

**EL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE
EN LOS MERCADOS DIGITALES EN LA UNIÓN EUROPEA
Y ESTADOS UNIDOS. UN ANÁLISIS A PROPÓSITO
DEL ASUNTO *GOOGLE SEARCH*¹**

***ABUSE OF DOMINANCE IN DIGITAL MARKETS
IN THE EUROPEAN UNION AND THE UNITED STATES.
AN ANALYSIS OF THE GOOGLE SEARCH CASE***

CECILIA SAMPEDRO DE LA TASSA

*Graduada PCEO en Derecho y en Administración
y Dirección de Empresas por la Universidad de Oviedo*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LA UE Y EE. UU.
 - 1. **Orígenes y evolución del Derecho de la Competencia.**
 - 1.1. El Derecho de la Competencia en la Unión Europea.
 - 1.2. El Derecho de la Competencia en Estados Unidos.
 - 2. **Regulación del abuso de posición dominante.**
 - 2.1. Abuso de posición de dominio en la UE: Artículo 102 del TFUE.
 - 2.2. Abuso de posición de dominio en EE. UU: Sección 2^a de la Ley Sherman.
- III. LOS MERCADOS DIGITALES Y LA PROHIBICIÓN DE ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO: UNA LECTURA DE LAS POSICIONES EUROPEA Y ESTADOUNIDENSE.
 - 1. **Caracterización de los mercados tecnológicos digitales.**

1. Este artículo es una versión abreviada del Trabajo Fin de Grado de Derecho del mismo título y autora defendido el 15 de julio de 2021 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo.

2. Dificultades en la aplicación de la prohibición de abuso de posición de dominio.
- IV. EL ASUNTO *GOOGLE SEARCH*.
1. Decisión de la Comisión Europea.
 2. Declaración de la Comisión Federal Estadounidense.
- V. CONCLUSIONES.

Resumen: Los mercados digitales presentan unas características peculiares que plantean dificultades en el análisis de la conducta de las empresas líderes en los mercados tecnológicos bajo la figura del abuso de posición dominante. Mediante el estudio de las Decisiones de las autoridades de la competencia europea y estadounidense en el Asunto *Google Search* se analizará si la aplicación de la prohibición de abuso de posición de dominio recogida en el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea constituye una base sólida y suficientemente flexible para garantizar un adecuado equilibrio entre la protección de la competencia y la promoción de la innovación en los mercados digitales. Se concluirá recomendando que el enfoque europeo en los casos de abuso de posición de dominio en el ámbito digital adopte aspectos del encuadre seguido por las autoridades norteamericanas en este tipo de supuestos.

Abstract: Digital markets present peculiar characteristics that pose difficulties in the analysis of the conduct of leading companies in technology markets under the interdiction of abuse of dominant position. By studying the decisions of the European and US competition authorities in the Google Search case, it will be analyzed whether the application of the prohibition of abuse of dominance contained in Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union constitutes a solid and sufficiently flexible basis for ensuring an appropriate balance between the protection of competition and the promotion of innovation in digital markets. It will be concluded that the European approach in situations of abuse of dominance in digital markets should adopt aspects of the path followed by the US authorities in such cases.

Palabras clave: mercados digitales, abuso de posición dominante, competencia, innovación.

Keywords: digital markets, abuse of dominant position, competition, innovation.

I. INTRODUCCIÓN

En el desarrollo de este trabajo se utilizarán indistintamente los términos «derecho de la competencia» y «normativa *antitrust*» para hacer referencia al mismo fenómeno: la rama del Derecho que se encarga de regular el comercio mediante la prohibición de restricciones ilegales, la fijación de precios y los monopolios.

Una de las materias más importantes del Derecho de la Competencia es la regulación de abuso de posición de dominio, que tiene como principal finalidad evitar que una empresa que ostenta —en términos de derecho europeo— una posición dominante, abuse del poder de mercado que esta le confiere realizando acciones que restrinjan la competencia y la viabilidad de un mercado eficiente.

Los mercados digitales —aquejlos en los que se realizan transacciones con productos y servicios digitales— presentan unas características peculiares que, además de no ser comprendidas en su totalidad, conducen en muchas ocasiones a la concentración del mercado. Esto implica que algunos actores digitales estén acumulando un gran poder dentro y fuera de sus mercados originales, lo que plantea el riesgo de que lleven a cabo prácticas anticompetitivas que obstaculicen su buen funcionamiento.

En este contexto, existen posturas enfrentadas acerca del papel que debe jugar el Derecho de la Competencia y, en concreto, en lo que respecta al análisis de la conducta de las empresas líderes en los mercados tecnológicos bajo la figura del abuso de posición dominante.

Partiendo del estudio de las decisiones adoptadas por las autoridades de la competencia europea y estadounidense en el Asunto *Google Search*, el objetivo de este trabajo es analizar si la aplicación por parte de las instituciones europeas de la prohibición de abuso de posición de dominio recogida en el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea constituye una base sólida y suficientemente flexible para garantizar un adecuado equilibrio entre la protección de la competencia y la promoción de la innovación en los mercados digitales.

II. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LA UE Y EE. UU

1. Orígenes y evolución del Derecho de la Competencia

1.1. *El Derecho de la Competencia en la Unión Europea*

El Derecho de la Competencia en la Unión Europea (en adelante, UE), se ha erigido desde sus inicios como uno de los pilares fundamentales de la creación y desarrollo del mercado interior europeo y, por ende, como uno de los medios necesarios para la consecución de la integración económica europea².

