fundamentos de derecho.

²² Gutiérrez, I y Padilla, J., *op. cit.*, p. 19.

²³ Jiménez Latorre, F y Cañizares Pacheco, E., “Dificultades para la definición del mercado relevante” en Martínez Lage, S y Petitbó Juan, A., *El abuso de la posición de dominio*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 34.

la sustituibilidad de la demanda que hace referencia a la presión que puede sentir la empresa porque los consumidores compren productos sustitutivos al suyo. Por otro lado, estaría la sustituibilidad de la oferta según la cual una empresa se vería condicionada si las empresas competidoras deciden ofertar productos que el consumidor ve como sustitutivo. En resumen, el mercado relevante comprende todos aquellos bienes o servicios considerados sustitutivos desde el punto de vista de la demanda excepcionalmente, pudiendo ampliarse atendiendo a criterios de sustituibilidad desde el punto de vista de la oferta.

La definición del mercado relevante en estructuras de plataformas es un tema controvertido por un grupo de autores que piensan que los dos mercados que integran el negocio de una empresa deberían juntarse al determinar el mercado relevante²⁴. Las estructuras de plataforma tienen un “two-sided market” en cuanto la empresa actúa como intermediario entre dos mercados distintos²⁵. Para determinar si estos dos mercados pueden juntarse para ser considerados como sólo un mercado relevante hay que analizar si se realiza una transacción entre los dos grupos de usuarios de la estructura de plataforma. En el caso de que haya esta transacción se podrá concluir que el mercado relevante es el formado por los dos grupos de usuarios mientras que, si no hay transacción se tendrán que considerar como dos mercados relevantes distintos²⁶.

Una vez concretado el mercado relevante, se comprueba si se ha realizado correctamente el análisis del mercado relevante con los principios de sustituibilidad de demanda y oferta del producto usando el marco analítico del monopolista hipotético o test SSNIP. Este test parte de que un monopolista vende un bien en un área geográfica determinada, decidiendo incrementar de forma permanente los precios entre un 5 y un 10 por 100. El test SSNIP consiste básicamente en determinar si esta estrategia le resulta rentable al monopolista, considerando que si le es rentable estamos ante el mercado relevante. En el caso de que no le resultara rentable habría que volver a identificar el mercado relevante hasta que se

²⁴ Broos, S y Ramos, J., “Google, Google Shopping and Amazon: The importance of Competing Business Models and Two-Sided Intermediaries in Defining Relevant Markets”, *The Antitrust Bulletin*, volumen 62 ,28 de noviembre de 2015, p. 10.

²⁵ Un ejemplo de estructura de plataforma sería Google como motor de búsqueda general en el cual pone en contacto a los usuarios del buscador a los cuales no les cobra nada por el servicio, con las empresas que quieren publicitarse en su buscador.

²⁶ Filistrucchi, L., “Market Definition in Multi-Sided Markets”, *Background material for Item 8 at the 127th meeting of OECD Competition Committee*, 21 de junio de 2017, p. 8.

obtenga el mercado de un conjunto de productos en un área geográfica en el que al monopolista le merezca la pena incrementar los precios de forma rentable para él²⁷.

El test SSNIP es un marco analítico adecuado para industrias tradicionales en las cuales se compite mayoritariamente mediante el precio. Las características de los mercados tecnológicos digitales hacen que este marco analítico no sea adecuado por dos razones²⁸. En primer lugar, una gran parte de las empresas que pertenecen a sectores tecnológicos ofertan sus servicios gratis, no compitiendo mediante precios, sino que compiten mediante rendimiento e introducción de productos nuevos con funcionalidades nuevas. En segundo lugar, el test SSNIP es estático. Los sectores tecnológicos se caracterizan por la rapidez de cambio de la relación entre precio y rendimiento incluso en las etapas de innovación incremental. Este dinamismo en la relación antes mencionada hace que un marco analítico estático sea un marco inadecuado para estas industrias.

Una vez concretado el mercado relevante hay que determinar si hay poder de mercado utilizándose normalmente como indicio más relevante la cuota de mercado. Aunque hay que analizar otros aspectos del mercado como las barreras de entrada, el TJCE en la Sentencia Hoffman-La Roche señaló que cuotas de mercado que alcanzan o superan el 80 por 100 del mercado constituyen por sí mismas prueba de la existencia de una posición dominante²⁹. Para interpretar las cuotas de mercado en el análisis de si hay posición dominante la práctica comunitaria tiene unos umbrales para empezar a presumir que existe posición de dominio a través de la cuota de mercado³⁰. Una cuota por encima del 50% suele ser indicativa de dominancia en un mercado a falta de comprobar que se dan otras circunstancias y factores. Cuando se habla de otras circunstancias se hace referencia a analizar las posibles barreras de entrada que pueden existir en este mercado y que pueden hacer que una cuota elevada de mercado no signifique una posición de dominancia³¹.

²⁷ Jiménez Latorre, F y Cañizares Pacheco, E., *op. cit.*, p. 40.

²⁸ Pleatsikas, C y Teece, D., “The analysis of market definition and market power in the context of rapid innovation”, *International Journal of Industrial Organization*, número 19, 2001, pp. 11-12.

²⁹ Sentencia del TJCE de 13 de febrero de 1979, asunto 85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Comisión, párrafo 56.

³⁰ En el caso de que la cuota de mercado sea inferior al 40-45% la Comisión no se suele plantear la existencia de dominancia. Cita sacada de: Gutiérrez, I y Padilla, J., *op. cit.*, p. 20.

³¹ Ortiz Blanco, L., *op. cit.*, p. 153.

Es importante recordar que en el Derecho de competencia el tener una posición dominante no está penalizado, lo que está castigado es abusar de una posición de dominio. Estas empresas tienen una responsabilidad especial al tener una posición de dominio y deben ser especialmente cautelosas para no impedir la competencia efectiva en el mercado. Estas dos últimas afirmaciones vienen establecidas expresamente en la Sentencia Michelin en la que el TJUE dice expresamente: *“la acreditación de la existencia de una posición dominante no implica, en sí misma, ningún reproche a la empresa de que se trate, suponiendo tan sólo que incumbe a ésta, independientemente de las causas que expliquen dicha posición, una responsabilidad especial de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común.”*³²

En cuanto a la tipología de los abusos podemos distinguir dos categorías como son los abusos de exclusión y los abusos de explotación³³. En cuanto a los primeros, son aquellos que persiguen impedir la entrada o eliminar a los competidores de un mercado en el que la empresa en posición dominante está activa. Un abuso de explotación se deriva directamente de la existencia de un poder de mercado significativo estando estas conductas menos perseguidas ya que su sanción implicaría regular el comportamiento de la empresa en posición dominante o alterar la estructura de mercado.

4.2 El caso Google Shopping en la UE

Una vez analizado el marco normativo y jurisprudencial del abuso de posición dominante en la UE se analizará la sanción que ha impuesto la Comisión Europea a Google por el caso *Google Shopping* con una multa de 2.420 millones de euros³⁴. En primer lugar, haré una exposición de las razones que usa la Comisión para sancionar a Google, además de explicar las alegaciones de Google a la Comisión para después hacer un análisis crítico de esta sanción con la jurisprudencia europea. Finalmente, y en relación con los argumentos tomados por la Comisión para sancionar a Google, se expondrán todos los

³² Sentencia del TJUE, de 9 de noviembre de 1983, en el asunto C-322/81 NV Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin c. Comisión, Párrafo 57.

³³ Ortiz Blanco, L., *op. cit.*, pp. 160-161.

³⁴ Tejero Martín, M., “Multa récord de Europa a Google: 2.420 millones por perjudicar a sus rivales 'online'”, *El confidencial*, 27 de junio de 2017.

rasgos que ponen de manifiesto la inadecuación de la actual aplicación del Derecho de la Competencia a los mercados digitales.

4.2.1 Razones de la Comisión para sancionar a Google

En el resumen de la decisión de la Comisión de 27 de junio de 2017 se detallan todas las claves de la sanción a Google por el caso *Google Shopping*³⁵. En primer lugar, la Comisión explica que el mercado relevante de este caso es el de servicios de búsqueda general y servicios de compras comparativas. Al explicar por qué el servicio de búsqueda general es el mercado relevante argumenta que constituye una actividad económica y que no existe sustituibilidad de la oferta ni de la demanda, siendo este punto como veremos después muy discutible. Es curioso como la Comisión define el mercado relevante como el de servicios de búsqueda general y el de servicios de compras comparativas, pero al examinar si existe posición dominante en este mercado sólo se fija en el mercado de búsqueda general afirmando que:

“La Decisión concluye que, desde 2007, Google tiene una posición dominante en cada uno de los mercados nacionales de búsqueda general en el EEE, salvo en el caso de Chequia, donde Google tiene una posición dominante desde 2011.”

Para terminar de argumentar la posición de dominio de Google señala lo siguiente:

“Esta conclusión se basa en las cuotas de mercado de Google, la existencia de barreras de entrada a la expansión y a la entrada, el hecho de que los usuarios usan múltiples motores de búsqueda general a la vez (multihoming) con poca frecuencia y la existencia de efectos de marca y la falta de poder de negociación compensatorio de los usuarios”.

Después de dejar clara la posición de dominio de Google, se detalla que la conducta de Google es abusiva por dos razones. La primera razón es que desvía los flujos de tráfico de los servicios de compras comparativas de competidores hacia su propio servicio de compras comparativas. A este respecto se aclara que Google tiene unos algoritmos específicos para que los servicios de compras comparativas de la competencia vean

³⁵ Resumen de la Decisión de la Comisión de 27 de junio de 2017 relativa a un procedimiento en virtud del artículo 102 del TFUE y del artículo 54 del Acuerdo EEE [Asunto AT.39740 – Búsqueda de Google (Shopping)]. Publicado el 12/01/2018.

reducida su clasificación teniendo mucha menos visibilidad que el servicio de compras comparativas de Google. La segunda razón por la que la Comisión cree que la conducta de Google es abusiva es porque puede, o es probable que tenga, efectos anticompetitivos en los mercados nacionales de servicios de compras comparativas y los servicios de búsqueda general.

En este documento, la Comisión Europea hace una serie de puntualizaciones sobre el posicionamiento y la visualización de los contenidos del buscador de Google indicando lo siguiente: *“el servicio de Google se posiciona en un lugar destacado y no está sujeto a los algoritmos específicos que hacen que los servicios de los competidores tengan una clasificación reducida en las páginas de búsqueda general de Google. En relación con su visualización, la Decisión explica que el propio servicio de compras comparativas de Google aparece más destacado en la parte superior de la primera página de resultados de búsqueda general, o cerca de ella, mientras que dichas características son inaccesibles para sus rivales.”*

La Comisión concluye que el posicionamiento y la visualización más favorables del servicio de compras comparativas de Google desvían los flujos de tráfico de los servicios de compras comparativas. Asimismo, la Comisión comprueba empíricamente que los usuarios tienden a hacer clic más veces sobre los enlaces que son más visibles en la página de resultados de búsqueda general de Google. Otra de las conclusiones de la investigación se refiere a que el tráfico de búsqueda genérica de las páginas de resultados de búsqueda general de Google representa una gran parte del tráfico de los servicios de compras comparativas de los competidores y no se puede sustituir fácilmente.

La conclusión principal de la investigación es que la conducta de Google tiene efectos contrarios a la competencia por 3 razones. Estas razones son las siguientes:

“En primer lugar, su conducta tiene el potencial de excluir a los servicios de compras comparativas competidores, lo que puede dar lugar a comisiones más elevadas para los comerciantes, unos precios más elevados para los consumidores y menos innovación.

En segundo lugar, la conducta de Google podría reducir la capacidad de los consumidores para acceder a los servicios de compras comparativas más pertinentes.

En tercer lugar, la conducta de Google podría también tener efectos contrarios a la competencia aun cuando los servicios de compras comparativas no constituyen un mercado de productos de referencia diferenciado, sino más bien un segmento de un posible mercado de productos de referencia más amplio que comprende tanto las plataformas comerciales como los servicios de compras comparativas.”

Podemos ver como la primera razón tiene que ver con proteger a los competidores como fin inmediato, pero también a los consumidores como fin mediato al hacerse referencia a una posible subida de precios por Google a los anunciantes. La segunda razón también tiene como fin proteger a los consumidores y la tercera razón a la competencia del mercado. Una vez vista la argumentación de la Comisión se pasa a exponer la justificación que da Google a su conducta presuntamente abusiva.

