



Universidad de Valladolid

Facultad de Ciencias Económicas y
Empresariales

Trabajo de Fin de Grado

Grado en Administración y Dirección de
Empresas

**El grupo GAFa y las prácticas
anticompetitivas en el mercado**

Presentado por:

Sonia Marina Revilla Cancelo

Tutelado por:

Vicente Mambrilla Rivera

Valladolid, 14 de mayo de 2020

RESUMEN

El presente Trabajo de Fin de Grado pone de manifiesto las prácticas anticompetitivas de cuatro grandes empresas estadounidenses conocidas como el grupo "GAFA". Google, Amazon, Facebook y Apple son los cuatro gigantes de Internet, el imperialismo digital en su máxima expresión.

Estas empresas dominan el mercado de la tecnología aunque es posible que eso cambie en el futuro, la pregunta es cómo.

La confianza en el mercado, como instrumento lo más óptimo posible a fin de procurar una asignación eficaz de los recursos, hace que la preservación de la competencia se constituya en un objetivo irrenunciable de cualquier política económica. Por ello, en primer lugar, se aborda el conjunto de normas que regulan la competencia de los mercados comunitarios y español. Seguidamente, se examina el abuso de posición de dominio según nuestra legislación española prestando atención a los factores que determinan la posición de dominio. A continuación se analiza un caso mediático con una gran repercusión para los mercados como es el caso Google en donde los gobiernos de la U.E y EE.UU no dejan de revisar su poder, y la Comisión lo sanciona con múltiples y cuantiosas multas que veremos en el presente trabajo analizando cada una de ellas.

Para concluir, plasmaremos algunas de las posibles soluciones que se plantean. ¿Cuál sería la más eficaz para lograr los objetivos? Respondan ustedes.

Palabras clave: Derecho de la competencia, Abuso de posición dominante, Google, mercado relevante, cuota de mercado, poder de dominio, barreras de entrada, Prácticas anticompetitivas.

ÍNDICE

1. DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE MERCADO EN EUROPA Y EN ESPAÑA

1.1. ORIGEN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y CONCEPTO DE LIBRE COMPETENCIA

1.2. MARCO NORMATIVO

1.2.1. *Legislación nacional española*

1.2.2. *Normativa de la comunidad o Unión Europea*

1.3. EL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

1.3.1. *Merccado relevante*

1.3.2. *Cuota de mercado*

1.3.3. *Barreras de entrada*

2. PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS: GRUPO GAFA

2.1. QUIÉNES LO FORMAN Y CÓMO FUNCIONAN

2.2. PROBLEMÁTICA ANTE LA DIFERENCIA CULTURAL Y LEGISLATIVA ENTRE EEUU Y LA UE

2.3. ACTUACIONES EN LA UE CONTRA GOOGLE (2017-2019)

2.3.1. *Multa a Google en 2017: Google Shopping*

2.3.2. *Multa a Google en 2018: Android*

2.3.3. *Multa a Google en 2019: publicidad en línea*

2.3.4. *Multa a Google en 2019: uso de datos personales*

2.3.5. *Modelo publicitario de Google*

2.3.6. *Situación actual de Google*

2.3.7. *Duopolio: Facebook y Google*

3. POSIBLES SOLUCIONES

4. CONCLUSIONES FINALES

1. DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE MERCADO EN EUROPA Y ESPAÑA

1.1. Origen del Derecho de la Competencia y Concepto de libre competencia

Situándonos tiempo atrás, en concreto en 1789 cuando se produce un acontecimiento histórico, la Revolución francesa, es ahí cuando en Europa se instaura la libertad de comercio. En este contexto, se reconoce el derecho de los inventores a explotar con carácter exclusivo sus invenciones, e igualmente a los fabricantes el derecho exclusivo a la utilización de sus nombres y marcas en el comercio. Estas patentes y marcas se regulaban en su origen en leyes diversas, y vinculada a las marcas aparece también en distintos países la protección contra la competencia desleal.¹

Como vemos, todas estas instituciones jurídicas, marcas, patentes y competencia desleal surgieron de manera autónoma, pero todas ellas perseguían la protección de los fabricantes o industriales en su actividad mercantil.

Es a partir de la segunda guerra mundial cuando se produce un cambio trascendente en Europa al introducirse normas con influencia de los Estados Unidos cuyo objeto es la protección de la libre competencia pero ahora quienes participasen profesionalmente en el tráfico económico ya no es que tuviesen el derecho a competir, sino la obligación de hacerlo.

De esta forma, la regulación de la competencia paso a tener por objeto fundamental que el régimen de la economía funcione, y que para que la libre competencia funcione adecuadamente las instituciones sirven para regular la competencia no pueden interpretarse desde la perspectiva de los intereses de los empresarios, sino que ante todo hay que tener en cuenta el interés público de que el sistema funcione correctamente protegiéndose así a los consumidores.²

Tanto la Constitución Española de 1978, en su artículo 38, como el Tratado de la Unión Europea de 2007 imponen la institución a nivel nacional español y a nivel comunitario de un régimen de economía de mercado, es decir, de un mercado sujeto a la libre competencia.

La institucionalización de un mercado de libre competencia exige la regulación legal de los principios destacando el principio de la competencia, que se traduce en la promulgación de leyes y publicidad, y que son de aplicación para todos los que ofrecen bienes y servicios en el mercado, sin distinguir entre sujetos sometidos al Derecho civil o al Derecho mercantil.³

¹ RODRIGUEZ-CANO, ALBERTO BERCOVITZ "APUNTES DE DERECHO MERCANTIL" (2019) pp 46-47

² RODRIGUEZ-CANO, ALBERTO BERCOVITZ "APUNTES DE DERECHO MERCANTIL" (2019) pp. 47-49

³ RODRIGUEZ-CANO, ALBERTO BERCOVITZ "APUNTES DE DERECHO MERCANTIL" (2019) pp. 54-57

Un sistema de mercado basado en la libre competencia implica una libertad a la hora de acceder al mercado y en la existencia de una pluralidad de operadores económicos actuando estos independientemente entre sí y sujetos a las mismas reglas.