En la actualidad, la regulación básica sobre competencia se recoge en los artículos 101 al 109 del TFUE y en el Reglamento (CE) n.º 139/2004 sobre el control de las concentraciones³. Estos preceptos establecen obligaciones tanto para las empre-

2. CRAIG, P. y DE BÚRCA, G., *EU Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, 2015, p. 1001.

3. Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (*OJ L 24, 29.1.2004, p. 1-22*).

sas como para los Estados Miembros (en lo sucesivo, EE.MM), y se caracterizan por su directa aplicabilidad y alcance extraterritorial. La Comisión Europea (en adelante, Comisión), es la principal responsable de velar por una rigurosa y efectiva aplicación de las normas sobre competencia.

De la literalidad de los preceptos que integran los Tratados y las reiteradas declaraciones de los sucesivos Comisarios Europeos de Competencia, es universalmente admitido que los fines de la política de competencia de la UE son económicos, sociales y políticos⁴. Entre ellos, se encuentran «lograr la convergencia de las políticas económicas de los Estados miembros, promover un crecimiento armonioso y sostenible, elevar el nivel de vida de las regiones menos desarrolladas, ampliar la globalización de los mercados y consolidar las libertades individuales y de la ciudadanía europea»⁵. Tal y como defienden GIFFORD y KUDRLE⁶, es justamente esta multiplicidad de objetivos el factor que explica, entre otros motivos, el carácter más intervencionista que presenta Europa frente a Estados Unidos (en lo sucesivo, EE. UU) en este ámbito de actuación.

1.2. *El Derecho de la Competencia en Estados Unidos*

El sistema legislativo estadounidense en materia de competencia se basa en una legislación concisa que evoluciona a través de la jurisprudencia enmarcada en el sistema del derecho consuetudinario (*Common Law*)⁷. A nivel federal son dos las agencias que velan por el cumplimiento de la ley en materia de competencia: la División del Departamento de Justicia (*Division of the Department of Justice*) y la Comisión Federal de Comercio (*Federal Trade Commission*, en adelante FTC).

El desarrollo del Derecho de la Competencia como rama independiente en EE. UU comienza con la promulgación de la Ley Sherman en 1890⁸. Esta ley constituye el cuerpo legal inspirador y conductor de toda la normativa *antitrust* estadounidense y, a día de hoy, sigue siendo su norma principal⁹.

La legislación de la competencia estadounidense se caracteriza por conceder gran importancia al análisis económico, que, a diferencia de lo que ocurre en la UE,

4. DÍEZ ESTELLA, F., «Los objetivos del Derecho Antitrust», *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, núm. 224, 2003, p.13.

5. *Ibidem*.

6. GIFFORD, D.J.; KURDLE, R.T., «Rhetoric and Reality in the Merger Standards of the United States, Canada, and the European Union», *Antitrust Law Journal*, Vol. 72, núm. 2, 2005, p. 423.

7. BAKER, J., «A Preface to Post-Chicago Antitrust», Washington College of Law, America University, 2001, p. 2.

8. *The Sherman Antitrust Act of 1890 (15 U.S.C.A. §§ 1 et seq.).*

9. ARNOLD, T., «Antitrust Law Enforcement, Past and Future», *Law and Contemporary Problems*, núm 7, 1940, p. 6.

se configura como una herramienta clave para garantizar la consecución de su principal objetivo: la eficiencia. Así, persigue la eficiencia basada en un estándar del bienestar del consumidor, aunque ello implique un perjuicio para los competidores. Estos factores, junto con la tradicional defensa de la libertad económica y la confianza en la actuación de las fuerzas del mercado, explican una menor intervención en el ámbito *antitrust*.

2. Regulación del abuso de posición dominante

2.1. Abuso de posición de dominio en la UE: Artículo 102 del TFUE

En la UE, la prohibición de abuso de posición de dominio se encuentra recogida en el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹⁰ (en adelante, TFUE), cuya aplicación conlleva diferentes estadios de análisis¹¹. En primer lugar, es necesario definir el mercado relevante y determinar en qué medida la empresa en cuestión ostenta una posición de dominio en él. En segundo lugar, ha de verificarse si la compañía que dispone de dicha posición de dominio ha abusado de ella.

Según la jurisprudencia, la determinación de la existencia de una posición dominante en un mercado es el resultado del análisis de varios factores que, tomados por separado, no son necesariamente concluyentes. Un primer elemento a tener en cuenta son las cuotas de mercado (la de la empresa, la del resto de los competidores, su evolución en el tiempo, etcétera)¹². Otro factor fundamental son las barreras de entrada que se encuentran las empresas para iniciar su actividad en un nuevo mercado, dado que de estas dependerán las futuras condiciones de competencia que se den en el mercado objeto de análisis¹³.

Una vez determinada la posición de dominio, habrá que analizar la conducta llevada a cabo por la empresa para estudiar si la misma se considera abusiva o no. En este ámbito, una práctica o conducta se considerará abusiva si se aparta de los

10. Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (*OJ C 326, 26.10.2012, p. 47-390*).

11. La prohibición del abuso de posición dominante, recogida en el artículo 102 del TFUE, versa como sigue: *Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición de dominio en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo[...]*.

12. A modo de ejemplo, en la Decisión relativa al asunto *Tetra Pak II*, la Comisión consideró que Tetra Pak disponía de una posición de dominio debido a que, entre otros motivos, su cuota de mercado alcanzaba el 55%, mientras que la de sus dos competidores llegaba solamente hasta el 27% y el 11% respectivamente (Decisión de la Comisión de 24 de julio de 1991, *Tetra Pak II*, asunto IV/31.043 [DO L 72 de 18.3.1992, p. 1/68]).

13. GUTIÉRREZ, I. y PADILLA, J., «Una racionalización económica del concepto de posición de dominio», *Fundación Rafael del Pino* (disponible en: <https://frdelpino.es/investigacion/el-abuso-de-posicion-de-dominio/>; última consulta a 22 de junio de 2021).

medios de competencia fundamentados en los méritos propios empresariales (*competition on the merits*)¹⁴.