4.2.2 Respuesta de Google

Google a estas acusaciones se ha defendido mediante un post en su blog dando su punto de vista sobre los hechos de los que se le acusa por abuso de posición dominante³⁶. En primer lugar, Google manifiesta que en su buscador se muestra publicidad de “shopping” porque sus usuarios quieren encontrar los productos que están buscando de una forma rápida y eficaz además de los anunciantes querer que se promocionen sus productos. En este post, Google continúa afirmando que su sistema de comparación de “shopping” es mucho mejor y efectivo que los anuncios con solo texto que tenía anteriormente; señalando además que la Comisión europea infravalora estas conexiones rápidas y fáciles pues los usuarios de Google prefieren que se les lleve directamente en un enlace al producto que quieren sin tener que ir a un enlace y repetir la búsqueda.

A la pregunta de la Comisión de por qué algunas webs de comparación de “shopping” son menos populares, Google pone el foco de atención en el elevado crecimiento que han experimentado últimamente empresas como Amazon o eBay. Google explica que Amazon con sus herramientas de comparación y reseñas se ha convertido en un

³⁶ Walker, K., “The European Commission Decision on online shopping: The other side of the story”, *Blog Google*, 27 de junio de 2017, (disponible en: <https://www.blog.google/around-the-globe/google-europe/european-commission-decision-shopping-google-story/>)

formidable competidor y el primer sitio donde una persona acude a realizar una búsqueda sobre un producto. Así como Amazon ha crecido, es natural que otros servicios de comparación de productos sean menos populares y hayan tenido menos éxito que sus competidores. Para terminar con este argumento, Google recalca que Amazon es su competidor y compiten con ellos mostrándole al usuario información cada vez más útil.

Por último, Google afirma que su principal ventaja competitiva es conseguir mostrar la información más precisa respecto a lo que el usuario está buscando, siendo esta habilidad producto del duro trabajo e innovación a través del feedback que reciben. Google termina manifestando que su buen desempeño en el mercado no significa que se les esté favoreciendo a ellos o a ningún anunciante. De la declaración de Google se puede llegar a la conclusión de que ellos no han alterado el algoritmo de búsqueda para excluir a sus competidores o alterar la competencia en su mercado, sino que el hecho de que salgan unos servicios de comparación de productos por delante de otros es porque de esta manera se les da un mejor servicio a sus usuarios dándoles la información más precisa respecto a lo que han buscado.

4.2.3 Análisis crítico de la sanción Google Shopping

Una vez vistas las argumentaciones de la Comisión Europea y de Google se pasa al análisis crítico de la sanción *Google Shopping*. En el inicio de su análisis la Comisión empieza por determinar el mercado relevante señalando que es el de servicios de búsqueda general y el de servicios de compras comparativas. Es cierto que Google tenía una cuota de mercado muy alta en toda la UE en el período 2010-2013 en el mercado relevante de servicios de búsqueda general como se pueden comprobar en los datos de la página web statcounter teniendo cuotas de mercado superiores al 90%³⁷. Google ostenta una posición de dominio tanto en la UE como en EEUU con una cuota de mercado respectivamente del 93% y 86%³⁸. El único país donde no tiene una posición de dominio es China, en el cual Baidú domina el mercado con un 81% de cuota de mercado. Con esta definición del mercado relevante y con esta cuota de mercado podríamos pensar que Google ostenta una posición dominante.

³⁷ Estos gráficos están en el anexo #1. Los gráficos se han obtenido de la página web gs.statcounter.com.

³⁸ Véase la Figura #2 en el anexo#2 para poder ver el gráfico de las cuotas de mercado de los motores de búsqueda en 2016 en EEUU, UE y China.

El problema es que el mercado relevante no está bien definido por la Comisión ya que no se ha tenido en cuenta a los posibles sustitutivos. El profesor Díez Estella señala lo siguiente a este respecto: “*Sin embargo, las redes sociales como Twitter o Facebook son también competidores en el mercado, ya que ocupan mucho espacio del tiempo que un usuario está en Internet, y cada vez se están usando más para buscar referencias o comentarios, opiniones sobre restaurantes, viajes, películas, libros, etc. Además de la competencia de buscadores genéricos, como Yahoo! o Bing, están los llamados “buscadores verticales”, aquellos especializados en determinados productos o servicios (Amazon en libros, música y consumibles; Kayak en viajes; eBay en subasta de objetos de segunda mano; WebMD en información médica, etc).*”³⁹

Es indiscutible que cuando una persona está comparando precios porque quiere comprar un producto no sólo acude a motores de búsqueda generales u horizontales, sino que acude a buscadores especializados o verticales como Amazon, los cuales tienen una gran relevancia en la actualidad, siendo Amazon una de las empresas en el mundo con mayor capitalización bursátil. Un dato que ilustra perfectamente la relevancia de Amazon en la compra de productos online es el hecho de que el 55% de los consumidores empiezan a ojear productos para su compra online por Amazon lo que demuestra inequívocamente que Amazon es un sustituto de Google⁴⁰. Esta definición de mercado relevante errónea deja fuera a competidores destacados para Google en este caso, estrechando mucho el mercado de referencia y atribuyendo a Google una posición dominante que podría no tener si se hubiera hecho una definición correcta de mercado relevante.

Otro argumento que utiliza la Comisión europea para sustentar la posición dominante de Google es que su mercado está muy marcado por los efectos de red de Google. Aquí se puede observar la primera manifestación de la aplicación inadecuada del Derecho de la competencia a los mercados tecnológicos digitales al no entender cómo afectan realmente los efectos de red indirectos como barrera de entrada al mercado. El argumento de la Comisión es que los efectos de red de Google restringen la competencia en este mercado al tener un gran número de usuarios dificultando la entrada de nuevos competidores. La

³⁹ Díez Estella, F., “Los objetivos del derecho antitrust”, *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, número 224, Marzo/Abril de 2003, p. 27.

⁴⁰ Véase Figura #3 en el anexo #2 para observar el gráfico de principales motores de búsqueda para compra online.

Comisión Europea ya reconoció la existencia de efectos de red en el asunto Microsoft describiéndolos como un “bucle de retroalimentación positiva”. La Comisión termina de explicar los supuestos efectos de red de Microsoft diciendo lo siguiente:

*“Esta expresión describe el fenómeno según el cual cuanto mayor es el número de usuarios de una plataforma informática determinada, mayores son las inversiones en el desarrollo de productos compatibles con esta plataforma, lo que, a su vez, refuerza la popularidad de dicha plataforma entre los usuarios”.*⁴¹

Tradicionalmente se pensaba que estos efectos de red daban lugar a que la empresa dominante pudiera afianzar más su posición en un mercado. Sin embargo, estudios recientes prueban que esto no es así y que los efectos de red en vez de afianzar una posición son desestabilizadores para la empresa y no pueden ser un dato para poder estimar que existe poder de mercado⁴². Una muestra de este fenómeno lo podemos observar en el mercado de las redes sociales en el cual ha habido mucha alternancia en las empresas dominantes comenzando con la red social Friendster pasando por MySpace hasta llegar a Facebook. Esto demuestra que, si los efectos de red fueran tan restrictivos para la entrada en el mercado, estas empresas se hubieran mantenido en una posición de dominancia, pero esto no es así en el ecosistema de Internet al ser un entorno fluido y cambiante en el cual si una empresa da mejores servicios y más funcionalidades al consumidor solo le va a costar cambiar de empresa un clic⁴³.

Es conveniente mencionar también la teoría de los mercados contestables en la cual se basa esta percepción de los efectos de red indirectos y nos da una idea muy significativa del ecosistema digital. Esta teoría dice que en un sector altamente concentrado en los cuales la salida y la entrada se producen a un coste muy bajo, el poder de los participantes en el mercado se ve limitado asemejándose al poder de mercado que tendrían los operadores en una competencia perfecta⁴⁴.

⁴¹ Sentencia del TJUE de 17 de septiembre de 2007, asunto T-201/04, Párrafo 1061.

⁴² Tucker, C., “Network Effects and Market Power: What Have We Learned in the Last Decade?”, *Antitrust*, April 2018, p. 3.

⁴³ Díez Estella, F., “Google, Internet y Derecho de la competencia ¿Viejas reglas para nuevos mercados?”, *op. cit.*, p. 29.

⁴⁴ 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*, 30 de septiembre de 2017, p.98.

Estos rasgos mencionados cuestionan bastante el altísimo poder de mercado que la Comisión argumenta que Google tiene. Google tiene tanta cuota de mercado porque a los usuarios les gusta y se le premia con esta cuota, en el momento en que surja otro motor de búsqueda mejor y que ofrezca más funcionalidades Google será reemplazado. Una vez vista la deficiente argumentación de la posición dominante que tiene Google en Europa, se analizará si la conducta de Google es constitutiva de abuso de posición dominante según la tipología de abusos que ha ido perfilando la doctrina comunitaria.

La primera dificultad con la que nos encontramos es que no parece que la conducta de Google encaje perfectamente en ningún tipo. Esta es otra de las manifestaciones de la inadecuación de la aplicación del derecho de la competencia en este tipo de mercados, teniendo unas categorías anticuadas para este tipo de problemas. La categoría que parece más adecuada para encuadrar la conducta de Google es la figura de negativa de suministro o negativa a contratar. Esta figura, establecida en el artículo 102.3 del TFUE constituye un límite al principio de libertad de empresa imponiéndoles a algunas empresas en situación de dominancia obligaciones de contratar. La negativa de suministro se suele examinar con la doctrina de los recursos esenciales. Esta doctrina viene del derecho anglosajón y especialmente del Derecho de Competencia norteamericano y se trata de un comportamiento anticompetitivo en el que una empresa con poder de mercado utiliza un "cuello de botella" en un mercado para negar a sus competidores la entrada en el mercado⁴⁵.

Antes de entrar a analizar la figura de negativa de suministro es preciso puntualizar que la negativa de suministro puede ser de una propiedad física o intangible como es el caso de *Google Shopping* o la negativa a suministrar activos intangibles protegidos por derechos de propiedad intelectual⁴⁶. La diferencia entre las dos categorías es simple y hace referencia a la mayor protección que tienen los activos intangibles con derechos de propiedad intelectual. Esta doctrina se introduce en el Derecho europeo de la competencia por la Sentencia *Magill* dando rango de principio general de Derecho comunitario de

⁴⁵ Pérez Vaquero, C., "Decálogo de las doctrinas, reglas y prácticas jurídicas americanas que también se aplican en Europa y viceversa", *Derecho y Cambio Social*, p.3.

⁴⁶ Akman, P., "The theory of abuse in Google Search: A positive and normative assessment under EU Competition Law", *Journal of Law, Technology and Policy*, 19 de julio de 2016, p. 311.

competencia a esta nueva doctrina⁴⁷. La jurisprudencia posterior a *Magill*, concretamente en la Sentencia *Bronner*, ha desarrollado el concepto de “recurso esencial” y ha conseguido establecer unos requisitos para comprobar si la negativa a dar acceso a esos recursos es abusiva. Los requisitos son los siguientes⁴⁸:

1. Que el producto o servicio en cuestión sea un recurso “indispensable” en el sentido de que no exista ninguna alternativa real o potencial al mismo.
2. Que la negativa pueda excluir la competencia de un mercado derivado.
3. Que carezca de justificación objetiva.
4. Que obstaculice la aparición de un producto nuevo para el que existe una demanda potencial de los consumidores.

Antes de empezar a analizar si se cumplen los requisitos de la doctrina de los recursos esenciales para considerar si la conducta de Google es abusiva o no, hay que mencionar la sanción que le impuso la Comisión a Microsoft en 2007. Aunque no se va a profundizar en el caso, debido a lo extenso que puede resultar debatir sobre él y la abundante literatura que hay, es conveniente mencionarlo en cuanto sanciona a una empresa tecnológica por una negativa a contratar. En este caso, al igual que en el caso *Google Shopping* se extiende la aplicabilidad de uno de los requisitos de la doctrina de los recursos esenciales y representa muy bien la contradicción a la innovación que puede suponer aplicar extensivamente el abuso de posición dominante y concretamente la negativa a contratar en estos mercados. Uno de los hechos por los que la Comisión sancionó a Microsoft es la negativa a facilitar información de interoperabilidad protegida por derechos de propiedad intelectual a sus competidores en el mercado de sistemas operativos para conseguir la interoperabilidad de sus productos con el sistema operativo Windows⁴⁹.