Las ventajas inherentes a la libre competencia son diversas y no afectan únicamente al precio sino a otros muchos factores como puede ser la calidad de los productos o servicios, la tecnología incorporada o la garantía entre otros.

Por otro lado, la desventaja la encontramos en la desaparición de las empresas que no son suficientemente eficientes para hacer ofertas competitivas en el mercado.⁴

El sistema competitivo se caracteriza, pues, por su extraordinaria dinamicidad. El empresario debe estar pendiente de los progresos tecnológicos, de los gustos de los consumidores y en definitiva de un entorno en constante cambio para competir en el mercado. Es por ello, perfectamente explicable que uno de los enemigos del sistema competitivo sean las propias empresas que tratan de no competir o reducir la competencia llevando a cabo acuerdos con otras empresas. Esto es lo que hace que el mercado no funcione correctamente suponiendo un beneficio para las empresas y un perjuicio para el conjunto de la sociedad y especialmente para los consumidores⁵. Aquí es donde se materializa la relevancia de la legislación en esta materia.

1.2. Marco normativo

1.2.1 Legislación nacional española

Al más alto nivel en cuanto a la protección de la libre competencia está la **Constitución española** donde recoge en su artículo 38 “*la libertad de empresa de la economía de mercado*”. Este reconocimiento supone para los ciudadanos la libertad para crear empresas pero no para limitar o restringir la competencia al ir esta última en contra de la economía de mercado.⁶

Hay que tener en cuenta que la intervención de las Administraciones públicas ha de establecerse por ley formal y con carácter excepcional frente al principio general de libre competencia. Esta limitación tiene una gran importancia puesto que la experiencia nos muestra que dicha intervención en el mercado es tan grave a nivel de defensa de la competencia como las actuaciones de los empresarios. Así pues la competencia exclusiva del Estado para legislar en materia de libre competencia resulta de lo dispuesto en el artículo 149.1 de la Constitución siendo

⁴ RODRIGUEZ-CANO, ALBERTO BERCOVITZ “APUNTES DE DERECHO MERCANTIL” (2019) pp. 307-308

⁵ RODRIGUEZ-CANO, ALBERTO BERCOVITZ “APUNTES DE DERECHO MERCANTIL” (2019) p. 309

⁶ RODRIGUEZ-CANO, ALBERTO BERCOVITZ “APUNTES DE DERECHO MERCANTIL” (2019) p. 311

esta una competencia exclusiva sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.

En 1989 se promulga la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia de 17 de julio asentando las bases para la lucha contra las prácticas restrictivas de la competencia y el control de concentraciones económicas. Desde la entrada en vigor de esta, se producen múltiples modificaciones hasta encontrarnos con la actual **Ley de Defensa de la Competencia 15/2007 de 3 de julio de 2007**.

El objetivo no es otro que reforzar los mecanismos de defensa de la competencia existentes y dotarlo de los instrumentos y de la estructura institucional óptima para proteger la competencia efectiva en los mercados.⁷

En la aplicación del Derecho de defensa de la competencia en España, es realmente importante la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) que ha configurado un *corpus* jurisprudencial ineludible para interpretar correctamente los principales ilícitos *antitrust* de la actual normativa de competencia.⁸

En el ámbito de las conductas abusivas, en concreto el abuso de posición de dominio, se recoge en el artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia 15/2007 con una redacción y un alcance muy similar al del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que veremos en el siguiente epígrafe en cuanto a la normativa de la unión Europea.

El artículo 2 de la LDC se estructura en tres apartados. El primer apartado prohíbe, con carácter general “la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional”. El segundo apartado expone distintas conductas que pueden ser constitutivas de abuso si las lleva a cabo una empresa en posición dominante. El último apartado que es el único que no figura en el artículo 102 del TFUE precisa que la prohibición del abuso de posición de dominio se aplica incluso en los casos en los que la posición de dominio haya sido establecida por una disposición legal.⁹

Analizando cada uno de los elementos conforme lo recogido en la ley, por empresa debemos recurrir al significado de esta prevista en el artículo 1 de la LDC en donde se recoge que serán todos los operadores económicos del mercado, que, con independencia de su estatuto jurídico y de que operen o no con ánimo de lucro, realicen una actividad económica autónoma consistente en la producción o intercambio no gratuito de bienes o servicios.

Además, dicha empresa deberá encontrarse en una situación de posición dominante en el mercado para que infrinja el artículo 2 de la LDC. Esta es pues

⁷ BOE. “Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la competencia” Preámbulo p.6

⁸ BACHES OPI, S. “La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Balance de su aplicación” AEDC p.103

⁹ BACHES OPI, S. “La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Balance de su aplicación” AEDC pp.166-167

una condición necesaria pero no determinante puesto que la Ley no prohíbe a las empresas a alcanzar dicha posición, únicamente a abusar de ella. Por ello, una empresa con una posición dominante en el mercado tendrá la responsabilidad de no obstaculizar el desarrollo en el mercado de una competencia efectiva y no falseada.