No obstante, esto no implica que una empresa dominante pueda hacer todo aquello que hacen sus competidores, sino que también tiene la responsabilidad de «no impedir con su comportamiento el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado interior»¹⁵. Esto es lo que se ha convenido denominar «la obligación especial de las empresas dominantes», cuyo alcance debe evaluarse teniendo en cuenta las circunstancias específicas de cada asunto¹⁶, requisito que no permite establecer con claridad qué puede y qué no puede hacer a la luz del artículo 102 TFUE¹⁷.

El anterior dilema parte igualmente del hecho de que el artículo 102 del TFUE no especifica si las conductas abusivas han de considerarse como tales sobre la base de su objeto o bien teniendo en cuenta sus efectos concretos en la competencia¹⁸.

La aplicación del artículo 102 TFUE se hace, por todas estas razones, muy controvertida entre los juristas y los economistas, que discuten sobre qué actividades realmente son dañinas para la competencia y cómo han de ser medidas¹⁹. Esta discusión pone de manifiesto, por otro lado, que en muchos casos la evaluación del abuso en el plano jurídico no se corresponde con la del plano económico.

2.2. *Abuso de posición de dominio en EE. UU: Sección 2ª de la Ley Sherman*

La disposición correlativa al artículo 102 del TFUE en el sistema de defensa de la competencia de EE. UU es la Sección Segunda de la Ley Sherman, que, a diferencia de la primera, no contiene una prohibición de abuso de posición de dominio expresa. Así, esta disposición se aplica «tanto a la adquisición voluntaria del poder de monopolio mediante conductas anticompetitivas, como a la simple tentativa de monopolizar»²⁰. Por tanto, no es condición necesaria que la empresa posea una

14. AZEVEDO, J. y WALTER, M., «Dominance: meaning and measurement», *European Competition Law Review*, 2002, p. 363.

15. Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1983, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin contra Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto 322/81 (ECLI:EU:C:1983:313).

16. *Ibidem*.

17. SIGNES DE MESA, J.I., «Ideologías subyacentes a la aplicación del derecho europeo de la competencia», Universidad Complutense de Madrid, Memoria para optar al grado de doctor, Director: Juan Sánchez-Calero Guijarte, 2012, p. 87.

18. Al respecto, el TG precisa que el término «abuso» responde a un concepto objetivo (Sentencia del Tribunal General de 30 de septiembre de 2003, *Manufacture Francaise des Pneumatiques Michelin v. Comision [Michelin II]*, asunto T-203/01, (ECLI:EU:T:2003:250)).

19. «Ideologías subyacentes a la aplicación del derecho europeo de la competencia», p. 87.

20. ROSTOW, E.V., «Monopoly under the Sherman Act; power or purpose?», *Illinois Law Review*, Vol. 43, núm. 6, p. 748.

posición dominante cuando las conductas monopolísticas empiezan²¹. Asimismo, la legislación europea y americana difieren en que esta última requiere un nexo de causalidad entre la conducta de mercado y el poder de mercado²².

No obstante, ambas disposiciones también comparten ciertas características. Así, en EE. UU también es necesario evaluar un conjunto de factores a la hora de constatar un abuso de posición de dominio, entre los que se pueden encontrar el mercado relevante, la cuota de mercado, las barreras de entrada y salida del mercado, la capacidad financiera de una empresa y el número de competidores²³.

Por último, cabe destacar que, mientras que las autoridades europeas tienden a proteger tanto los intereses de los consumidores como los de los competidores, las estadounidenses optan por proteger únicamente a los consumidores, de manera que no serán sancionados los casos en los que posibles abusos por parte de las empresas tengan efectos negativos sobre los competidores²⁴.

III. LOS MERCADOS DIGITALES Y LA PROHIBICIÓN DE ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO: UNA LECTURA DE LAS POSICIONES EUROPEA Y ESTADOUNIDENSE

1. Caracterización de los mercados tecnológicos digitales

Los mercados digitales son aquellos en los que se realizan transacciones con productos y servicios digitales²⁵.

Muchos mercados altamente tecnológicos están estructurados sobre la base de plataformas que conectan dos o más mercados distintos. Una plataforma digital es un soporte digital (web, aplicación...) en el que uno o más grupos de usuarios interactúan, ya sea concluyendo transacciones comerciales (*Amazon, eBay, Uber, etc.*) o simplemente conectando unos con otros compartiendo información u ofreciendo búsquedas sin que se den transacciones comerciales directas entre los usuarios (*Facebook, Instagram, Google Search, etc.*)²⁶. Este tipo de plataformas, a diferencia

21. *Ibidem*.

22. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Delimitación de la noción de abuso de una posición de dominio» en MARTÍNEZ LAGE, S. y PETIBÒ JUAN, A. (Dir.), *El abuso de la posición de dominio*, Marcial Pons, Barcelona, 2006, pág. 201.

23. Esta afirmación se desprende de la Sentencia del Circuito Noveno estadounidense: *Image Technical Services Inc v. Eastman Kodak Co US Court of Appeals (9th circuit)* 504, U.S. 451 (1992).

24. HAWK, B., «The American (Anti-trust) Revolution: Lessons for the EEC?», *European Competition Law Review*, Vol. 9 (1), 1988, p. 33.

25. UNIDAD DE REGULACIÓN DIGITAL BBVA, «Situación Economía Digital. Diciembre 2017», *BBVA Research*, 2017, p. 4.

26. DÍEZ ESTELLA, F., «Plataformas digitales y derecho de la competencia», *Almacén de Derecho*, 2020 (disponible en: <https://almacendedderecho.org/48508-2>, última consulta a 13 de junio de 2021).

de las tradicionales, pueden crecer de forma prácticamente ilimitada, generando economías de escala, y, dada la ubicuidad del espacio virtual, están siempre accesibles para sus usuarios²⁷.