Una vez hecha una pequeña introducción de los hechos de la Sentencia *Microsoft* pasamos a analizar si se cumplen los cuatro requisitos en el caso *Google Shopping*. Haciendo referencia al primer requisito, el de “indispensabilidad”, la jurisprudencia ha

⁴⁷ Decisión de la Comisión Europea de 21 de diciembre de 1988, Asunto 89/205/CEE, (IV/31.851 - *Magill TV Guide/ITP*, BBC y RTE).

⁴⁸ Brokelmann, H., “La negativa de suministro y figuras afines” en Martínez Lage, S y Petitbó Juan, A., *El abuso de la posición de dominio*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 353.

⁴⁹ En el caso Microsoft, la Comisión investigó a esta empresa por 2 hechos diferentes. La Comisión investigó a Microsoft por vincular productos, aparte de la negativa a contratar. La cita está sacada de la siguiente fuente: Brokelmann, H., *op. cit.*, p. 362.

ido clarificando y endureciendo los requisitos que deben concurrir para que un producto o servicio se califique como “indispensable” o “esencial”. En la Sentencia *Bronner/Mediaprint* se clarificó este requisito, estableciendo que sólo se podía calificar como indispensable un servicio si no hay ninguna alternativa potencial o real al mismo⁵⁰. En el caso *Google Shopping*, es evidente que el servicio de búsqueda general de Google no es indispensable ya que existen alternativas a éste como otros motores de búsqueda o buscadores verticales como Amazon en los que anunciar productos⁵¹.

Analizando el segundo requisito, podemos comprobar que solo si el servicio es indispensable será imposible competir en un mercado derivado por otros medios, excluyendo por tanto a competidores que quieran entrar en este mercado. Se puede observar que estos dos requisitos son dos caras de la misma moneda⁵². En el caso Google como no hemos considerado al servicio de Google como indispensable podemos concluir que no se ha excluido la entrada de nuevos competidores y que no se cumple el segundo requisito.

En cuanto al último requisito, la jurisprudencia comunitaria en la Sentencia *IMS* ha suavizado este requisito y se han conformado con apreciar que se puede aplicar la doctrina de los recursos esenciales si el producto que el competidor excluido quiere ofrecer no lo produce en la actualidad y tendría una demanda potencial de consumidores⁵³. La Comisión Europea en la Sentencia *Microsoft*, dio un vuelco a este requisito ampliando la aplicación de esta doctrina no solo a cuando se limite la aparición de un producto nuevo, sino también a cuando se limite el desarrollo tecnológico⁵⁴. En el caso Google no puede afirmarse que se haya impedido ningún desarrollo técnico ya que Google sólo ha decidido posicionar unos productos por encima de otros ya que su algoritmo ha determinado que estos enlaces son los más relevantes y por lo tanto es lo que está buscando el usuario. Con su conducta no se ha impedido el desarrollo de ningún producto nuevo o de tecnología nueva.

⁵⁰ Sentencia del TJUE de 26 de noviembre de 1998, Asunto C-7/97 Oscar Bronner GMBH &Co. Y Mediaprint Zeitungs-und Zeitschriftenverlag GMBH &Co. Apartado 41.

⁵¹ Kokkoris, I., “The Google case in the EU: Is there a case?”. *The Antitrust Bulletin*, volumen 62, número 2, 2017, p. 320.

⁵² Brokelmann, H., *op. cit.*, p. 358.

⁵³ Sentencia del TJUE de 29 de abril de 2004, asunto C-418-01, IMS Health GmbH & Co. OHG, apartado 49.

⁵⁴ Sentencia del TPI, As. T-201/04, Microsoft Corp. c Comisión, ECR [2007], II-3601.

La doctrina entiende que la teoría de los recursos esenciales sólo debe aplicarse cuando la ausencia de la competencia en el mercado derivado perjudica al consumidor, que no ve satisfecha su demanda de un servicio o producto pudiendo estar justificada la aplicación del artículo 102 del TFUE para crear competencia en el mercado derivado⁵⁵. La Comisión en ningún momento ha probado que la conducta de Google perjudique al consumidor ni que se haya producido un cierre de mercado, al admitirlo ellos tácitamente diciendo que: *“puede tener, o es probable que tenga, efectos anticompetitivos en los mercados nacionales de servicios de compras comparativas”*.

Como ya hemos visto, la Comisión Europea se equivocó al estimar el mercado relevante de Google además de valorar mal las supuestas barreras de entrada a este mercado. Al analizar si la conducta de Google se puede enmarcar dentro de la doctrina de los recursos esenciales podemos ver que no se cumplen ninguno de los requisitos, no siendo el motor de búsqueda de Google un recurso indispensable ni habiendo obstaculizado el desarrollo de ningún producto o tecnología.

En la decisión de la Comisión se pueden apreciar todos los rasgos de la inadecuación de la aplicación actual del Derecho de la competencia a estos mercados:

- En primer lugar, la Comisión calculó mal el mercado relevante al no tener en cuenta los sustitutivos de parte de la demanda.
- En segundo lugar, la Comisión usa herramientas estáticas como la cuota de mercado y el test SSNIP para determinar el poder de mercado sin tener en cuenta el especial carácter dinámico de estos mercados. Al examinar las barreras de entrada la Comisión tiene una visión totalmente anticuada de los efectos de red sobrevalorando sus efectos y teniendo la impresión de que el mercado en el que compite Google es mucho más cerrado y difícil de entrar de lo que en realidad es.
- En tercer lugar, se puede apreciar la aplicación forzada y artificial de la figura jurídica de negativa a contratar en la conducta de Google obviando los requisitos que se habían formulado a través de la jurisprudencia comunitaria para penalizar a Google.

⁵⁵ Brokelmann, H., *op. cit.*, p. 358.

- En cuarto lugar, en mi opinión se produce una contradicción al aplicar extensivamente el Derecho de la Competencia y concretamente la figura de negativa a contratar con los principios últimos del Derecho de competencia los cuales son promover la eficiencia e innovación de los mercados. Grandes empresas como Microsoft y Google se pueden sentir desincentivadas para innovar al no poder recoger los frutos de la innovación y obligarles a compartir las ventajas derivadas de su innovación con sus competidores⁵⁶. Este desincentivo puede ser especialmente crítico en estos sectores en los cuales la innovación tiene una importancia capital. En la doctrina no hay consenso sobre si el regular y castigar a estas grandes empresas como Google supone desincentivar la innovación. La posición contraria a mi opinión argumenta que Google y estas empresas *Big Tech* mediante sus conductas dañan a pequeños negocios y, por lo tanto, a la innovación⁵⁷. Lo que sacamos en claro de esto es que de ninguna manera se puede aplicar extensivamente y de forma forzada la negativa a contratar, aunque sea apoyándonos en argumentos como el reforzar la innovación y competición en los mercados.

4.3 Propuestas de la doctrina europea para una mejor aplicación del Derecho de competencia a mercados tecnológicos

Como hemos venido señalando en este trabajo, en la regulación antitrust existen dos visiones diferentes de la aplicación del derecho de la competencia. La primera visión atiende más al hecho económico la cual es la mantenida por las autoridades estadounidenses. La segunda visión es la predominante en la UE, frecuentemente criticada por adoptar un enfoque legalista y fijándose en la forma de las conductas sin tomar en cuenta los efectos negativos y positivos para la competencia que puede tener una conducta concreta de una empresa.

El enfoque económico ha llegado al control de concentraciones en la UE, pero no en lo que respecta a la figura de abuso de posición dominante como hemos podido ver en el caso *Google Shopping*. Este enfoque formalista choca con la Comunicación de la

⁵⁶ Rey, P., “Un enfoque económico del artículo 82 “en Martínez Lage, S y Petitbó Juan, A., *El abuso de la posición de dominio*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 145.

⁵⁷ Warren, E., “Here’s how we can break up Big Tech”, *Medium*, 8 de marzo de 2019, (disponible en: <https://medium.com/@teamwarren/heres-how-we-can-break-up-big-tech-9ad9e0da324c>).

Comisión de 2009 en la que habla de adoptar un enfoque más económico y basado en los efectos al examinar el abuso de posición dominante⁵⁸. Este enfoque económico requiere un examen minucioso de cómo funciona la competencia en el mercado concreto, fijándonos en los efectos de las prácticas. Con el enfoque propuesto habría que atender a las dinámicas del mercado para ver si existe posición de dominio, sin focalizar el análisis de manera excesiva en la estructura de mercado como lo ha hecho la Comisión en recientes casos⁵⁹. En mi opinión, el enfoque económico permitirá una mejor aplicación del Derecho de competencia a estos mercados tecnológicos entendiendo mejor las peculiaridades de estos mercados.

Otra manifestación de la inadecuación del Derecho de la competencia a estos mercados que puede ser corregida mediante un enfoque económico del abuso de posición dominante es la aplicación forzada de figuras como la negativa a contratar. La Comisión en el caso *Google Shopping* al fijarse en los efectos de la conducta concreta no aplicaría la negativa a contratar ya que no se ha comprobado que Google excluyera a ningún competidor, además de que no se han cumplido los requisitos para aplicar la doctrina de los recursos esenciales.

Una última ventaja de este enfoque económico sería la mejora de la seguridad jurídica dando a las empresas unas pautas más realistas y predecibles para analizar su comportamiento en el mercado y poder diseñar mejor su estrategia sin miedo a ser sancionados por las autoridades de competencia⁶⁰. Es evidente que la aplicación de este enfoque es mucho más costosa tanto en tiempo como en recursos que el tradicional, pero la creciente complejidad de los mercados y de los modelos de negocio que desarrollan las empresas en el sector tecnológico, hacen necesario que la Comisión adopte este enfoque

⁵⁸ Comunicación de la Comisión Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del TCE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, 24 de febrero de 2009, página 1, (disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=EN)).

⁵⁹ Fingleton, J., “Can Competition Policy Drive Growth in Europe?”, *Competition policy international*, 2014, p.5.

⁶⁰ Allendesalazar Corcho, R., “El abuso y sus efectos. Modernización del artículo 82 TCE: revisión o reforma” en Martínez Lage, S y Petitbó Juan, A., *El abuso de la posición de dominio*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 17.

económico basado en los efectos para entender mejor y así regular de una forma más adecuada sus conductas.

5.ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE EN EEUU

5.1 Marco normativo en EEUU

Una vez vista la regulación del abuso de posición dominante en Europa, paso a analizar el abuso de posición dominante en EE.UU. En un primer lugar, haré una pequeña introducción sobre la legislación estadounidense de competencia para luego hacer un breve análisis de la evolución jurisprudencial que ha tenido el Derecho de Competencia en este país.

El marco normativo estadounidense se compone de cuatro leyes. El texto legislativo más importante es el *Sherman Act*, promulgado en 1890, siendo este el cuerpo legal inspirador y conductor de toda la normativa Antitrust estadounidense⁶¹. Esta Ley surgió para proteger a los consumidores de la reducción de output y aumento de precios provocados por la actuación de los grandes trust y los cárteles. Después en 1914, se promulgaron la *Federal Comission Trade Act* y la *Clayton Act*⁶². La *Federal Comission Trade Act* surgió para crear la *Federal Comission Trade* además de complementar y mejorar junto a la *Clayton Act* la normativa Antitrust. En 1936, se promulga la *Robinson Patman Act* y posteriormente en 1950, la *Celler Kefauver Act*, sendas legislaciones destinadas a proteger a los pequeños comerciantes frente a las grandes compañías⁶³.

El *Sherman Act* así como toda la legislación estadounidense de competencia está redactada en términos vagos e imprecisos por lo que la jurisprudencia, a la vez que han cambiado los modelos de negocio, los mercados y el pensamiento económico ha ido dando forma a lo que se considera monopolización legal e ilegal⁶⁴. Para exponer las diferentes etapas de la jurisprudencia estadounidense voy a seguir la metodología de Carl Shapiro y William Kovacic, los cuales distinguen cinco etapas en la evolución del Derecho de Competencia norteamericano⁶⁵.

⁶¹ The Sherman Antitrust Act of 1890 (26 Stat. 209, 15 U.S.C. §§ 1–7).

⁶² The Federal Comission Trade Act of 1914 (15 U.S.C. §§ 41-58) y The Clayton Antitrust Act of 1914 (15 U.S.C.A. § 12 et seq.).

⁶³ The Robinson Patman Act of 1936 (15 U.S.C.A. § 13(a–f)) y The Celler Kefauver Act of 1950.

⁶⁴ Adkinson, W, Grimm, K y Bryan, C., “Enforcement of section 2 of the Sherman Act: Theory and practice”, *Working paper of the FTC*, 3 de noviembre de 2008, p. 16.