Aquí nos preguntámos cuándo una empresa se encuentra en posición dominante ya que ni la LDC ni el TFUE lo define. Ante esto, las autoridades españolas suelen recurrir a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia cuya definición coincide en esencia con el concepto económico de la empresa con poder de mercado, es decir, aquella que tiene la capacidad de elevar sus precios por encima del nivel competitivo, sin que se produzca por ello una pérdida de ventas que haga que ese incremento de precios deje de ser rentable.¹⁰

La existencia de una posición dominante resulta de la concurrencia de varios factores que considerados aisladamente, no serán necesariamente determinantes.

El primer factor a analizar es el mercado relevante. Las Autoridades españolas siguen la metodología de la jurisprudencia comunitaria y por la Comunicación sobre el Mercado Relevante de la Comisión Europea que se basan en un estudio desde el punto de vista del producto y desde el punto de vista de su situación geográfica.

Además, se debe analizar la estructura y funcionamiento del mercado así como las características de la empresa en cuestión. Uno de los factores al que más se recurre es el mantenimiento de una cuota de mercado elevada y estable que según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y doctrina de la CNC se considera que esta es un indicio significativo de la existencia de una posición de dominio a partir del umbral del 40%.¹¹ Esta cuota de mercado no debe valorarse en abstracto sino que debe ser comparada con la fuerza y número de los competidores de la empresa supuestamente dominante.

Por otro lado, en cuanto al abuso de esa posición dominante por parte de la empresa que es lo que realmente se prohíbe, el artículo 2 de la LDC recoge un listado de conductas abusivas. No obstante, las autoridades de competencia han intentado ofrecer una cierta definición de lo que constituye una conducta abusiva de la cual se destaca el abuso de la posición dominante como un concepto objetivo.¹²

¹⁰ BACHES OPI, S. “La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Balance de su aplicación” AEDC pp.169-171

¹¹ BACHES OPI, S. “La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Balance de su aplicación” AEDC pp.171-173

¹² BACHES OPI, S. “La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Balance de su aplicación” AEDC pp.179-181

Ahora bien, en la práctica resulta complejo determinar que efectivamente se incurre en una práctica de abuso de posición dominante siendo esta considerada como una infracción calificada como grave o muy grave según lo señalado en el artículo 62 de la LDC.

1.2.2 Normativa de la Comunidad o Unión Europea

Desde el Tratado de Roma, el Tratado de Constitución de las comunidades europeas, el objetivo de la Unión Europea no es otro que el de una competencia libre y no falseada.

Las razones de la defensa de la competencia en el derecho de la UE son las siguientes:

- Eficiencia del sistema, es decir, una mejor asignación de los recursos.
- Protección de los consumidores.
- Refuerza el sistema democrático ya que las situaciones de concentración económica de las grandes empresas ponen en peligro al Estado.
- Favorece la integración económica de los estados miembros de la UE.

Estas razones se podrían utilizar para justificar la existencia de normas de la defensa de la competencia dentro del ordenamiento jurídico español.

El derecho europeo de la competencia se estructura en normas de derecho originario siendo este el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, pero también de normas de derecho derivado así como reglamentos europeos y directivas; decisiones particulares; actos no vinculantes como las comunicaciones e informes; y el Tribunal de Justicia que vale para el caso que resuelven.

Centrándonos en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), sus normas han sido desarrolladas por diversos Reglamentos y Directivas que responden al mismo planteamiento neoliberal de la ley española, a la que ha servido de modelo.¹³

En el articulado del **TFUE** destacamos en lo que se refiere a esta materia los artículos **101-113** en donde se recogen las disposiciones aplicables a las empresas, las ayudas otorgadas por los Estados y las disposiciones fiscales.¹⁴

¹³ RODRIGUEZ-CANO, ALBERTO BERCOVITZ "APUNTES DE DERECHO MERCANTIL" (2019) p. 317

¹⁴ BOE. TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA (en línea):
<https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>

Pues bien, el sistema comunitario consiste en prohibir con carácter general las colusiones entre empresas para restringir o eliminar la competencia admitiendo excepciones (art. 101 TFUE).

Seguidamente a lo enunciado en este artículo, se considera el supuesto de que no exista competencia en el mercado, es decir, situación de monopolio o cuando se de una situación de posición dominante del mercado. Estas situaciones no son prohibidas sino que lo que se prohíbe solamente son los abusos de posición dominante sin excepción alguna (art.102 TFUE). Sobre supuesto de abuso de posición de dominio en el mercado vamos a detenernos y a analizarlo algo más en profundidad a continuación.

Para el estudio de la existencia de una posición de dominio por parte de una empresa, la sentencia *Hoffmann La Roche* ofrece un buen punto de partida al referirse por un lado a la multiplicidad y variedad de los factores de los que puede derivar y la importancia que debe concederse a la cuota de mercado para exista una posición dominante. Una amplia jurisprudencia ha ido desarrollando las afirmaciones de esta sentencia respecto a la importancia de la cuota de mercado y añadiendo otros factores como las barreras de entrada en el mercado.¹⁵

A estos efectos, el Tribunal ha exigido en alguna ocasión la permanencia en el tiempo de la posición de dominio para considerar su existencia a efectos de decretar la existencia de abuso, e incluso a añadido junto a la Comisión otros factores indicativos de ese poder de dominio como puede ser el nivel de integración vertical de la empresa que tiene en cuenta la sentencia *United Brands*; o la ventaja tecnológica de la empresa, reconocida e identificada en un caso concreto de las sentencias clásicas la *Hoffmann-La Roche*.¹⁶

Por otro lado, en cuanto al abuso de dicha posición dominante, será la sentencia del TJCE en el caso *Continental Can* la que consolide y lleve a la aceptación generalizada de que la de abuso ha de ser una noción objetiva, que excluye la necesidad de culpa en cualquiera de sus manifestaciones por parte de la empresa en posición de dominio, para que una conducta de la misma sea considerada abusiva y sancionada por ello. Ahora bien, esto no implica que la concurrencia de culpa o dolo no repercuta sobre la valoración de la conducta y consiguientemente en la sanción¹⁷. Aunque son diversas las conductas que incurren en un abuso de poder dominante previstas en la ley, todas tienen en común el efecto de obstaculizar o limitar la competencia efectiva en los mercados.