Los negocios estructurados mediante plataformas de este tipo plantean dificultades a la hora de delimitar el mercado relevante a efectos de constatar, posteriormente, si la empresa ostenta una posición dominante en el mismo. A pesar de que existen argumentos en contra, tanto la Comisión como el TG han aceptado que puede existir un mercado relevante aunque no se exija un precio como contraprestación por el servicio²⁸, lo que claramente difiere de la dinámica habitual en los mercados tradicionales. Sin embargo, aún no se ha clarificado si se ha de delimitar un solo mercado relevante o varios (tantos como grupos de usuarios)²⁹.

Por otra parte, la inestabilidad de la estructura de los mercados digitales, provocada por su carácter dinámico, innovación y crecimiento, implica que incluso una cuota de mercado muy elevada sólo proporcione una información limitada sobre la fuerza competitiva de la compañía investigada, ya que pueden cambiar rápidamente³⁰.

Además, dentro de las plataformas se dan los denominados «efectos de red» (*network effects*), entre los que se diferencian los efectos «directos» (el valor del bien aumenta a medida que aumenta el número de usuarios del mismo lado de la plataforma) de los «indirectos» (el valor se incrementa cuando aumentan los usuarios del otro lado de la plataforma)³¹. Para un amplio sector doctrinal, la presencia e intensidad de estos efectos constituye una barrera de entrada infranqueable para los nuevos competidores³². Sin embargo, se ha señalado que, al igual que el poder de mercado, el potencial anticompetitivo de los efectos de red es «una cuestión de grado»³³.

Además, el carácter frecuentemente gratuito de las plataformas, que suelen presentar algún grado de diferenciación entre sí, permite en muchos casos que los

27. *Ibidem*.

28. Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2013, *Cisco Systems, Inc. and Messagenet SpA v European Commission*, asunto T 79/12 (EU:T:2013:635).

29. «Situación Economía Digital. Diciembre 2017», p. 5.

30. ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., «Merger control and online platforms: the relevance of network effects», *Market and Competition Law Review*, Vol. 1, nº 2, 2017, p. 3. Así lo reconoció la Comisión en el Asunto *Facebook/Whatsapp* (Decisión de la Comisión de 3 de octubre de 2014, *Facebook/ WhatsApp*, asunto M.7217, apartado 99).

31. DÍEZ ESTELLA, F., «Las plataformas digitales, ¿necesariamente mercados “winner-take-all”?», Almacén de Derecho, 2020 (disponible en: <https://almacendedderecho.org/48508-2>, última consulta a 13 de junio de 2021).

32. *Ibidem*.

33. DÍEZ ESTELLA, F. «La aplicación del derecho de competencia en la era digital (Casos “Google, Facebook, Apple/Shazaam”, y el Informe de la Comisión Europa de Abril 2019)», Director: Recuerda Girela Miguel Ángel, *Anuario de Derecho de la Competencia 2019*, Civitas, 2019, p. 6.

usuarios utilicen varias de ellas simultáneamente (practiquen *multi-homing*). **Este hábito es considerado como un sustitutivo de la compatibilidad que mitiga las barreras de entrada derivadas de los efectos de red**³⁴.

De esta manera, si en el ecosistema digital los consumidores suelen hacer *multi-homing*, y se asegura un cierto nivel de portabilidad de los datos, es imposible *a priori* establecer qué plataforma va a dominar el mercado en el equilibrio en el largo plazo, ni mucho menos vaticinar cuánto va a durar su posición dominante³⁵.

Por otra parte, la naturaleza de algunos bienes y servicios digitales implica que son «guardianes» de otros mercados (*gatekeeper*), ya que actúan como instalaciones de acceso para productos o servicios más allá de sus propios mercados. Como resultado, pueden ejercer cierto grado de control sobre esos productos o utilizar su posición para entrar a operar en los mercados relacionados (por ejemplo, los sistemas operativos móviles con respecto a aplicaciones de comunicación)³⁶.

Por último, cabe hacer referencia a los datos, a veces denominados «el nuevo petróleo» de la economía digital, que se configuran como un factor clave en estos mercados. Así, pueden ser una fuente de ventaja competitiva para las empresas que en ocasiones se ha considerado que puede actuar como barrera de entrada en el mercado³⁷.

2. Dificultades en la aplicación de la prohibición de abuso de posición de dominio

A los rasgos que han sido descritos anteriormente, que ya de por si dificultan el análisis *antitrust*, se les presenta el añadido de que las grandes empresas tecnológicas suelen ser líderes en sus correspondientes sectores, lo que generalmente, en términos de competencia, implica que ostentan una posición dominante³⁸ en su respectivo mercado de referencia. Esta circunstancia, junto con el desconocimiento por parte de los reguladores *antitrust* del verdadero funcionamiento interno y dinámica de este tipo de empresas, conduce a lo que algunos describen como una «suerte de sospecha por parte de las autoridades de la competencia de presunción de un comportamiento abusivo»³⁹.

Otra dificultad añadida es el hecho de que, en este tipo de escenarios digitales, el empleo de tecnologías y modelos de negocio disruptivos dificulta aún más la tarea de diferenciar entre comportamientos pro-competitivos y anticompetitivos, lo que con-

34. «Merger control and online platforms: the relevance of network effects», p. 7.

35. «Las plataformas digitales, ¿necesariamente mercados “winner-take-all”?».

36. «Situación Economía Digital. Diciembre 2017», p. 5.

37. *Ibidem*.

38. «La aplicación del derecho de competencia en la era digital (Casos “Google, Facebook, Apple/Shazaam”, y el Informe de la Comisión Europa de Abril 2019», p. 14.

39. *Ibidem*.

lleva el riesgo de penalizar a las empresas que simplemente alcanzan una posición significativa en el mercado por sus propios méritos. En este sentido, no cabe olvidar que una aplicación errónea del artículo 102 del TFUE a mercados tan dinámicos y cambiantes puede producir un perjuicio para los consumidores, al frenar la innovación y el desarrollo de nuevos productos y servicios. Asimismo, puede aumentar la confusión de la norma, que ya ofrece cierta falta de seguridad jurídica⁴⁰.