⁶⁵ Kovacic, W y Shapiro, C., “Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking”, *Journal of Economic Perspectives*, volumen 14, número 1, invierno del 2000, p. 46.

La primera etapa va desde el año 1890 hasta 1910 y se caracteriza por la persecución de los tribunales estadounidenses hacia las grandes compañías líderes en sus sectores como General Electric, Du Pont o Standard Oil. La Sentencia más importante fue *Standard Oil Co. Of New Jersey v United States* en el cual la empresa Standard Oil, propiedad de la familia Rockefeller, fue obligada a escindirse en 34 empresas para cumplir con la *Sherman Act*⁶⁶. En esta Sentencia se estableció que tener poder de mercado no era suficiente para infringir la *Sherman Act* estableciéndose por primera vez la *rule of reason*. Esta doctrina viene a establecer que los jueces decidirán caso por caso la existencia de una conducta abusiva y la existencia de efectos anticompetitivos.

La segunda etapa de la evolución del Derecho de Competencia estadounidense va desde el año 1911 hasta 1936. Esta etapa se caracterizó por el uso de la *rule of reason* además de una cierta permisividad por parte de los tribunales en la figura de abuso de posición dominante concluyendo la mayoría de los procesos en absolución de la empresa dominante⁶⁷.

La tercera etapa va desde el año 1936 hasta 1972. A principios de los años treinta hay un cambio en el pensamiento económico considerando que la clave para el crecimiento económico es incrementar la competición en los mercados, lo que derivó en un endurecimiento de la aplicación del Derecho de la competencia. A esto contribuyó también una mayor preocupación hacia los grandes conglomerados estadounidenses y la búsqueda por parte de los tribunales de maneras para aligerar la carga de prueba⁶⁸. En este contexto nace la regla *per se* siendo ésta una presunción de derecho por la que se reducía la carga probatoria por parte del Estado. La regla *per se* determina que en el caso de que se dé una conducta lesiva para la competencia que se ajuste a un supuesto de hecho, esta conducta será declarada ilegal, quedándole al infractor únicamente como medio de defensa la prueba de que no se produjo el acto denunciado⁶⁹. Una de las sentencias más importantes de esta etapa fue la Sentencia *United States v. Alcoa*⁷⁰. En

⁶⁶ La denominación completa de esta sentencia es la siguiente: Sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos: *Standard Oil Co. Of New Jersey v United States*, 221 U.S 1 (1911)

⁶⁷ Kovacic, W y Shapiro, C., *op. cit.*, p. 46.

⁶⁸ Kovacic, W y Shapiro, C., *op. cit.*, p.49.

⁶⁹ Camarena Martínez, L., “La noción de abuso de posición de dominio en el Derecho europeo y estadounidense”, *Repositorio Comillas*, abril de 2014, p. 9.

⁷⁰ La denominación completa de esta sentencia es la siguiente: Sentencia del Tribunal Supremo estadounidense: *United States v. Aluminum Co. of America*, 377 U.S. 271 (1964).

esta sentencia se condenó a esta empresa a diluirse en múltiples empresas por monopolizar el mercado de aluminio, aunque no se demostró ningún perjuicio para el consumidor ya que se había aumentado mucho la oferta de aluminio y bajado los precios. Esta sentencia posteriormente ha sido muy criticada focalizando estos autores sus reproches hacia una mala interpretación de la organización de la industria de Alcoa y hacia la destrucción de eficiencia que supuso esta decisión en beneficio de objetivos igualitarios en el mercado⁷¹.

La cuarta etapa va desde el año 1973 hasta 1991 y está claramente influenciada por autores de la escuela de post-Chicago como Bork, Posner y Frank Easterbrook. Estos autores, los cuales habían criticado duramente la aplicación extensiva del Derecho de competencia que se había hecho en la anterior etapa, abogaron por reducir la aplicación de este Derecho justificándose en criterios de eficiencia. Las tesis de estos autores llegaron a los tribunales lo que se tradujo en una aplicación más laxa del derecho de competencia en esta etapa. Una de las sentencias más importantes de esta etapa fue *FTC v Indiana Federation of Dentists*⁷². En esta sentencia se usó por primera vez el *Quick look review* siendo esta metodología una mezcla entre la *rule of reason* y la regla *per se*. El *Quick Look Review* es una *rule of reason* abreviada en la cual hay que probar que se ha producido un daño al mercado sin necesidad de llevar a cabo el costoso y riguroso análisis de la *rule of reason*. Esta metodología normalmente la aplica un Tribunal cuando una conducta no es ilegal *per se* pero a simple vista se ve que puede tener efectos dañinos a la competencia.

Finalmente llegamos a la quinta y última etapa que va desde 1992 hasta hoy. Esta etapa se caracteriza por el uso de la metodología *Quick Look Review* aparte del uso de la teoría de juegos de John Nash y John Van Neumann para buscar un balance entre los efectos positivos y negativos de la competencia⁷³.

⁷¹ Esta crítica se puede encontrar en los dos siguientes artículos: Graglia, L., "Is Antitrust obsolete?", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Otoño de 1999, p. 19 y en Winerman, M y Kovacic, M., "Learned hand, Alcoa, and the reluctant application of the Sherman Act", *Antitrust Law Journal*, volumen 79, número 1, 2013, p. 302.

⁷² La denominación completa de esta sentencia es la siguiente: Sentencia del Tribunal Supremo estadounidense: *FTC v. Indiana Fed'n of Dentists*, 476 U.S. 447 (1986).

⁷³ La teoría de juegos es el estudio matemático de las situaciones en que un individuo tiene que tomar una decisión teniendo en cuenta las elecciones que hacen otros. Esta teoría es útil para la toma de decisiones en situaciones de incertidumbre y viene explicada en la obra *The Theory of Games and Economic Behaviour* de 1944.

5.2 El caso *Google Shopping* en EEUU

Ya hemos visto como la Comisión después de 7 años de investigación en este caso, el 27 de junio de 2017 sancionó a Google por abuso de posición dominante. En EEUU ningún Tribunal se ha pronunciado sobre este caso, ya que la *Federal Trade Commission* estadounidense cerró las investigaciones en 2013 después de 3 años de investigación. Esta investigación se cerró llegando a un acuerdo con Google ya que no encontró suficientes pruebas que acreditaran que la conducta de Google había limitado la competencia violando la legislación estadounidense Antitrust. Es preciso señalar que algunos autores han visto con escepticismo el hecho de que la FTC cerrara abruptamente las investigaciones el 3 de enero de 2013, solo 44 días después de nombrar a la Sra. Renata Hesse como abogada general de la división de Antitrust del departamento de justicia estadounidense cuando esta señora había trabajado hasta 2011 como abogada especializada en Antitrust para Google⁷⁴.

En un comunicado de fecha 3 de enero de 2013 la FTC explica sus razones para cerrar la investigación contra Google⁷⁵. Después de la introducción de los hechos de los que se acusa a Google, la FTC explica que se investiga a Google por una presunta violación del artículo 5 de la *Federal Trade Commission Act* sobre métodos injustos de competición y por violar el artículo 2 del *Sherman Act*. Para ver si efectivamente Google ha infringido estos artículos la investigación se centró en ver si Google cambió sus algoritmos de búsqueda para impedir que entraran en el mercado otros motores de búsqueda verticales o si esta conducta de Google se había debido a mejorar su producto y, por lo tanto, la experiencia del usuario. La FTC llega a la conclusión de que este cambio de diseño tenía como objetivo mejorar la experiencia de los usuarios mostrándoles la información más relevante con relación a la información que deseaban. Se comprueba también que otros motores de búsqueda han incluido contenido vertical en su motor de búsqueda sin que se haya comprobado que hay una conexión entre esta conducta y efectos anticompetitivos.

⁷⁴ Cleland, S., “Rejecting the Google School of No-Antitrust Fake Consumer Welfare Standard”, *2018 Antitrust and Competition Conference on Digital Platforms and Concentration*, 19 de abril de 2018, p.6.

⁷⁵ Statement of the Federal Trade Commission Regarding Google’s Search Practices, FTC File Lumber 11-0163, 3 de enero de 2013, (disponible en: https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/statement-commission-regarding-google-search-practices/130103brillgooglesearchstmt.pdf)

El comunicado sin embargo admite que las empresas que no han sido puestas en la primera página de Google han sufrido una pérdida de tráfico de visitas. Por último, se remarca la importancia del diseño del producto en la competencia en un mercado y que condenar a una empresa por mejorar el diseño de un producto sería perjudicial para los consumidores. La FTC concluye que el nuevo diseño del motor de búsqueda de Google tiene una legítima justificación que es el mejorar su servicio no habiendo suficientes pruebas que permitan estimar que ha habido una manipulación de su algoritmo para excluir a competidores.

Como podemos ver, la metodología que usa la FTC es distinta de la que usa la Comisión europea. La FTC para empezar a analizar si Google ha infringido los artículos 1 y 2 de la *Sherman Act* y el artículo 5 de la *Federal Trade Commission Act* no analiza el mercado relevante y si tiene poder de mercado en este mercado concreto. La FTC analiza directamente si la conducta de Google tiene una razón legítima de ser como es el mejorar su algoritmo de búsqueda o si por el contrario con esta conducta Google busca excluir a sus competidores.

En la legislación estadounidense no está perseguido el que una empresa alcance una situación de poder de mercado en base a criterios de eficiencia como superioridad de producto o de tecnología. Este pensamiento liberal, enraizado en valores republicanos de libertad de empresa y el pensamiento económico de la Escuela de Chicago, percibe el mercado como un ente autorregulado e inherentemente competitivo. Como el mercado tiene estos rasgos es el mercado quien decide quienes son los ganadores y perdedores⁷⁶. Este pensamiento es el que está detrás de la decisión de la FTC de cerrar la investigación sin examinar el poder de mercado de Google.

Se puede observar cómo los argumentos de Google para justificar su conducta y los de la FTC son muy parecidos diciendo básicamente que no ha habido ningún cambio artificial en el algoritmo de búsqueda, sino que se ha mejorado el algoritmo del buscador mejorando la experiencia final del usuario. La FTC considera que la mejora del algoritmo es una mejora del producto de Google. Argenton y Prüfer explican que la cualidad más

⁷⁶ MacMillan, M., “Who owns the Internet? A brief overview of the US antitrust law and EU competition law in the Internet industry”, *Working paper Center for Global Affairs and Strategic Studies*, 2 de octubre de 2018, p. 11.

importante para elegir entre buscadores es la precisión de las búsquedas, siendo esto precisamente lo que Google ha mejorado en su algoritmo de búsqueda⁷⁷.

Con esta afirmación de la FTC podemos observar como la FTC tiene un enfoque más económico y entendiendo mejor estos mercados tecnológicos que la Comisión Europea, no fijándose sólo en la posible exclusión de competidores sino en la necesidad de la mejora del algoritmo para seguir innovando y beneficiar al consumidor. Maureen Ohlhausen, antiguo miembro de la FTC remarca este argumento al decir lo siguiente:

*“Las industrias tecnológicas tienen un ritmo muy rápido, especialmente las industrias en las que Internet está presente. Una pobre o equivocada aplicación del derecho antitrust en estas industrias puede tener efectos duraderos y perjudiciales. Esta agencia ha llevado a cabo significantes esfuerzos para desarrollar y mantener un entendimiento matizado sobre el sector tecnológico e incorporar un aviso a la decisión sobre la rapidez de evolución del ecosistema en estas industrias. La decisión de cerrar la parte de dar preferencia en el motor de búsqueda en esta investigación, en mi opinión, es una muestra de que esta agencia entiende la necesidad de caminar con cuidado en el espacio de Internet.”*⁷⁸

De las palabras de Maureen Ohlhausen, a parte del argumento ya explicado del entendimiento de la FTC sobre este sector, podemos remarcar las consecuencias que acarrea una equivocada aplicación del Derecho de Competencia en estas industrias. Aunque no lo dice expresamente podemos inferir que se refiere a los efectos perjudiciales en la eficiencia del mercado y en la innovación que puede traer una aplicación extensiva del Derecho de la Competencia.

Una vez vista la visión más económica de la FTC en comparación con la Comisión Europea, se puede observar también en la decisión de la FTC la importancia del fin último del Derecho de Competencia norteamericano que es aumentar el bienestar del

⁷⁷ Argenton, C y Prüfer, J., “Search engine competition with network externalities”, *Journal of Competition Law and Economics*, número 8.