¹⁵ VELASCO SAN PEDRO, L.A. "Derecho Europeo de la Competencia, antitrust e intervenciones públicas" pp. 344-346

¹⁶ VELASCO SAN PEDRO, L.A. "Derecho Europeo de la Competencia, antitrust e intervenciones públicas" p.347

¹⁷ VELASCO SAN PEDRO, L.A. "Derecho Europeo de la Competencia, antitrust e intervenciones públicas" p.349

Siguiendo con el articulado del TFUE, en los artículos 107, 108 y 109 se recoge una auténtica regulación de las ayudas públicas, partiendo de la prohibición general de las mismas, aunque admitiendo la posible legalidad de determinadas ayudas en los supuestos taxativamente enunciados por el propio Tratado (art.107 a 109 TFUE).¹⁸

La normativa comunitaria protectora de la libre competencia coexiste con la legislación nacional interna. El criterio delimitador para la aplicación de unas u otras normas es la posible afectación al comercio entre los Estados miembros de la Unión Europea. Cuando una restricción de la competencia puede afectar a alguno de los Estados, es aplicable el Derecho comunitario. En caso contrario, es de aplicación la legislación nacional.¹⁹

1.3. Abuso de posición de dominio

1.3.1. Mercado relevante

Uno de los primeros pasos a la hora de poder afirmar la existencia de una posición de dominio es delimitar y conocer el mercado concreto en el que opera una determinada empresa.

Han de tomarse en consideración tres criterios concurrentes a la hora de la delimitación del mercado relevante²⁰:

- **Objetivo:** intercambiabilidad o sustituibilidad de los bienes o servicios desde el punto de vista de los consumidores o adquirentes, teniendo en cuenta en particular las propiedades, precio y uso de los productos o servicios.
- **Geográfico:** ámbito geográfico en que actúa la empresa en posición dominante y tiene ese dominio.
- **Temporal,** es decir, en un espacio de tiempo determinado.

Entrando en cada uno de los criterios, en cuanto al primero, el objetivo o la sustituibilidad de la demanda, este refleja la capacidad y disposición de los consumidores a sustituir un producto por otro en respuesta a un cambio en el precio relativo.

Este criterio delimitador del mercado relevante goza en la actualidad de general aceptación y tal es así que en Sentencias como *Oscar Bronner GmbH Co. V. Mediaprint* de noviembre de 1998²¹, el Tribunal sigue utilizando el criterio de la intercambiabilidad para determinar el mercado relevante. Otro caso significativo es

¹⁸ RODRIGUEZ-CANO, ALBERTO BERCOVITZ "APUNTES DE DERECHO MERCANTIL" (2019) pp.323-327

¹⁹ RODRIGUEZ-CANO, ALBERTO BERCOVITZ "APUNTES DE DERECHO MERCANTIL" (2019) pp.318-322

²⁰ RODRIGUEZ-CANO, ALBERTO BERCOVITZ "APUNTES DE DERECHO MERCANTIL" (2015) pp.363

²¹ Sentencia del TJCE, de 26 de noviembre de 1998, Asunto C-7/97

el de la STJCE de 14 de febrero de 1978 (Caso United, Brands) en donde declara que los plátanos constituyen un mercado distinto del de las otras frutas frescas porque satisfacen “las necesidades constantes de una categoría importante de la población compuesta de niños, personas mayores y enfermos”. También se tuvo en cuenta que hay otras características que diferencian a los plátanos de otras frutas frescas: producción durante todo el año, y su aspecto, gusto y consistencia peculiares²².

Por otro lado, en cuanto al criterio geográfico, la Comunicación establece que “*el mercado geográfico de referencia comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas*”.

Aquí la Comisión destaca acertadamente que no es necesario que las condiciones objetivas de competencia entre los operadores sean perfectamente homogéneas, sino que basta con que sean “similares” o suficientemente homogéneas.²³

El último factor de delimitación del mercado relevante que hay que tener en consideración es el temporal. Debe tenerse en cuenta que los mercados, especialmente los muy dinámicos, varían sus condiciones a lo largo del tiempo, por lo que debe acotarse temporalmente el campo de análisis. Aunque ha veces se ha hecho preciso considerar períodos de tiempo cortos, incluso referidos a una determinada época del año, en general en esta cuestión, y por lo que se refiere de nuevo a la valoración de la existencia de una posición de dominio, habrá que tener en cuenta períodos relativamente largos, y en este sentido se manifestó la sentencia del Tribunal de Justicia Europeo en la sentencia Hoffman-La Roche de 1979.

1.3.2. Cuota de mercado

Uno de los aspectos más destacables de la evolución jurisprudencial es el papel que se otorga, de cara a la determinación de la posición dominante a la cuota de mercado, que sigue manteniéndose como el principal, pero ha de ir acompañado de muchos otros.²⁴

Se entiende por cuota de mercado al porcentaje o fracción expresado en las ventas de la compañía o empresa del producto o servicio ofrecido en relación con un mercado concreto o sector concreto.

En cuanto a la determinación del porcentaje de la cuota de mercado para poder afirmar una posición de dominio no ha sido una labor sencilla.