En base a lo anterior, siguiendo la terminología del marco analítico propuesto por el profesor EASTERBOOK en su clásica formulación del análisis coste-error⁴¹, es necesario encontrar un balance entre evitar los errores del tipo I (falso positivo, condenar una conducta lícita) y los de tipo II (falso negativo, dejar impune una conducta restrictiva de la competencia), tarea que en este contexto resulta especialmente delicada⁴².

Así, existen posturas enfrentadas acerca del papel que debe jugar el Derecho de la Competencia en estos mercados. Mientras que para una corriente de opinión⁴³ todo funciona perfectamente, para otro sector doctrinal se precisa una aplicación más vigorosa de esta rama derecho y actuar de forma firme y contundente frente a las plataformas digitales. Esta última parece ser la posición de la Comisión, que, en el informe *Competition Policy for the Digital Era*, hecho público en abril de 2019 aboga por un «endurecimiento» en la aplicación de las normas de Competencia en el ámbito digital, y cuando sean insuficientes, por una mayor regulación sectorial⁴⁴.

Publicaciones especializadas en este ámbito han puesto de relieve que, de implementarse la política proyectada por la Comisión como está expresada en el Informe, ésta seguirá contribuyendo a que la UE sea un páramo para el emprendimiento digital, las compañías estadounidenses seguirán dominando el panorama y la innovación empresarial europea será limitada por el intervencionismo⁴⁵.

En cambio, otros defienden la necesidad de que la Comisión adopte un enfoque de prudencia, análisis y actuación sobre la base de fundamentos legales y económicos sólidos⁴⁶. Este es el criterio elegido por las autoridades de competencia

40. *Ibidem*, p. 8.

41. EASTERBROOK, F. H., «The Limits of Antitrust», *Texas Law Review*, Vol 1, núm. 43, 1984.

42. «La aplicación del derecho de competencia en la era digital (Casos “Google, Facebook, Apple/Shazaam”, y el Informe de la Comisión Europea de Abril 2019», p. 15.

43. BARNETT, J; R. BAYE, M, & others, «Joint Submission of Antitrust Economists, Legal Scholars, and Practitioners to the House Judiciary Committee on the State of Antitrust Law and Implications for Protecting Competition in Digital Markets», University of Missouri School of Law Legal Studies Research Paper ForthcomingU of Michigan Law & Econ Research Paper, núm. 20-027, 2020.

44. EUROPEAN COMMISSION, «Competition policy for the digital era», Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2019, p. 131.

45. DÍEZ ESTELLA, «La regulación de los mercados en la era digital: *¿Quo vadis, Europa?*», *Revista CEF Legal*, núm. 229, 2020, p. 36.

46. HOUCK, S., «The Microsoft case and Google», *Competition Policy International*, Vol núm. 1, 2012, p. 2.

estadounidenses, que se muestran contrarias a una interpretación expansiva de la prohibición de abuso de posición dominante.

En esta misma línea, se defiende que en los mercados digitales la competencia es «por» el mercado y no «en» el mercado (en términos de la Comisión, «*winner takes it all*»)⁴⁷. Esta idea plantea la disyuntiva entre optar por aceptar que la competencia es «por» el mercado y apoyar una innovación disruptiva, es decir, que la empresa alumbe un modelo de negocio totalmente nuevo que cambie el paradigma de un día para otro; o bien intentar conseguir que la competencia se dé «en» el mercado, fomentando una innovación incremental, esto es, promocionar que el mercado vaya generando eficiencias poco a poco. Esta última opción parece ser la elegida por la UE⁴⁸, mientras que la primera sería la defendida en la jurisdicción americana.

Esta discrepancia tiene repercusiones negativas a nivel mundial. Así, es muy probable que las empresas que nacen con vocación global estén sujetas a varios regímenes de derecho de la competencia, como los de la UE y EE. UU. y, asimismo, que las autoridades antimonopolio de ambos lados del Atlántico se encuentren con casos similares e incluso idénticos. Decisiones divergentes en este ámbito pueden suponer mayores costes de cumplimiento, influir en las decisiones empresariales e incluso frenar la innovación⁴⁹.

IV. EL ASUNTO *GOOGLE SEARCH*

1. Decisión de la Comisión Europea

El 27 de julio de 2017 la Comisión emitió la Decisión 2018/C 9/08 en el Asunto AT.39740 — Búsqueda de Google (Shopping)⁵⁰, imponiendo a Google una multa de 2,42 mil millones de euros por abuso de posición dominante como motor de búsqueda, al considerar que había otorgado una ventaja ilegal a su propio servicio de compras comparativas en virtud del artículo 102 del TFUE.

En 2008, la compañía inició un cambio fundamental de estrategia consistente en colocar sistemáticamente en un lugar destacado su propio servicio de compras comparativas, *Google Shopping*, cuando un consumidor hacía una consulta en su motor de búsqueda, *Google Search*. En cambio, los servicios de compras com-

47. ECONOMIDES, N., «The Economics of Networks», *14 J. INT'L J. INDUS. ORG.*, núm. 675, 1996, p. 683.

48. «La aplicación del derecho de competencia en la era digital (Casos “Google, Facebook, Apple/Shazaam”, y el Informe de la Comisión Europa de Abril 2019)», p. 16.

49. ROBERTSON, V., «The EU's Attempt at Updating Antitrust Market Definition for the Digital Age», *Promarket*, 2020 (disponible en: <https://promarket.org/2020/07/21/the-eus-attempt-at-updating-antitrust-market-definition-for-the-digital-age/>, última consulta a 13 de junio de 2021).