⁷⁸ Statement of Commissioner Maureen K. Ohlhausen in the Matter of Google, Inc., de fecha 6 de marzo de 2014, (disponible en : <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/press-releases/google-agrees-change-its-business-practices-resolve-ftc-competition-concerns-markets-devices-smart/130103googlesearchohlhausenstmt.pdf>)

consumidor. Al final del comunicado de la FTC se dice que condenar a una empresa por mejorar su producto sería perjudicial para el consumidor, haciendo así referencia a este objetivo.

Como podemos observar en el caso *Google Shopping*, las autoridades de competencia de Estados Unidos tienen un enfoque más económico, tratando de entender mejor las características de estos mercados. Aunque la FTC no analiza el poder de mercado ni las barreras de entrada del sector se puede inferir este entendimiento del mercado de nuevas tecnologías al adoptar una posición de cautela en cuanto a la intervención de estos mercados a sabiendas de las consecuencias negativas que puede tener para la innovación y la eficiencia dinámica del sector.

Una de las razones por las que las autoridades de competencia norteamericanas entienden mejor estas industrias y aplican la normativa Antitrust con un enfoque económico basado en los efectos, es el hecho de que su ordenamiento jurídico sea Common Law. El abogado del Estado Joel Klein responde lo siguiente a cuándo se le pregunta cómo puede ser que unas leyes promulgadas en el siglo XX sean todavía relevantes en una economía totalmente distinta basada en la información:

*“And I answer unhesitatingly, that the laws are just fine, precisely because, unlike most contemporary statutes, they are common-law provisions and, therefore, they are not locked in text or time”.*⁷⁹

Joel Klein hace referencia claramente a que el ordenamiento jurídico estadounidense al ser Common Law, se adapta rápidamente a los cambios que surgen en la sociedad y en la economía ya que como él mismo dice las cláusulas de Common Law no están “encerradas” en el texto o tiempo. La flexibilidad de cambio del Common Law puede haber influido en la mejor aplicación de la normativa Antitrust ante estas nuevas industrias. La flexibilidad de cambio antes mencionada, choca con la rigidez de los Ordenamientos Jurídicos europeos los cuales tienen en común mayoritariamente que pertenecen a la corriente del Civil Law.

⁷⁹ Klein, J., “The importance of Antitrust enforcement in the New Economy”, *Antitrust Law Section Program*, 29 de enero de 1998, p. 13.

Además del enfoque económico, la filosofía poco intervencionista de Estados Unidos también ha podido influir en la decisión de no sancionar a Google con una multa millonaria. La FTC no ha estimado que la conducta de Google sea suficientemente restrictiva para la competencia como para intervenir confiando en que el mercado subsane estas imperfecciones.

Una de las partes con más controversia de la sanción de la Comisión Europea a Google ha venido por la aplicación extensiva de la negativa a contratar y concretamente la teoría de los recursos esenciales. EEUU, con numerosa jurisprudencia, ha impuesto límites y ha concretado la controvertida tipología de abuso de posición dominante de negativa a contratar. La Sentencia más importante es *Verizon Communications Inc v Law Offices of Curtis V Trinko*, llamada coloquialmente el caso Trinko⁸⁰. En este caso, se estableció que nada impide a una empresa adquirir poder de mercado a través de la creación de una infraestructura y que el obligar a una empresa a contratar con un competidor iría en contra del Derecho Antitrust y reduciría los incentivos de la empresa dominante para seguir invirtiendo en innovación⁸¹. En sentencias muy anteriores a Trinko como en *United States v Colgate & Co* ya se establecía que la normativa Antitrust no restringe el derecho de cualquier comerciante a contratar con quién quiera⁸². En mi opinión, la limitación a la aplicación de la negativa a contratar que se ha llevado a cabo en EEUU supone otra muestra más de lo avanzado que está la aplicación del Derecho de Competencia en este país en contraposición con Europa. La limitación a la negativa a contratar además favorece la innovación en los mercados tecnológicos digitales, siendo este rasgo capital en estos mercados.

⁸⁰ La denominación completa de esta sentencia es la siguiente: Sentencia del Tribunal supremo estadounidense: *Verizon Communications Inc v Law Offices of Curtis V Trinko*, LLP 540 U.S. 398, (2004). Los hechos de este caso son los siguientes. Trinko, una operadora local de telefonía móvil alegaba que Verizon que es una operadora de telefonía móvil a nivel estatal, otorgaba acceso a competidores a su red de forma discriminatoria para desincentivar a los consumidores finales a que eligieran los servicios de los nuevos entrantes en el mercado. Es preciso señalar que Verizon era la única operadora de telefonía móvil antes de la *Telecommunications Act of 1996* que se promulgó precisamente para crear más competencia en esta industria. El Tribunal falló a favor de Verizon.

⁸¹ Potter, M., “Refusal to supply and Innovation: Past, Present and Future”, *LL.M International Business Law*, junio de 2010, p. 37.

⁸² La denominación completa de esta sentencia es la siguiente: Sentencia del Tribunal supremo estadounidense: *United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300 (1919). La cita está cogida de la Sentencia del Tribunal supremo estadounidense: *United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300, 307, (1919).

Se puede observar cómo en Estados Unidos las autoridades de competencia restringen el ámbito del abuso de posición dominante y se guían más por criterios económicos para saber si existe cierre de mercado y daño al competidor en comparación con las autoridades europeas de la competencia, las cuales sancionan con criterios formales intentando ajustar la anticuada tipología de abuso de posición dominante a mercados totalmente distintos a aquellos para los que fueron pensados estas categorías.

5.3 Propuestas de la doctrina estadounidense para una mejor aplicación del Derecho de competencia a los mercados tecnológicos digitales

La doctrina estadounidense ha propuesto para una mejor aplicación del Derecho de competencia a los mercados tecnológicos el análisis coste-error del profesor Frank Easterbrook. Antes de explicar el análisis coste-error es preciso mencionar que las autoridades que aplican el Derecho de competencia pueden cometer dos tipos de errores. Por un lado, pueden sancionar a una empresa que no está dañando efectivamente el Derecho de Competencia denominándose este error como tipo I. Por otro lado, están los errores tipo II, los cuales surgen cuando no se sanciona a una empresa que está infringiendo el Derecho de Competencia. Este análisis permite a las autoridades de competencia distinguir entre si una conducta tiene efectos competitivos o anticompetitivos dadas unas pruebas limitadas y echando mano a la teoría económica.

El modelo coste – error se asienta sobre las siguientes premisas:

- Los errores tipo I (falso positivo) y tipo II (falso negativo) son inevitables en el Derecho de Competencia por la dificultad de distinguir entre efectos competitivos y procompetitivos en una conducta⁸³.
- Los costes sociales de los errores tipo I son mayores que los tipo II ya que en los errores tipo II el mercado corrige esta ineficiencia⁸⁴.

El análisis coste-error para analizar las conductas de las empresas que operan en sectores tecnológicos digitales nos da una serie de ventajas. En primer lugar, este análisis aporta un marco analítico para minimizar los costes de error y reglas de decisión para actuar en situaciones de incertidumbre como las que nos encontramos continuamente en el Derecho

⁸³ Easterbrook, F., “The Limits of Antitrust”, *Texas Law Review*, 1984, p. 15.

⁸⁴ Manne, G y Wright, J., “Google and the limits of Antitrust: The case against the antitrust case against Google”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, volumen 34, número 1, 2011, p. 9.

de Competencia. En segundo lugar, este modelo exige una sólida evidencia empírica de los efectos económicos anticompetitivos de la conducta para ser sancionada alejándonos de las concepciones formalistas en la aplicación del Derecho de la competencia que como hemos visto en este trabajo no son apropiadas para regular estos mercados. En tercer lugar, este marco analítico tiene una gran ventaja respecto a otros modelos ya que es simple de usar. Es evidente que la simpleza para la toma de decisiones es una característica importante en contraste con modelos excesivamente complicados, en los cuales es difícil llegar a una conclusión clara.

Por último, este modelo es especialmente apropiado para aquellos sectores en los cuales los costes derivados de errores en decisiones judiciales pueden ser especialmente importantes⁸⁵. En esta definición de sector entra perfectamente los sectores tecnológicos digitales en los cuales una mala aplicación del Derecho de Competencia puede tener graves consecuencias para la innovación y en último lugar, para el beneficio del consumidor.

⁸⁵ Wright, J., “Evidence-based Antitrust Enforcement in the Technology Sector”, 23 de febrero de 2013, p. 7.

6. LA GEOPOLÍTICA EN LOS MERCADOS DIGITALES Y SU INFLUENCIA EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA ACTUAL

Una vez analizadas las resoluciones del caso Google Shopping tanto en la UE como en EEUU y una vez vista la dificultad de aplicación de este Derecho en los mercados digitales es necesario hacer mención a la geopolítica y su influencia en el Derecho de la Competencia actual. Las tensiones geopolíticas se resumen en el deseo de la UE, EEUU y China de alcanzar la superioridad digital. En primer lugar, se va a hacer una reflexión sobre las tensiones digitales entre EEUU y la UE, para luego hacer referencia al caso Huawei detallando las tensiones entre EEUU y China poniéndolo en conexión con el Derecho de la Competencia.

La política de competencia europea está fuertemente marcada por la creación de un mercado único digital, no habiendo consenso entre los países de la Unión en lo que refiere a seguir una política más proteccionista o liberalizadora⁸⁶. Lo que está claro de momento es que con las sanciones a Google y concretamente con la sanción *Google Shopping* la Comisión Europea ha optado por el primer camino adoptando una política más proteccionista. En la decisión de sancionar a Google por el caso *Google Shopping* pueden haber influido cuestiones geopolíticas para debilitar a estas grandes empresas tecnológicas estadounidenses y así intentar hacer un hueco en el mercado a empresas europeas. Esta política ha conllevado recelos por parte de EEUU, siendo un ejemplo claro las palabras de Obama en 2015: “a veces sus proveedores (europeos) de servicios, que como ustedes saben no pueden competir con los nuestros, están esencialmente tratando de establecer algunos obstáculos para que nuestras empresas no puedan operar efectivamente ahí (...) Hemos sido los propietarios de Internet. Nuestras empresas lo han creado, ampliado, perfeccionado de manera que ellos no pueden competir”.

El 20 de mayo de 2019 se supo que Google había suspendido los negocios con Huawei que requieran la transferencia de productos de hardware y software⁸⁷. Esta decisión es consecuencia directa de la inclusión de Huawei en la lista negra de empresas que suponen una amenaza para la seguridad nacional estadounidense. En un primer momento, se puede

⁸⁶ Prislán, N., “¿Existe una grieta digital entre EEUU y la UE?”, *Estudios de política exterior*, número 172, julio-agosto de 2016.

⁸⁷ Reuters., “Google veta a Huawei, cuyos móviles se quedarán sin Android ni aplicaciones”, *Diario Público*, 20 de mayo de 2019, (disponible en: <https://www.publico.es/economia/google-huawei-moviles-android-aplicaciones.html>)

pensar que detrás de la decisión de incluir en la lista negra a Huawei se encuentran sólo razones de seguridad nacional, pero hay mucho más trasfondo detrás de esta decisión. La próxima disrupción digital es el 5G, lo que transformará radicalmente muchos aspectos de la vida cotidiana y de muchas profesiones. China y EEUU se disputan la superioridad tecnológica en el 5G ya que el bloque que consiga alcanzar esta superioridad dispondrá de una ventaja competitiva indudable a la hora de imponer sus intereses geopolíticos, económicos y comerciales⁸⁸. Es evidente que detrás de la razón de la amenaza a la seguridad nacional por los contactos con el Gobierno chino con Huawei se esconden intereses comerciales de debilitar a la industria china tecnológica que tanto terreno le ha comido últimamente a la industria estadounidense.

Estas tensiones geopolíticas influyen indudablemente en la actuación de las autoridades de competencia. Podría pensarse que las autoridades de competencia estadounidenses son más benevolentes con Google por el hecho de ser americana y la importancia de esta empresa para su industria, además de ser estratégicamente importante para los fines del gobierno estadounidense como en el caso Huawei se ha demostrado. También podría plantearse el debate de si la Comisión Europea debería actuar ante el veto de Google a Huawei, ya que perjudica a los consumidores europeos de Huawei los cuales no podrán instalar las actualizaciones de Android. Además, el veto de Google también podría excluir a Huawei en el mercado de dispositivos móviles ya que tendría que crear su propio sistema operativo con todas las dificultades que esto conlleva. La Comisión Europea si decidiera llevar a cabo esta actuación se vería limitada en su actuación debido a la razón principal que esgrime Google para vetar a Huawei, la cual es preservar la seguridad nacional de EEUU.