²² RODRIGUEZ-CANO, ALBERTO BERCOVITZ “APUNTES DE DERECHO MERCANTIL” (2015) pp.364

²³ GARCÍA-CRUCES, J.A “Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad” Tomo 1. p. 268

²⁴ GARCÍA-CRUCES, J.A “Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad” Tomo 1. pp.269-270

Especial importancia tiene la declaración del Tribunal en el Caso Hoffmann/La Roche sobre las vitaminas de 13 de febrero de 1979 que venía a decir lo siguiente sobre el significado que aporta una empresa una cuota de mercado alta: “una situación de fuerza que hace que sea inevitable mantener relaciones comerciales con dicha empresa y que, ya sóprlo por eso, le proporciona, al menos durante períodos relativamente largos, la independencia de comportamiento característica de la posición dominante”²⁵.

El Tribunal en la Sentencia Hoffman-La Rochese señaló pues que cuotas extremadamente importantes constituyen en sí mismas, y salvo circunstancias excepcionales, la prueba de la existencia de una posición dominante siempre y cuando se mantenga durante un período de una cierta duración. Por lo tanto, el criterio general seguido en esta cuestión por el Tribunal de Justicia Europeo es que, en general, cuanto mayor sea la cuota de mercado más probabilidad existe, aunque no constituya prueba, de una posición de dominio en el mercado. A esto podría añadirse que, para el TJE, una cuota de mercado del diez por ciento o menos, excluye, salvo circunstancias particulares, la existencia de una posición dominante.²⁶

Por otro lado, la doctrina actual del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre la cuota de mercado en relación con la posición de dominio puede resumirse en que constituye un error sostener que existe posición de dominio simplemente porque estemos en presencia de altas cuotas de mercado, así como afirmar que dicha posición no se da en el supuesto en que la cuota de mercado sea excesivamente baja, prescindiendo en uno y en otro caso del previo análisis de sobre la concurrencia de los requisitos necesarios para que exista posición dominante: poder de mercado e independencia de comportamiento.

Un claro ejemplo de la doctrina del TDC son los mercados que se están liberalizando, o aquellos dominados por las llamadas empresas tecnológicas, es decir, los “mercados emergentes”, en donde las altas cuotas de mercado no son indicadores de la existencia de una posición de dominio, ya que pueden cambiar rápidamente.²⁷

1.3.3. Barreras de entrada

Las barreras de entrada suelen ser un coste o impedimento (fiscal, legal o cultural) que trata de restringir el acceso al mercado de ciertos negocios o competidores.

²⁵ STJ del 13 de febrero HOFFMAN/LA ROCHE (en línea): <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A61976CJ0085>

²⁶ BENEYTO J.M “Tratado de derecho de la competencia” (2005) Tomo 1 pp. 470-473

²⁷ GARCÍA-CRUCES, J.A “Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad” Tomo 1. pp. 270-272

Desde el punto de vista económico, conocer las barreras de entrada es importante a la hora de iniciar la actividad económica de una empresa dentro de la industria en la que pretende introducirse. Estas pueden ser de diversos tipos:

- Para el establecimiento económico: no cuesta lo mismo montar un negocio que otro ya sea por razón del coste del metro cuadrado o del inmovilizado necesario entre otros.
- Por localización: cuando los países, comunidades o regiones tenían un tipo de empresas, limitan el acceso a otras.
- Por razones legales: determinadas empresas pueden estar protegidas por los estados, limitando su creación por zonas o imponiendo elevadas tasas para sus implantaciones.
- Por competencia: las compañías con cuotas de mercado más altas imponen sus condiciones bajando por ejemplo los precios para evitar la competencia.
- Por acceso a los clientes: si en un mercado la demanda es baja y está satisfecha con la oferta actual, será una dificultad para la entrada de competidores.
- Por acceso a los proveedores: si en un mercado, los proveedores de materiales tienen su cuota de mercado cubierta, no podrán suministrar recursos a nuevas empresas que quieran entrar en el mercado.
- Por razones culturales: grandes empresas de nombre reconocido suponen siempre un reto a superar al tener asegurada una clientela.

Aunque desde el punto de vista jurídico-económico las barreras de entrada no constituyan una limitación a la libre competencia por parte de las empresas que ostentan posición de dominio, pueden generar serias dificultades para aquellas empresas que busquen entrar en nuevos mercados atraídas por la posibilidad de obtener beneficios económicos extraordinarios.

En el ámbito comunitario europeo de defensa de la competencia, existen apreciaciones diversas a la hora de identificar las barreras de entrada. Entre múltiples y diversas sentencias sobre esta materia, cabe destacar la del Tribunal de Justicia Europeo en las sentencias Hoffman-La Roche y United Brands que llegó a identificar como barrera el que la entrada en el sector implique efectuar elevadas inversiones.²⁸

2. PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS: GRUPO GAFA

2.1 Quienes lo forman y como funcionan

²⁸ BENEYTO J.M "Tratado de derecho de la competencia" (2005) Tomo 1 pp. 474-475

El acrónimo GAFa designa a las cuatro grandes empresas de la alta tecnología que influyen y dominan el mundo²⁹.