50. Decisión de la Comisión de 27 de junio de 2017, *Google Search (Shopping)*, asunto AT.39740, notificada con el número C(2017) 4444.

parativas rivales aparecían en peor lugar en los resultados de búsqueda al estar sometidos a los algoritmos de búsqueda genérica de Google (a los que su propio producto no está sujeto). La investigación de la Comisión consistió en determinar si la anterior conducta era contraria a la normativa de competencia.

A estos efectos, delimitó dos mercados de productos de referencia distintos: el mercado de servicios de búsqueda general y el mercado de servicios de compras comparativas, ambos de ámbito nacional. A continuación, constató que Google ostentaba desde 2007 una posición dominante en cada uno de los mercados nacionales de búsqueda general en el Espacio Económico Europeo (en adelante, EEE). No obstante, determinó que no tenía una posición de dominio en los mercados de servicios de compras comparativas.

Para justificar esta conclusión se basó en las cuotas de mercado de Google (superiores al 90% en la mayoría de los países del EEE) y en la existencia de efectos de red, que consideró que actuaban como barreras a la expansión y a la entrada de nuevos competidores. Asimismo, atendió al hecho de que los usuarios usan múltiples motores de búsqueda general a la vez (*multihoming*) con poca frecuencia y a la existencia de efectos de marca y la falta de poder de negociación compensatorio de los usuarios⁵¹.

En base a lo anterior, concluyó que la empresa había abusado de su posición dominante en los mercados de servicios de búsqueda general en el EEE, al posicionar y visualizar de manera más favorable, en sus páginas de resultados de búsqueda general, su servicio de compras comparativas (*Google Shopping*) en comparación con los de la competencia. Puso de manifiesto que las prácticas de Google habían inhibido la competencia basada en los méritos en los mercados de compras comparativas, lo que privó a los consumidores europeos de una verdadera oferta y de la innovación⁵².

Un análisis crítico de esta decisión nos lleva a cuestionar, en primer lugar, que la Comisión haya delimitado dos mercados de referencia distintos, en lugar de sólo uno relacionado con las dos partes.

En este sentido, se argumenta que la Comisión no contempló el carácter de plataforma multilateral que ostenta Google, y, por ende, las interrelaciones que se dan en la misma. Así, el servicio que ofrece Google no es el de las «búsquedas» o el de «compras comparativas», sino el vínculo entre compradores y vendedores como plataforma digital. Además, los consumidores no sólo compran en línea a través de sitios de comparación de precios, también utilizan los servicios de la búsqueda general, lo que implica que al menos hay cierto grado de sustitutibilidad entre ambos tipos de producto⁵³.

51. Resumen de la Decisión de la Comisión de 27 de junio de 2017, en el asunto *Google Search (Shopping)*, AT.39740, Diario Oficial de la Unión Europea, C 9/11, p. 1.

52. *Ibidem*, p. 3.

53. BROOS, S.; MARCOS RAMOS, J., «Google, Google Shopping and Amazon: The Importance of Competing Business Models and Two-Sided Intermediaries in Defining Relevant Markets», *The Antitrust Bulletin*, Vol. 62, Issue 2, 2017, p. 11.

En base a lo anterior, la definición del mercado relevante de la Comisión es muy estrecha, lo que le permite constatar fácilmente una posición de dominio que Google podría no tener de haberse definido un único mercado de referencia incluyendo modelos de negocio como el de *Amazon*, que suponen una importante presión competitiva para la compañía investigada.

Por otra parte, para sustentar la posición dominante de la empresa la Comisión atendió a las elevadas cuotas de mercado que ostenta y defendió que su mercado está muy marcado por los efectos de red. No obstante, las características propias del ecosistema digital cuestionan que estos factores sean un indicador fiable del poder de mercado de Google, al ser una herramienta estática que no capta la naturaleza dinámica de estos mercados.

Asimismo, una de las cuestiones más criticadas de la Decisión es la falta de claridad a la hora de explicar en qué consiste exactamente la conducta abusiva. En esencia, la Comisión se opone a que las propias ofertas de Google no se filtrean a través del mismo algoritmo al que están sometidas las de sus competidores⁵⁴. De esta manera, parece establecer el principio de que una empresa no puede favorecer sus propios servicios frente a los de la competencia, lo que conduce a algunos autores a argumentar que el caso de *Google Shopping* se basa en una lectura ampliada del concepto de abuso y de lo que puede exigirse a las empresas con posiciones de mercado muy fuertes⁵⁵.

En esta línea, un argumento a favor del análisis de la Comisión sería defender que la reducción del estándar del abuso podría justificarse por la controvertida noción de superdominancia de las empresas con posiciones cercanas al monopolio⁵⁶. Este artificio daría lugar, en el entorno digital, al concepto de «guardián de la puerta» (*gatekeeper*) la empresa dominante que no controla una instalación esencial, pero cuya posición estratégica respecto de la entrada a un mercado adyacente al dominado le impondría una responsabilidad reforzada de no prevalecer de su situación para distorsionar la competencia en dicho mercado. No obstante, un razonamiento de este tipo no deja de ser controvertido⁵⁷ y podría plantear problemas a la luz del principio de seguridad jurídica, vinculado por el TJ a la capacidad de la empresa dominante para evaluar la legalidad de sus propios comportamientos con cierto grado de certeza⁵⁸.

54. BERGQVIST, C., «Discrimination and Self-favoring in the Digital Economy», 2020, (disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3531688>, última consulta a 22 de junio de 2021).

55. BERGQVIST, C., «Self-Favoring in the Digital Economy and the Role of Antitrust», *Promarket*, 2020 (disponible en: <https://promarket.org/2020/08/20/self-favoring-in-the-digital-economy-and-the-role-for-antitrust/>, última consulta a 22 de junio de 2021).

56. 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*, 2017, p. 5.

57. *Ibidem*.

58. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de octubre de 2010, *Deutsche Telekom contra Comisión*, asunto C-280/08, párrafo 202 (ECLI:EU:C:2010:603).

Resulta también de interés la importancia que concede la Comisión a la pérdida de tráfico que experimentaron algunos sitios web de comparación de precios. Esta gran preocupación por los competidores que conduce a sancionar una conducta bajo la justificación de sus posibles efectos (sin llegar a constatarlos) está estrechamente relacionada con el propio espíritu del derecho de la competencia europea y en concreto, con uno de sus objetivos primordiales: la integración europea. Fomentar la competencia entre empresas de menor tamaño, aunque ello implique una innovación paulatina y una menor eficiencia en términos económicos, es una herramienta clave para la homogeneización de las condiciones de mercado y la consecución de un mercado único que integre a todos los EE.MM de la Unión.

Así, se persigue que las empresas europeas —que parten de la dificultad de operar en una estructura de mercado *sui generis*, en la que la integración de los mercados nacionales está en estado precario— adopten un tamaño que les permita competir eficientemente con las grandes corporaciones mundiales. Esto requiere que las condiciones de competencia sean «limpias» y hace que prácticas como la llevada a cabo por Google, cuya verdadera finalidad y licitud no termina de estar clara a la luz de las normas de la competencia, sean vistas como un riesgo para el mantenimiento de una competencia efectiva y, por ende, sean condenadas por poner en peligro la estructura de la competencia e ir en contra de la integración europea.

No obstante, la sobreprotección de los competidores podría obstaculizar el propio proceso competitivo, al negar a esta última la facultad de explotar sus ventajas competitivas, es decir, de competir sobre la base de sus propios méritos⁵⁹. El comportamiento de Google podría ser comercialmente racional e incluso necesario para su modelo de negocio, ya que, dado que su motor de búsqueda es de uso gratuito, se basa en parte en el impulso de otros productos para permitir la recuperación⁶⁰. Por ello, como mínimo habría que compensar los efectos pro y anticompetitivos, algo que la Comisión no hizo, al limitarse a afirmar que la conducta investigada tiene una serie de «posibles» efectos contrarios a la competencia, sin entrar a examinar si efectivamente dichos efectos se producen.

En línea con lo anterior, resulta revelador que la Comisión no afirme que haya un perjuicio directo para los consumidores. Así, se limita a suponer, por una parte, que la actuación de Google puede conducir a una menor innovación, algo que resulta bastante discutible considerando que según las propias estadísticas de la UE Google es el cuarto inversor mundial en I+D⁶¹. A estos efectos, la sanción impuesta mediante esta Decisión podría tener mayor capacidad para actuar como freno a la innovación.

59. «La Decisión de la Comisión Europea en el Asunto Google Search. La última frontera del Derecho de la Competencia», p. 6.

60. «Self-Favoring in the Digital Economy and the Role of Antitrust», p. 1.

61. AKMAN, P., «A preliminary assessment of the European Commission's Google Search Decision», *CPI Antitrust Chronicle*, 2017, p. 4.

El último aspecto llamativo de la decisión es el «remedio» que la Comisión propone. Al respecto, indica que Google debe poner fin a su conducta ilegal respetando «un principio sencillo: tiene que dar el mismo trato a los servicios de comparación de precios rivales y a los suyos propios»⁶². La inespecificidad de la solución refuerza el argumento de la insuficiente justificación de la teoría del daño en el caso y deja entrever la ausencia de conocimiento sobre el verdadero funcionamiento del entorno digital y los modelos de negocio que operan en él.

2. Declaración de la Comisión Federal Estadounidense

El 3 de enero de 2013, en una investigación de conductas similares en EE. UU y tras dos años de investigación, la Comisión Federal de Comercio concluyó mediante una Declaración⁶³ que no había prueba suficiente de malas prácticas por parte de Google y aceptó archivar la investigación sobre la base de los compromisos presentados por la empresa.

Para determinar si la compañía infringió la normativa anterior con respecto a las alegaciones de sesgo de búsqueda, la FTC analizó cuál fue el motivo por el que la empresa modificó sus resultados de búsqueda: excluir a los competidores reales o potenciales e inhibir el proceso competitivo o, por el contrario, mejorar la calidad de su producto de búsqueda y la experiencia general del usuario.

Bajo este planteamiento, expuso que la totalidad de las pruebas indicaban que Google adoptó los cambios de diseño investigados para mejorar la calidad de sus resultados de búsqueda, y que cualquier impacto negativo sobre los competidores reales o potenciales fue incidental a ese propósito. Así, defendió que, aunque es posible que algunos de los rivales de Google hubieran perdido ventas debido a la mejora del producto de Google, este tipo de efectos adversos sobre determinados competidores es un subproducto común de la «competencia en los méritos» y del proceso competitivo que la propia legislación promueve⁶⁴.

En esta línea, la FTC hace un apunte importante al defender que el diseño de los productos es una dimensión fundamental de la competencia y condonar las mejoras legítimas de los productos puede perjudicar a los consumidores. Indica que, en este caso, impugnar las decisiones de diseño de producto de Google exigiría a la FTC —o a un tribunal— cuestionar las decisiones de diseño de producto de una empresa cuando se han ofrecido justificaciones plausibles a favor de la competencia respaldadas por amplias pruebas. Así, determina que, sobre la base de la evidencia, no considera que las prácticas comerciales de Google con

62. Resumen de la Decisión de la Comisión de 27 de junio de 2017, p. 3.

63. Statement of the Federal Trade Commission Regarding Google's Search Practices, de 3 de enero de 2013, FTC File Lumber 11– 0163.

64. *Ibidem*, p. 2.

respecto al supuesto sesgo de búsqueda sean, en conjunto, manifiestamente anticompetitivas⁶⁵.