⁸⁸ Moret Millás, V., “El despliegue de las redes 5G, o la geopolítica digital”, *Real Instituto Elcano*, 12 de marzo de 2019, p. 3.

7. CONCLUSIONES

El objetivo general de este trabajo ha sido poner de relieve el desajuste de las actuales reglas de competencia en su aplicación a las conductas de empresas que operan en mercados digitales como Google. En el inicio de la investigación, se hizo una pequeña introducción de los objetivos del Derecho de la Competencia tanto en EEUU como en la UE, para después explicar las peculiaridades de estos mercados las cuales hacen que sea tan complicada la aplicación del Derecho de la Competencia a las empresas que operan en este sector. Para ilustrar mejor el desajuste del Derecho de la Competencia en estos mercados, se ha analizado la controvertida sanción a Google por el caso *Google Shopping* en EEUU y en la UE. Para una mejor comprensión de las diferencias del fallo de las autoridades de competencia estadounidenses y europeas se analizó el marco normativo y jurisprudencial de estos dos ordenamientos jurídicos. Finalmente, se hizo una referencia a las razones geopolíticas que han podido influir en las decisiones de las autoridades de competencia antes mencionadas además de mencionar brevemente el caso Huawei y su relación con el Derecho de la Competencia. Una vez finalizada la investigación, las conclusiones del trabajo son las siguientes:

1. El gran dinamismo de los mercados digitales y el hecho de que las barreras de entrada no sean tan relevantes en comparación con los sectores tradicionales exigen que se adopte un enfoque económico basado en los efectos que justifique la intervención del Derecho de la Competencia ya que efectivamente se ha producido una exclusión de un competidor o un daño a los consumidores. Los posibles daños que pueda originar en la innovación en estos mercados una aplicación formalista del Derecho de la Competencia justifican aún más la necesidad de adoptar el enfoque basado en los efectos para sancionar a las empresas tecnológicas.
2. Los parámetros tradicionales para estimar el mercado relevante y el poder de mercado no son adecuados para analizar las conductas de estas empresas ya que nos pueden llevar a conclusiones que no reflejen correctamente las situaciones competitivas de estos mercados. Las tradicionales herramientas para determinar el mercado relevante como el test SSNIP y la cuota de mercado para presumir el poder de mercado son totalmente inadecuadas para estas industrias ya que nos dan una imagen estática de la situación del mercado obviando el dinamismo que

caracterizan a estos sectores.

3. La Comisión Europea sancionó a Google en el caso *Google Shopping* con una deficiente fundamentación jurídica ya que no definió bien el mercado relevante obviando a importantes competidores como Amazon. La Comisión Europea también sobrevaloró los efectos de red de Google considerando que su mercado es mucho más cerrado de lo que realmente es. La deficiente fundamentación jurídica también se puede observar con la aplicación forzada de la figura de abuso de posición dominante de negativa a contratar en este caso. En este trabajo además se ha demostrado que no concurren los requisitos para apreciar que existe abuso de posición de dominio aplicando la negativa a contratar en el caso *Google Shopping*.
4. El enfoque basado en la forma de las conductas que tiene la Comisión Europea intentando clasificar la conducta de Google en la tipología tradicional de abuso de posición dominante es totalmente desacertada siendo necesaria una modernización de este concepto, en el sentido de adoptar un enfoque basado en los efectos que justifique la intervención en estos mercados.
5. Las autoridades de competencia estadounidenses entienden mejor las características de estas empresas y sus mercados al tener un enfoque económico basado en los efectos y adoptar una posición de cautela en cuanto a la intervención en estos mercados por los posibles perjuicios que pueda ocasionar en la innovación una intervención excesiva en los mercados digitales. El hecho de que la FTC haya conseguido llegar a un acuerdo con Google para remediar los daños anticompetitivos del caso *Google Shopping*, me parece una forma mucho más apropiada de aplicar el Derecho de la Competencia en comparación con la forma de proceder de la Comisión Europea, la cual adoptó una perspectiva más punitiva imponiéndole a Google una multa millonaria.
6. Las recientes decisiones de las autoridades de competencia de la UE y de EEUU pueden estar influidas por motivos geopolíticos, los cuales son totalmente ajenos a los fines del Derecho de la Competencia. Me estoy refiriendo al hecho de que en la decisión de la Comisión Europea de sancionar por el caso *Google Shopping* hayan podido intervenir razones de índole geopolíticas para hacer un hueco en el

mercado a empresas tecnológicas digitales europeas. Estas razones también se pueden analizar desde el lado contrario en el sentido de que las autoridades de competencia estadounidenses hayan sido benévolas con Google por motivos de protección de su industria y por razones estratégicas como se ha visto posteriormente con el veto de Google a Huawei.

7. Por todo lo expuesto rechazamos la hipótesis inicial de la que partíamos, al considerar que el Derecho de la competencia requería adaptarse a las especiales características del modelo de negocio de estas empresas digitales. Las normas de Derecho de competencia son predominantemente abiertas debido a la complejidad de enjuiciar las conductas de los agentes económicos y la relación que tiene esta rama del Derecho con la teoría económica. Esta relación hace que las normas reguladoras de la competencia tengan que ser necesariamente abiertas por la evolución de la economía, modelos de negocio y, en definitiva, la sociedad. Por todas estas razones, llego a la conclusión de que no es necesario cambiar la normativa actual para regular la competencia en los mercados tecnológicos digitales, sino que hay que aplicar estas normas con un enfoque basado en la evaluación de los efectos de las conductas, sin intentar ajustar estas conductas a las tipologías tradicionales de abuso de posición dominante.

8. BIBLIOGRAFÍA

Adkinson, W, Grimm, K y Bryan, C., “Enforcement of section 2 of the Sherman Act: Theory and practice”, *Working paper of the FTC*, 3 de noviembre de 2008, pp. 1-10.

Akman, P., “The theory of abuse in Google Search: A positive and normative assessment under EU Competition Law”, *Journal of Law, Technology and Policy*, 19 de julio de 2016, pp. 302-373.

Allendesalazar Corcho, R., “El abuso y sus efectos. Modernización del artículo 82 TCE: revisión o reforma” en Martínez Lage, S y Petitbó Juan, A., *El abuso de la posición de dominio*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 155-192.

Argenton, C y Prüfer, J., “Search engine competition with network externalities”, *Journal of Competition Law and Economics*, volumen 8, pp. 73–105.

Brietzke, P., “Robert Bork, The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself”, *Valparaiso University Law Review*, volumen 13, número 2, pp 403-421.

Brokelmann, H., “La negativa de suministro y figuras afines” en Martínez Lage, S y Petitbó Juan, A., *El abuso de la posición de dominio*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 341-366.

Broos, S y Ramos, J., “Google, Google Shopping and Amazon: The importance of Competing Business Models and Two-Sided Intermediaries in Defining Relevant Markets”, *The Antitrust Bulletin*, volumen 62, 28 de noviembre de 2015, pp. 1-18.

Camarena Martínez, L., “La noción de abuso de posición de dominio en el Derecho europeo y estadounidense”, *Repositorio Comillas*, abril de 2014, pp. 1-66.

Carlton, D., “Barriers to Entry”, *National Bureau of Economic Research*, septiembre de 2005, pp.1-31.

Cleland, S., “Rejecting the Google School of No-Antitrust Fake Consumer Welfare Standard”, *2018 Antitrust and Competition Conference on Digital Platforms and Concentration*, 19 de abril de 2018, pp. 1-18.

Díez Estella, F., “Google, Internet y Derecho de la competencia ¿Viejas reglas para nuevos mercados?”, *Revista Práctica de Derecho*, números 163-164, agosto- septiembre de 2004, pp. 2-38.

Díez Estella, F., “Los objetivos del derecho antitrust”, *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, nº 224, Marzo/Abril 2003, pp. 32-52.

Easterbrook, F., “The Limits of Antitrust”, *Texas Law Review*, 1984, pp. 1-40.

Evans, D., “Two-sided market definition”, *ABA Section of Antitrust Law*, 11 de noviembre de 2009, pp. 1-35.

Filistruscchi, L., “Market Definition in Multi-Sided Markets”, *Background material for Item 8 at the 127th meeting of OECD Competition Committee*, 21 de junio de 2017, pp.1-17.

Fingleton, J., “Can Competition Policy Drive Growth in Europe?”, *Competition policy international*, 2014, pp. 1-7.

Graglia, L., “Is Antitrust obsolete?”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, otoño de 1999, pp. 11-21.

Gutiérrez, I y Padilla, J., “Una racionalización económica del concepto de posición de dominio” en Martínez Lage, S y Petitbó Juan, A., *El abuso de la posición de dominio*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 15-32.

Jiménez Latorre, F y Cañizares Pacheco, E., “Dificultades para la definición del mercado relevante” en Martínez Lage, S y Petitbó Juan, A., *El abuso de la posición de dominio*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 33-60.

Klein, J., “The importance of Antitrust enforcement in the New Economy”, *Antitrust Law Section Program*, 29 de enero de 1998, pp. 1-21.

Kokkoris, I., “The Google case in the EU: Is there a case?”. *The Antitrust Bulletin*, volumen 62, número 2, 2017, pp. 313-333.

Kovacic, W y Shapiro, C., “Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking”, *Journal of Economic Perspectives*, volumen 14, número 1, invierno del 2000, pp. 43-60.

Lemley, M y McGowan, D., “Legal implications of Network Economic Effects”, *California Law Review*, 26 de septiembre de 1997, pp. 481-609.

MacMillan, M., “Who owns the Internet?: A brief overview of the US antitrust law and EU competition law in the Internet industry”, *Working paper Center for Global Affairs and Strategic Studies*, 2 de octubre de 2018, pp. 1-16.

Manne, G y Wright, J., “Google and the limits of Antitrust: The case against the antitrust case against Google”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, volumen 34, número 1, 2011, pp. 172-244.

Miranda Londoño, A., “Historia del Derecho de la competencia, Orígenes y evolución en Estados Unidos, la Unión Europea y América Latina”. *Revista Boliviana de Derecho*, número 3, 2007, pp. 215-267

Moret Millás, V., “El despliegue de las redes 5G, o la geopolítica digital”, *Real Instituto Elcano*, 12 de marzo de 2019, pp. 1-6.

Ortiz Blanco, L., *Manual de Derecho de la Competencia*, Tecnos, Madrid, 2008

Pérez Vaquero, C., “Decálogo de las doctrinas, reglas y prácticas jurídicas americanas que también se aplican en Europa y viceversa”, *Derecho y Cambio Social*, pp. 1-26.

Pleatsikas, C y Teece, D., “The analysis of market definition and market power in the context of rapid innovation”, *International Journal of Industrial Organization*, número 19, 2001, pp. 1-49.

Potter, M., “Refusal to supply and Innovation: Past, Present and Future”, *LL.M International Business Law*, junio de 2010, pp. 3-46.

Waehlbrock, M. y Frignani, A., *Derecho europeo de la competencia*, ed. Bosch, Barcelona, 1998.

Rey, P., “Un enfoque económico del artículo 82 “en Martínez Lage, S y Petitbó Juan, A., *El abuso de la posición de dominio*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 100-154.

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*, 30 de septiembre de 2017, pp. 96-103.

Tucker, C., “Network Effects and Market Power: What Have We Learned in the Last Decade?”, *Antitrust*, abril de 2018, pp. 72-79.

Winerman, M y Kovacic, M., “Learned hand, Alcoa, and the reluctant application of the Sherman Act”, *Antitrust Law Journal*, volumen 79 , número 1, 2013, pp. 296-347.

Wright, J., “Evidence-based Antitrust Enforcement in the Technology Sector”, 23 de febrero de 2013, pp. 1-26.

Legislación consultada

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 12 de Junio de 1985.

Tratado constitutivo de la CECA de 1951.

Tratado constitutivo de la CEE de 1957.

Tratado constitutivo de la CEEA de 1957.

The *Sherman Antitrust Act* of 1890 (26 Stat. 209, 15 U.S.C. §§ 1–7).

The *Federal Comission Trade Act* of 1914 (15 U.S.C. §§ 41-58).

The *Clayton Antitrust Act* of 1914 (15 U.S.C.A. § 12 et seq.).