Son cuatro empresas que a día de hoy forman parte de nuestra vida diaria y que podríamos destacar lo siguiente de cada una de ellas como vemos a continuación:

Google nace como un proyecto académico en el que participaron Larry Page y Sergey Brinn, consistente en el desarrollo de un motor de búsqueda en Internet alternativo a los ya existentes, con el objetivo de completar sus estudios en la Universidad de Stanford³⁰

No obstante, lo que inicialmente surgió como un trabajo universitario, llamo la atención a inversores, lo que condujo a la constitución de Google como sociedad a finales de 1998, pasando a incorporar durante los años siguientes servicios complementarios para el buscador tales como su propio navegador, un servicio de búsqueda de imágenes, un buscador de noticias o un comparador de precios entre otros.³¹

Además Google también ha extendido sus actividades a otras ramas de la informática desarrollando *smartphones*, sistemas operativos, o adquiriendo otras plataformas de terceros como *Youtube*.³²

La importancia de Google en nuestros días es descomunal y esto lo refleja su posición dominante. En el ámbito europeo, en lo que respecta a los servicios de búsqueda general, nos encontramos con una cuota del 90%, aunque su dominio en el mercado de sistemas operativos para *smartphones* y dispositivos móviles también cuentan con cuotas destacables pues su sistema *Android* le otorga más del 70% de cuota.³³

Google desde noviembre de 2010 es investigado en profundidad por la Comisión Europea por sus conductas acusándole de abusar de su posición dominante como veremos a lo largo del trabajo expuesto.³⁴

²⁹ LEVINE, JOHN R. "Internet for dummies" (2014)

³⁰ ÁLVAREZ, J., "Breve Historia de Google" (En línea), <https://www.labrujulaverde.com/2012/09/breve-historia-de-google>

³¹ ÁLVAREZ, J., "Breve Historia de Google" (En línea), <https://www.labrujulaverde.com/2012/09/breve-historia-de-google>

³² ÁLVAREZ, J., "Breve Historia de Google" (En línea), <https://www.labrujulaverde.com/2012/09/breve-historia-de-google>

³³ CARRASCO MAYANS, S., "¿Es justa la multa a Google por abuso de posición dominante con Android? (en línea), <https://www.faseconsulting.es/tecnologia/derecho-tecnologico/es-justa-la-multa-a-google-por-abuso-de-posicion-dominante-con-android>

³⁴ PRADO GONZALEZ, L.M., "Google y Gazprom: casos de abuso de posición dominante en el mercado investigados actualmente por la Comisión Europea, de 20 de abril de 2016, disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_16_1492

Amazon es una empresa estadounidense que tiene su origen en 1994 y que ha estado a lo largo de los años creciendo constantemente. La empresa cuenta ahora con 32 tiendas diferentes, y 285 millones de clientes, así como 132 millones de referencias físicas y otras 35 millones digitales solo en Amazon.es, donde se añaden de media unos 68.000 productos nuevos.³⁵

Amazon dejó de ser una enorme tienda para convertirse en una plataforma con múltiples líneas de negocios en donde la filosofía de todas ellas es la misma: “si quieres algo, Amazon lo tiene”. Aunque a esta frase habría que añadir la palabra “rápido” puesto que la logística es clave para Amazon haciendo que se reduzca el tiempo que el cliente tarda en tener el producto. Para ello, la compañía cuenta con más de 100 centros logísticos y con un servicio de entrega en el día en muchas ciudades siendo la más destacada nuestra capital Madrid.³⁶

Así pues, el propio director general de operaciones de Amazon España, Freddy Patge, ha señalado los dos aspectos básicos para que la logística de la compañía funcione: procesos y capital humano³⁷

Facebook es una popular red social creada en 2004 por un programador y empresario estadounidense (Mark Zuckerberg), un empresario brasileño (Eduardo Severin), y el propietario estadounidense de esta (Chris Hughes).

La compañía se caracteriza por un crecimiento constante y un gran impacto social y político. Gracias a su política de innovación y a sus adquisiciones de competidores como Instagram o WhatsApp su dominio es prácticamente absoluto en el mercado virtual³⁸.

Actualizando las noticias destacadas ya en el ámbito español, Facebook se diversifica aún más entrando en el ámbito de los videojuegos y compra la española *PlayGiga*, una de las start-ups más populares, por 70 millones en 2019. Esta operación corrobora los gigantescos pasos que da la compañía para expandir su negocio.³⁹

Apple Inc. es una compañía multinacional de gran tamaño fundada en 1976 por Steve Jobs, Steve Wozniak y Ronald Wayne en la que diseñaron softwares y

³⁵ OSORIO, V.M., “Las claves del éxito de Amazon” (en línea) <https://www.expansion.com/economia-digital/companias/2016/07/08/577ea714e5fdea4c028b4627.html>

³⁶ OSORIO, V.M., “Las claves del éxito de Amazon” (en línea) <https://www.expansion.com/economia-digital/companias/2016/07/08/577ea714e5fdea4c028b4627.html>

³⁷ OSORIO, V.M., “Las claves del éxito de Amazon” (en línea) <https://www.expansion.com/economia-digital/companias/2016/07/08/577ea714e5fdea4c028b4627.html>

³⁸ DIAMOND, S. (2012) “Facebook’s Failed IPO and the Era of Insider Capitalism” Santa Clara University . p.3 Disponible en: <https://papers.ssrn.com>

³⁹ EL PAÍS “Facebook compra la compañía española de videojuegos en la nube PlayGiga” publicado el 19 de diciembre de 2019.

equipos de alta tecnología que van dirigidos a todo el mundo como el Iphone, iPad o el Mac entre otros.

Apple comercializa sus productos en todo el mundo incluyendo América, Europa, Japón, Gran China, resto de Asia Pacífico y minoristas a través de sus tiendas minoristas, tiendas en línea y fuerza de ventas directas⁴⁰.

La compañía se convirtió en la compañía de tecnología de la información más grande del mundo por ingresos y el segundo mayor fabricante de teléfonos móviles del mundo después de *Samsung*.⁴¹

La clave de la consolidación del llamado imperio GAFA (Google, Apple, Facebook y Amazon) como superpotencias reside en la cantidad de datos que poseen. Tal es así que estas compañías tienen los perfiles virtuales de sus millones de clientes, una vía de comunicación con estos y otros datos adicionales como pueden ser sus intereses, hábitos o localización. Además y no por ello menos importante, cuentan con ventajas tecnológicas y potentes, una sólida capacidad financiera y el capital humano imprescindible para que sus plataformas evolucionen.⁴²

El modelo de negocio de los GAFA se basa en plataformas que conectan, a través de internet a quienes necesitan algo con quienes tienen algo.⁴³ Este es básicamente su funcionamiento.