Uno de los aspectos más relevantes del planteamiento de la FFC fue el hecho de atender a la finalidad de los cambios que Google habría implementado en su motor de búsqueda general, al considerar que estos no deberían ser sancionados si tenían como finalidad mejorar la calidad de su producto de búsqueda y la experiencia general del usuario, a pesar de haber perjudicado a los competidores de la empresa. Esta decisión resulta coherente con el objetivo principal de la normativa *antitrust* estadounidense: la eficiencia económica, entendida como el beneficio del consumidor. De esta forma, la FTC prioriza la protección de la competencia (que entiende salvaguardada dado que la conducta empresarial controvertida suponía una mejora en la calidad de los servicios que ésta ofrece a los consumidores), frente a los competidores (considera que el perjuicio que experimentan es consecuencia de la competencia en base a los méritos, que la propia ley fomenta).

En línea con esta cuestión, resulta interesante la propuesta que hacen algunos autores de trasplantar la justificación de eficiencias que existe en materia de prácticas colusorias al ámbito del abuso de posición de dominio, al menos en los entornos digitales, en los que las empresas con grandes cuotas de mercado juegan un papel clave de impulso a la innovación y evolución tecnológica⁶⁶. Así, el hecho de ofrecer a los usuarios el producto que buscaban directamente en la página de resultados generales, en lugar de redirigirlos a los servicios de búsqueda especializados de terceros, podría justificar la conducta de Google (en caso de que fuese abusiva) si se cumpliesen unos requisitos equivalentes a los establecidos para prácticas colusorias en el artículo 101.3 del TFUE⁶⁷. Este planteamiento se acerca, con las debidas diferencias, al análisis que efectúa la FTC, atendiendo a las eficiencias que la conducta de Google aporta a los consumidores.

V. CONCLUSIONES

El tradicional *gap* transatlántico en materia de competencia en la UE y EE. UU es aún más profundo en el ámbito de la economía digital, como consecuencia de la diferente visión que ambas jurisdicciones tienen respecto al tratamiento que merecen los mercados digitales. En la UE se busca que la competencia se dé «en» el mercado, promocionando una innovación incremental y otorgando mayor importancia a no cometer un falso negativo, esto es, dejar impune una conducta anticompetitiva. Esta postura resulta coherente con el espíritu del derecho de la

65. *Ibidem*, p. 4.

66. «La Decisión de la Comisión Europea en el Asunto Google Search. La última frontera del Derecho de la Competencia», p. 7.

67. *Ibidem*.

competencia europeo y en concreto, con su objetivo primordial: la integración de los mercados, que requiere asegurar una competencia efectiva en la que tanto competidores como consumidores estén protegidos. Al contrario, en EE. UU la preocupación parece ser la opuesta, dado que sus ideales de libertad económica y búsqueda de eficiencia favorecen una innovación disruptiva con la que la competencia es «por» el mercado, y consideran que el error más perjudicial es el falso positivo, es decir, sancionar una conducta que es competitiva, ya que puede constituir un freno para la innovación.

La Decisión de la Comisión en el Asunto *Google Search* revela una escasa comprensión por parte de la institución europea del funcionamiento de este tipo de modelo de negocios y de los rasgos específicos de los mercados en los que compite. A pesar de que la Decisión es coherente con los objetivos que persigue la política de la competencia de la Unión —protegiendo tanto a los competidores como a los consumidores, y garantizando que el objetivo de integración europea no se vea mermado por conductas empresariales como la de Google—, peca por su falta de claridad a la hora de fundamentar la teoría del daño y su excesivo formalismo al no constatar cuáles fueron los verdaderos efectos de la conducta examinada. De esta manera, la aplicación por parte de Comisión de la prohibición de abuso de posición de dominio recogida en el artículo 102 TFUE no constituye una base sólida y suficientemente flexible para garantizar un adecuado equilibrio entre la protección de la competencia y la promoción de la innovación en los mercados digitales, al no valorar sus peculiares rasgos y no clarificar con un grado de seguridad jurídica aceptable en qué consiste la especial responsabilidad de las empresas dominantes y cuál es la conducta que se espera de ellas.

El tratamiento de las conductas implicadas en el Asunto *Google Search* por parte de la FTC en su Declaración resulta más adecuado, al basar su investigación en la comprensión del funcionamiento del modelo de negocio de Google y, en especial, en los efectos sobre la competencia que resultaron probados. Las incertidumbre y dificultad que plantea la economía digital hacen que esta forma de proceder resulte más apropiada a efectos de garantizar un grado de seguridad jurídica adecuado y evitar que una Decisión errónea pueda frenar la innovación, lo que, en definitiva, también es un elemento clave a la hora de impulsar la competencia en el mercado.

El enfoque adoptado por las instituciones europeas en los casos de abuso de posición de dominio en los mercados digitales debería incorporar aspectos del encuadre seguido por las autoridades norteamericanas en este tipo de supuestos. En especial, resultaría conveniente que la evaluación de las conductas implicadas se sustente sobre un análisis económico que pruebe los efectos competitivos reales, permitiendo así establecer un marco legal claro en el que se distingan las conductas competitivas de las anticompetitivas, al menos hasta que la Economía proporcione un conocimiento más preciso sobre la dinámica de los mercados digitales. No obstante, junto a estas apreciaciones, la política de competencia comunitaria también tiene que tener en cuenta los objetivos que le marcan los Tratados, y llevar

a cabo sus actuaciones integrando todos esos elementos. Una orientación de este tipo resultaría más adecuada para tratar la realidad de estos mercados, dado que otorgaría un grado de seguridad jurídica más elevado a los operadores económicos y contribuiría a alcanzar el objetivo de crear un Mercado Único Digital en el que las empresas europeas puedan llegar a ser verdaderamente competitivas, reforzando el poder económico de la Unión y contribuyendo a alcanzar el objetivo primario de la integración europea.