The *Robinson Patman Act* of 1936 (15 U.S.C.A. § 13(a-f)).

The *Celler Kefauver Act* of 1950.

Jurisprudencia consultada

TJUE

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del 14 de febrero de 1978 Caso 27/76 United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission of the European Communities, párrafo 65.

Sentencia del TJUE de 26 de noviembre de 1998, Asunto C-7/97 Oscar Bronner GMBH &Co. Y Mediaprint Zeitungs-und Zeitschriftenverlag GMBH &Co, apartado 41.

Sentencia del TJUE de 29 de abril de 2004, asunto C-418-01, IMS Health GmbH & Co. OHG, apartado 49.

Sentencia del TPI, As. T-201/04, Microsoft Corp. c Comisión, ECR [2007], II-3601.

Sentencia del TJCE de 13 de febrero de 1979, asunto 85/76, Hoffmann-La Roche & Co.AG c. Comisión, párrafo 56.

Sentencia del TJUE de 17 de septiembre de 2007, asunto T-201/04 , Párrafo 1061.

Decisión de la Comisión Europea de 21 de diciembre de 1988, Asunto 89/205/CEE, (IV/31.851 - Magill TV Guide/ITP, BBC y RTE).

Sentencia del TJUE, de 9 de noviembre de 1983, en el asunto C-322/81 NV Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin c. Comisión, Párrafo 57.

TDC

Tribunal de Defensa de la Competencia. Expediente R362/99, Bacardí, 30 de septiembre de 1999, párrafo 9 de los fundamentos de derecho.

Estadounidense

Sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos: Standard Oil Co. Of New Jersey v United States, 221 U.S 1 (1911).

Sentencia del Tribunal Supremo estadounidense: United States v. Aluminum Co. of America, 377 U.S. 271 (1964).

Sentencia del Tribunal Supremo estadounidense: FTC v. Indiana Fed'n of Dentists, 476 U.S. 447 (1986).

Noticias

Alarcón, N., “Bofetada de los europeos a la UE: creen que nadie está frenando a Apple, Google o FB”, *Diario El Confidencial*, 19 de marzo de 2019, (disponible en: https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2019-03-19/ue-google_1891038/).

Flores, C., “Bruselas multa a Google con 1.490 millones por abuso de posición dominante en los anuncios con AdSense”, *Eleconomista.es*, 20 de marzo de 2019, (disponible en: <https://www.eleconomista.es/empresas-finanzas/noticias/9771554/03/19/Bruselas-multa-a-Google-con-1490-millones-por-los-anuncios-de-AdSense.html>)

Gaytán Olaguivel, V., “Google, Amazon, Facebook y Apple, ¿monopolios o los mejores en su rubro?”, *Diario Fortune en español*, 15 de mayo de 2018, (disponible en: <https://www.fortuneenespanol.com/tecnologia/google-amazon-facebook-y-apple-monopolios-o-los-mejores-en-s/>).

Merino, P.P., "Amazon ya supera a Google como principal motor de búsqueda para comprar online", *ecommercenews*, 12 de enero de 2017.

Noticia Statista., "Google domina en Occidente, Baidú en China", *Statista*, 22 de agosto de 2016.

Price, R y Nudelman, M., “Google's parent company, Alphabet, explained in one chart”, *The Business Insider*, 12 de enero de 2016, (disponible en: <https://www.businessinsider.com/chart-of-alphabet-google-parent-company-infographic-x-gv-2016-1?IR=T>).

Prislan, N., “¿Existe una grieta digital entre EEUU y la UE?”, *Estudios de política exterior*, número 172, julio-agosto de 2016.

Reuters., “Google veta a Huawei, cuyos móviles se quedarán sin Android ni aplicaciones”, *Diario Público*, 20 de mayo de 2019, (disponible en: <https://www.publico.es/economia/google-huawei-moviles-android-aplicaciones.html>)

Tejero Martín, M., “Multa récord de Europa a Google: 2.420 millones por perjudicar a sus rivales 'online'”, *El confidencial*, 27 de junio de 2017.

Warren, E., “Here’s how we can break up Big Tech”, *Medium*, 8 de marzo de 2019, (disponible en: <https://medium.com/@teamwarren/heres-how-we-can-break-up-big-tech-9ad9e0da324c>).

Otros documentos

Resumen de la Decisión de la Comisión de 27 de junio de 2017 relativa a un procedimiento en virtud del artículo 102 del TFUE y del artículo 54 del Acuerdo EEE [Asunto AT.39740 – Búsqueda de Google (Shopping)]. Publicado el 12/01/2018.

Walker, K., “The European Commission Decision on online shopping: The other side of the story”, Blog Google , 27 de junio de 2017,(disponible en: <https://www.blog.google/around-the-globe/google-europe/european-commission-decision-shopping-google-story/>).

Comunicación de la Comisión Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del TCE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes , 24 de febrero de 2009 , página 1, (disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=EN)).

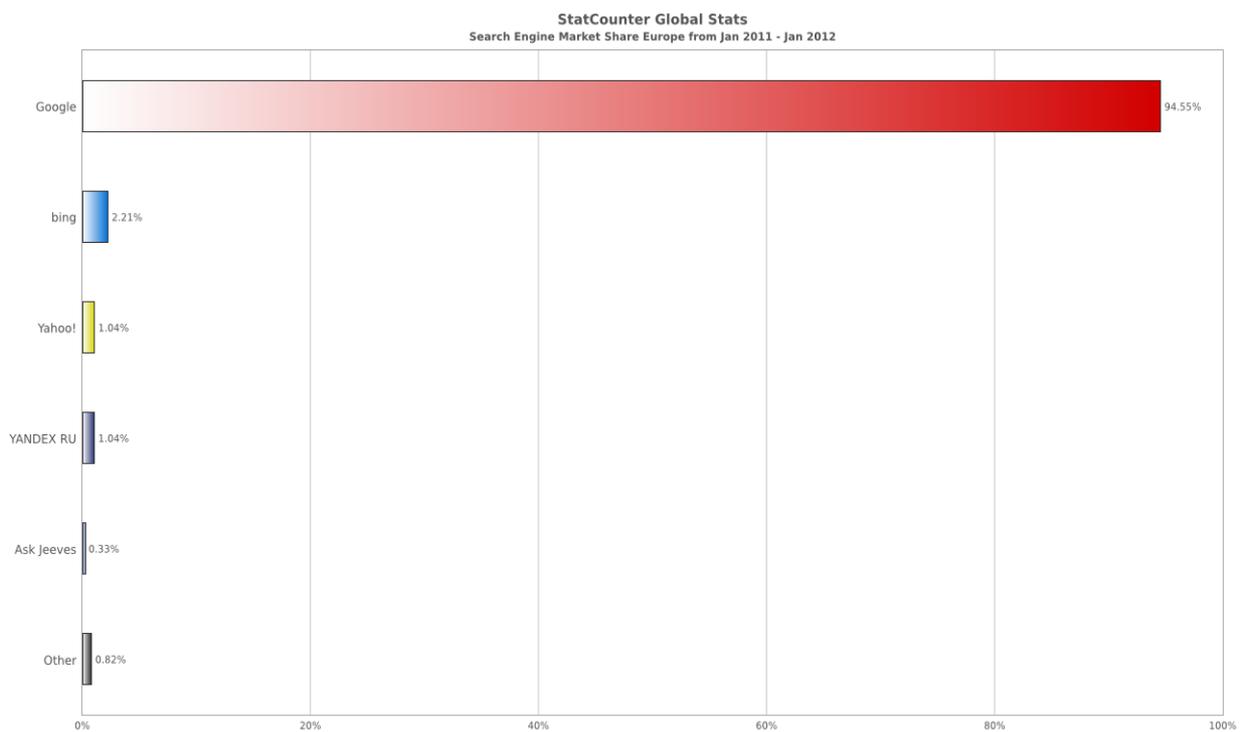
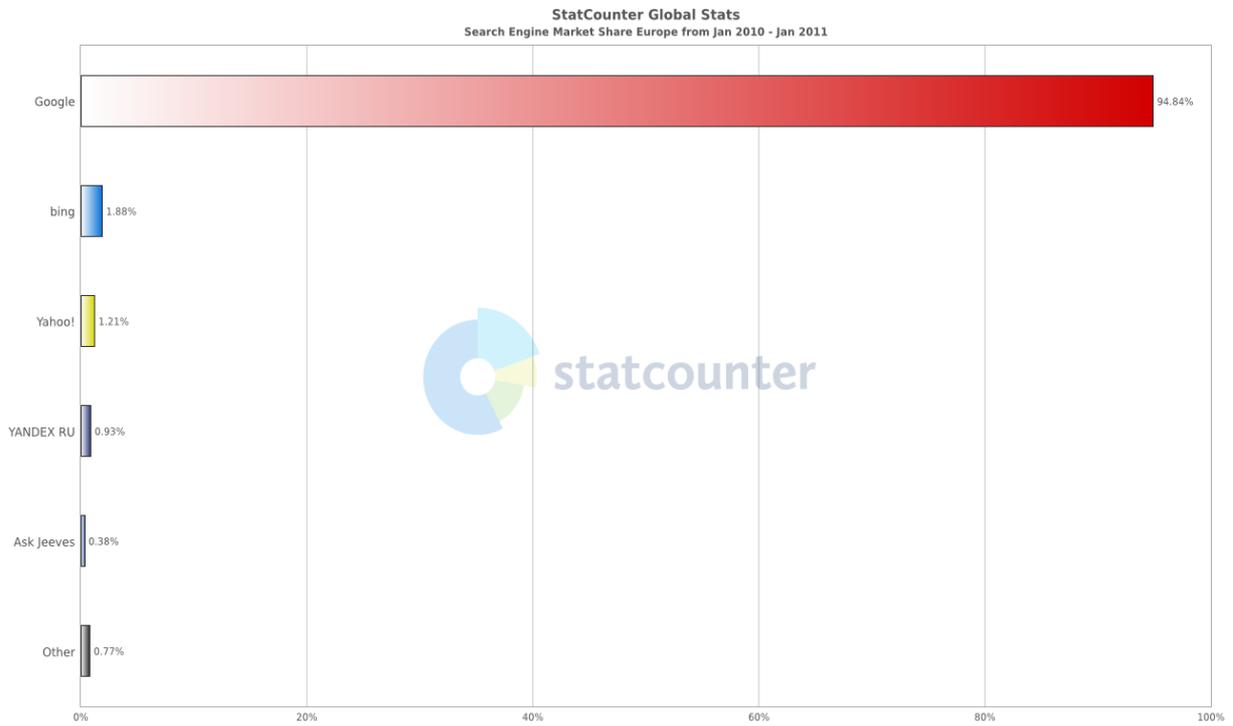
Comunicado de prensa de la Comisión Europea., “Antimonopolio: La Comisión impone a Google una multa de cerca de 4,34 miles de millones EUR por prácticas ilegales en relación con los dispositivos móviles Android para reforzar la posición dominante del motor de búsqueda de Google”, *European Commission Press Release Data Base*, 18 de julio de 2018,(disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4581_es.htm).

Statement of the Federal Trade Commission Regarding Google’s Search Practices, FTC File Lumber 11-0163 , 3 de enero de 2013 , (disponible en: https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/statement-commission-regarding-googles-search-practices/130103brillgooglesearchstmt.pdf).