Por ello, el cambio del modelo de negocio en comparación con las empresas tradicionales es enorme. Incluso se cuestiona si son ellos los que están abarcando todos los negocios. Ante esto las respuestas de los integrantes del grupo GAFA son siempre contrarias afirmando que no entran en nuevos negocios sino que el negocio es otro, o que simplemente ayudan a las empresas de distintos sectores en su desarrollo y negocio digital sin convertirla en una de ellas.⁴⁴

2.2 Problemática ante la diferencia cultural y legislativa entre EEUU y la UE

Como hemos visto, el origen de estas cuatro grandes empresas son estadounidenses y de ahí que sea tan importante conocer y analizar la cultura y

⁴⁰ MOHAMAD YUSOFF, NUR HUSNINA (2018) "Determinants of Risks and Performance in Apple Inc." Disponible en <https://papers.ssrn.com>

⁴¹ MOHAMAD YUSOFF, NUR HUSNINA (2018) "Determinants of Risks and Performance in Apple Inc." Disponible en <https://papers.ssrn.com>

⁴² Artículo de economía nacional del ABC "Google, Facebook, Amazon, Apple tienen el poder absoluto en la información digital" actualizado: 21/5/2019

⁴³ SKINNER, C. "Digital Human, the fourth revolution of humanity" (2018)

⁴⁴ Artículo de economía nacional del ABC "Google, Facebook, Amazon, Apple tienen el poder absoluto en la información digital" actualizado: 21/5/2019

legislación de Estados Unidos y el de la Unión Europea. Las diferencias culturales entre EEUU y Europa y el hecho de que esas empresas sean estadounidenses son dos factores clave para explicar las diferencias de su tratamiento legal.

El Derecho de la competencia (o “antitrust”) en EEUU atraviesa una crisis de identidad. La legislación más antigua contra la competencia desleal data de 1890 “el Sherman Act” aprobado por el Congreso estadounidense y que se mantiene en vigor en la actualidad siendo la piedra angular de esta rama del Derecho.⁴⁵

Para Edward Hughes, el antitrust estadounidense es tan permisivo que ha caído en la irrelevancia.⁴⁶

El cisma ideológico subyacente que existe en los EEUU ya lo encontramos desde 1989 fecha en la que se hablaba de dos frentes respecto al Derecho de la competencia: uno que defiende que los mercados funcionan mejor cuando la ley es más permisiva con una menor intervención, y otro que cree que es necesario intervenir para prevenir posibles abusos del poder y proteger la innovación.⁴⁷

Desde el gobierno de Ronald Reagan (1981-1989) la política de la competencia la acercó a ideales neoliberalistas. Sin embargo, la situación resultante no fue la esperada e incluso se agravó con la crisis económica de 2000 y la Gran Recesión que le siguió.⁴⁸

Es en este contexto cuando se proclama una política de competencia más vigorosa conociéndose con el nombre de un movimiento “hipster” antitrust que defiende valores como la justicia y la protección de los consumidores en la aplicación del Derecho de la competencia pese al coste en términos de seguridad jurídica. A pesar de la conciencia de este movimiento respecto al cambio en la interpretación de la ley vigente, no han propuesto una alternativa a los postulados que sean sólidos y viables. Por ello, a día de hoy esto sigue en tela de juicio con la posibilidad de que este movimiento sienta los cimientos sobre los que se construya en un futuro una política antitrust más justa y con mayor conciencia social.⁴⁹

En la Unión Europea se parte de la idea de que el mercado no es capaz de autorregularse asumiendo el Estado un papel participativo en el mercado, elaborando normas que se encargan de corregir las deficiencias que se

⁴⁵ MARCO COLINO, SANDRA. “The Antitrust F Word: Fairness Considerations in Competition Law” publicado en el Journal of Business Law en 2019 (en línea):

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3245865

⁴⁶ EDWIN J. HUDGES “The left side of antitrust: What fairness means and why it matters” (2009)

⁴⁷ EDWIN J. HUDGES “The left side of antitrust: What fairness means and why it matters” (2009)

⁴⁸ EDWIN J. HUDGES “The left side of antitrust: What fairness means and why it matters” (2009)

⁴⁹ EDWIN J. HUDGES “The left side of antitrust: What fairness means and why it matters” (2009)

desarrollan en su seno, entre las cuales el Derecho de la competencia⁵⁰ para tratar de preservar el bienestar general.

Si nos centramos en la figura de la explotación abusiva de una posición de dominio, encontramos grandes diferencias entre el derecho comunitario y el de EE.UU que le precede.

En relación con la postura del Derecho americano destacamos que la prohibición va referida a la “monopolización” como proceso que configura o acrecienta la posición de dominio.

Por otro lado, en el Derecho comunitario se omite inicialmente el factor del control de la concentración valorada como ya hemos dicho como un riesgo o atentado directo a la competencia en el derecho de EEUU. El derecho comunitario evolucionó en parte por influencia del americano introduciéndose el régimen de control de la concentración pero el Derecho europeo emprende un cambio de sentido contrario al del Derecho americano puesto que mientras que este último tiende a mantener ciertos límites y a contener la extensión de la consideración de abuso u otros comportamientos de carácter desleal, el Derecho europeo tiende a ampliar el alcance del abuso en los dos ámbitos.⁵¹

Así se comprende mejor cómo es posible que se pueda hoy acusar de excesivo rigor al Derecho europeo fundamentalmente desde los presupuestos de un Derecho, el de los EE.UU., que comenzó distinguiéndose precisamente por su mayor rigor.