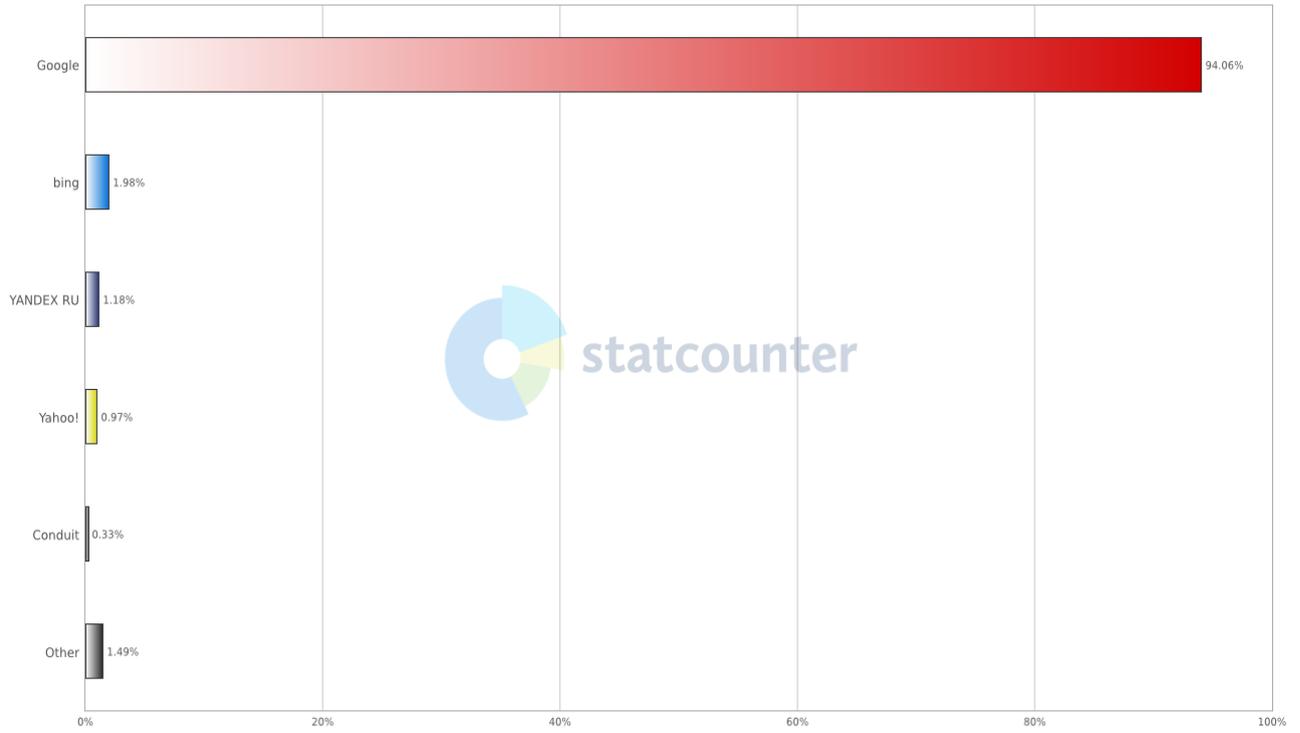
Statement of Commissioner Maureen K. Ohlhausen in the Matter of Google, Inc., de fecha 6 de marzo de 2014., (disponible en : <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/press-releases/google-agrees-change-its-business-practices-resolve-ftc-competition-concerns-markets-devices-smart/130103googlesearchohlhausenstmt.pdf>)

9. ANEXOS

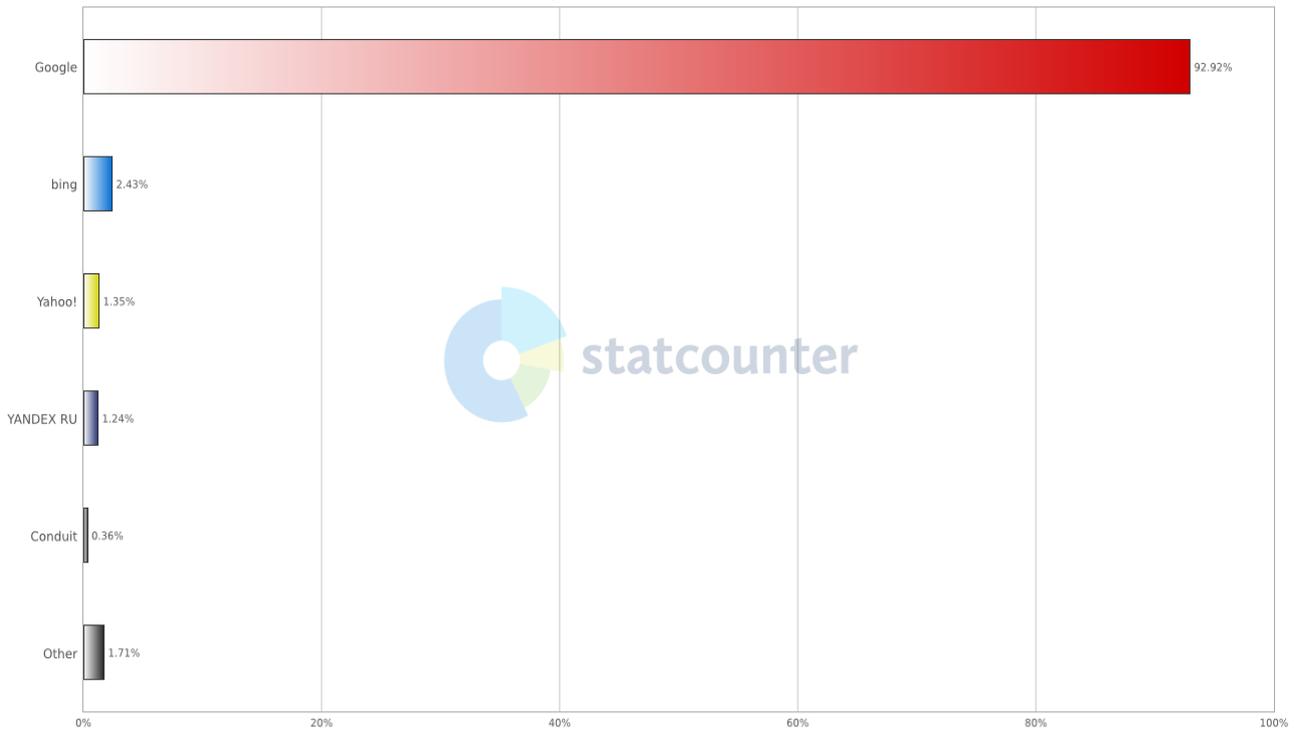
Anexo #1 : Cuotas de Mercado de Google en Europa en el período 2010-2013



StatCounter Global Stats
Search Engine Market Share Europe from Jan 2012 - Jan 2013



StatCounter Global Stats
Search Engine Market Share Europe from Jan 2013 - Jan 2014



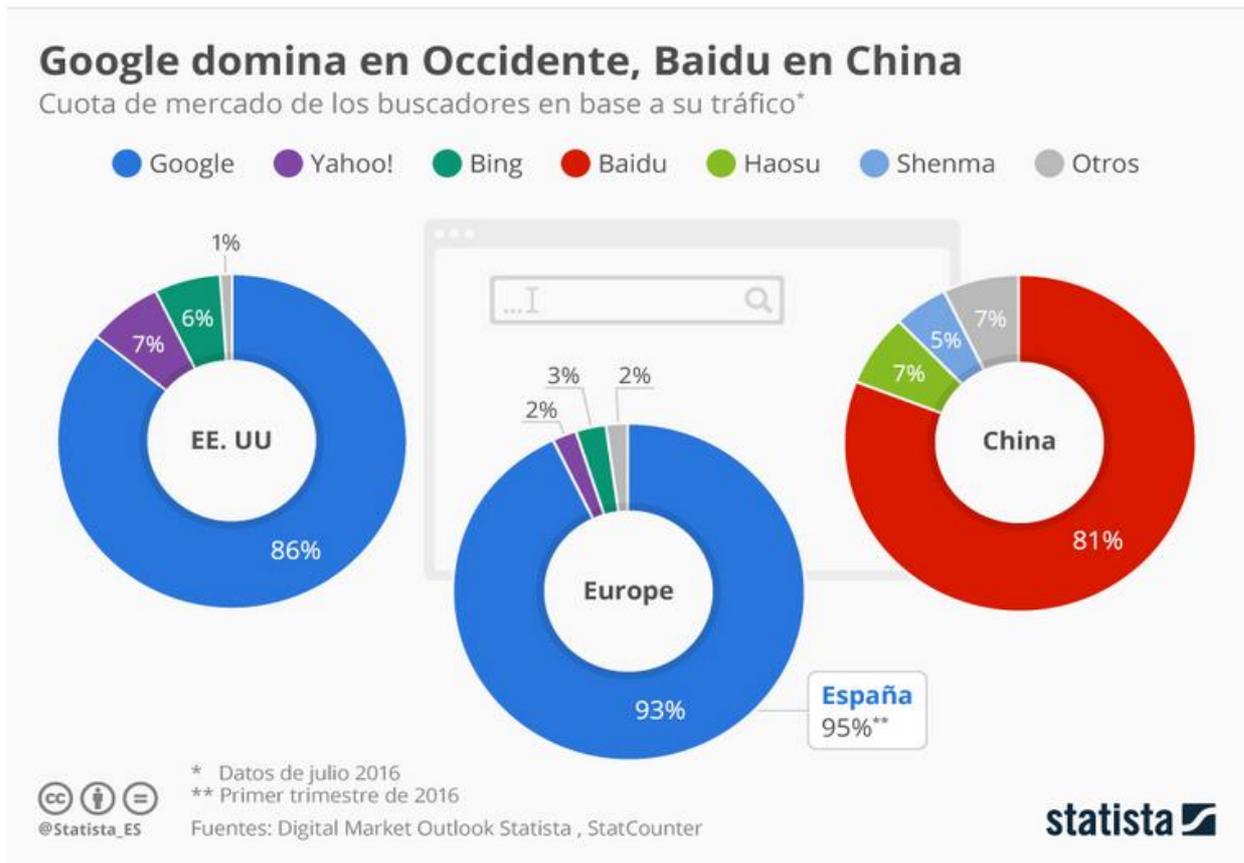
Anexo #2: Figuras utilizadas en el trabajo

Figura #1: Estructura de Alphabet



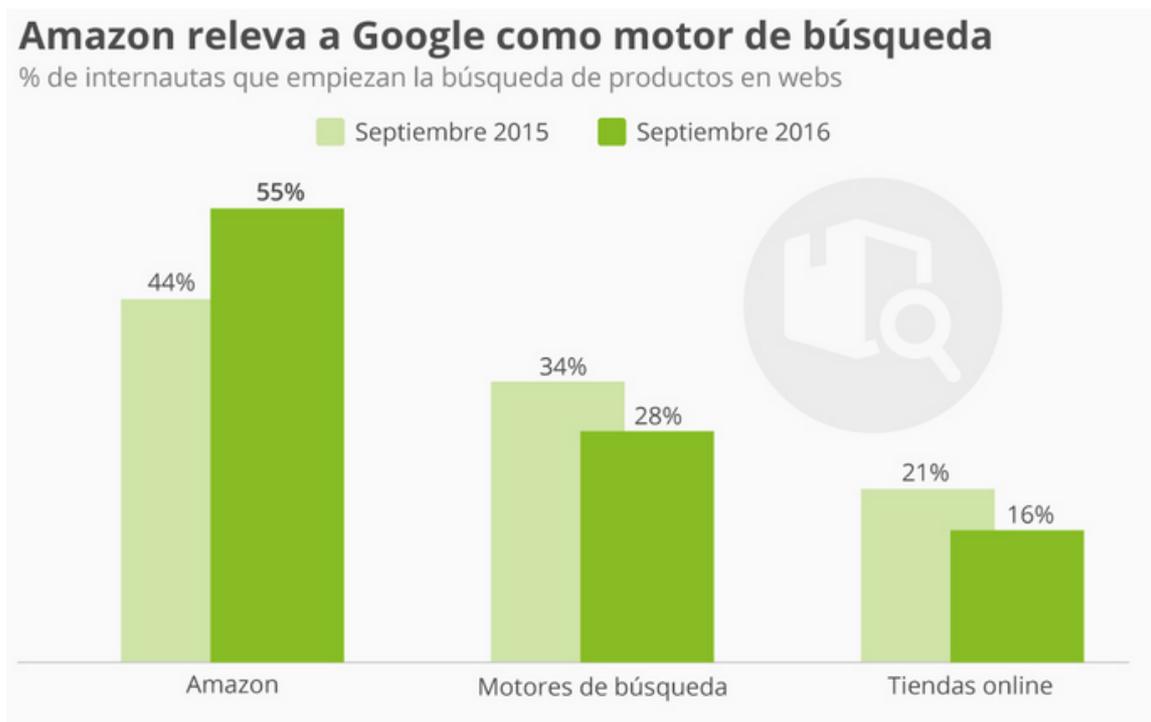
Fuente: Price, R y Nudelman, M., "Google's parent company, Alphabet, explained in one chart", *The Business Insider*, 12 de enero de 2016.

Figura #2: Cuotas de mercado de motores de búsqueda en el año 2016 en Europa, EE.UU y China.



Fuente: Noticia Statista., "Google domina en Occidente, Baidú en China", *Statista*, 22 de agosto de 2016.

Figura #3: Gráfico de principales motores de búsqueda para compra online



Fuente: Merino, P.P., "Amazon ya supera a Google como principal motor de búsqueda para comprar online", *ecommercenews*, 12 de enero de 2017.