El resultado de todo esto es que por ejemplo las leyes vigentes en EEUU no concretan la definición de monopolio dando cierto margen a la interpretación legislativa. De hecho, tener un papel mayoritario en el mercado se considera consecuencia de una buena gestión y producto y/o servicio exitoso.⁵² Además nos encontramos con otra dificultad y es que la definición de monopolio contenida en las leyes estadounidenses habla de precios regulados dificultando así la revisión de la posición de Google y Facebook con la normativa al ofrecer de forma gratuita sus servicios.⁵³

En cambio, en Europa nos encontramos con un escenario totalmente distinto. La comisaria Vestager vela con firmeza por la competencia sancionando a empresas como Google con multas millonarias por relegar a sus competidores en

⁵⁰ HERRERO SUÁREZ, C. “Las funciones del derecho de la libre competencia”, cit., pp.70-71

⁵¹ VELASCO SAN PEDRO, L.A. “Derecho Europeo de la Competencia, antitrust e intervenciones públicas” pp. 320-324

⁵² RODRIGUEZ, JOSE MANUEL “¿Están creando los grandes de internet uno de los mayores monopolios de la historia?” publicado en LA VANGUARDIA el 3 de febrero de 2018

⁵³ RODRIGUEZ, JOSE MANUEL “¿Están creando los grandes de internet uno de los mayores monopolios de la historia?” publicado en LA VANGUARDIA el 3 de febrero de 2018

búsquedas⁵⁴. Añadir que en Europa preocupa mucho más el tratamiento de los datos de los consumidores lo que explica la entrada en vigor en mayo del 2016 del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) , que obliga a las empresas a tener establecimiento en Europa y atenerse a las leyes y autoridades europeas.⁵⁵

2.3 Actuaciones en la UE contra Google

Entre los 20 primeros gigantes de la economía digital, según el Foro Económico Mundial, no hay ninguna empresa europea. Todas son de EEUU o de China. Las cinco mayores: Apple, Amazon, Alphabet (Google), Microsoft y Facebook son estadounidenses a los que les siguen las chinas Alibaba y Tencent⁵⁶. Muchas de ellas se acercan a una situación monopolística que están siendo vigiladas y criticadas no solo en Europa sino en el propio EEUU en donde se plantea la posibilidad de obligar a las plataformas tecnológicas a dividirse para garantizar la competencia en el sector según el presidente Donald Trump.⁵⁷

Todas las empresas en Europa apuestan por invertir en inteligencia artificial pero se requiere una armonización legislativa que aun no es real en todos los ámbitos haciendo que Europa esté colonizada por unas empresas digitales de nacionalidad estadounidense y con un valor bursátil elevado llegando a superar el billon (trillón americano) de dólares en el caso de Amazon y Apple⁵⁸ .

Estos gigantes se aprovechan de la existencia y apertura del mercado europeo por no mencionar las ventajas con las que cuentan al situarse en países como Irlanda o Luxemburgo basadas en la ausencia o reducción de impuestos, caso que denunció Ana Botín, presidenta del Grupo Santander, en Bruselas el 7 de noviembre de 2018⁵⁹. No obstante Europa tiene una capacidad de influencia a través de multas⁶⁰ que veremos a continuación además de las múltiples críticas a las que se someten desde las primeras investigaciones.

A Facebook le reprochan comprar y copiar a sus rivales y difundir noticias falsas; a Amazon, de acaparar las ventas por internet y usar altavoces “espía”, a Google de

⁵⁴ RODRIGUEZ, JOSE MANUEL “¿Están creando los grandes de internet uno de los mayores monopolios de la historia?” publicado en LA VANGUARDIA el 3 de febrero de 2018

⁵⁵ DIARIO OFICIAL DE LA UE “Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo del 27 abril de 2016”

⁵⁶ ORTEGA, ANDRÉS “Colonialismo digital” publicado en EL PAÍS el 30 de septiembre de 2018

⁵⁷ EL ECONOMISTA “Trump dice que la administración vigila a Facebook, Google y Amazon por violación de la ley antimonopolio”(5/11/2018)

⁵⁸ ORTEGA, ANDRÉS “Colonialismo digital” publicado en EL PAÍS el 30 de septiembre de 2018

⁵⁹ SEGOVIA, CARLOS “Ana Botin denuncia en Bruselas la competencia desleal de los gigantes tecnológicos de EEUU” artículo publicado en EL MUNDO el 3 de diciembre de 2018

⁶⁰ ORTEGA, ANDRÉS “Colonialismo digital” publicado en EL PAÍS el 30 de septiembre de 2018

colar sus propios anuncios en el motor de búsqueda; y a Apple de ser un monopolio.⁶¹

A continuación veremos las tres multas históricas antimonopolio impuestas por la Comisión europea tras años de investigaciones. Estas multas tienen cifras recórcds en donde el protagonista es uno de los gigantes del grupo GAFA : Google.

2.3.1 multa a Google en 2017

La primera multa de la que vamos a hablar es la impuesta a Google en 2017 de 2.420 millones de euros, la más alta por violación de competencia en la historia de la UE. Fue impuesta por dar la ventaja ilegal a su servidor Google Shopping en los resultados de búsqueda.⁶²

Google Shopping es un sitio web que integra un motor de comparación de precios llamado así en 2013 ya que anteriormente se conocía con el nombre de *Froogle*. Los consumidores a través de este servicio buscan y comparan precios de todo tipo de compras.

Estrategia

En un primer momento la estrategia se basaba en colocar en primer lugar los productos que aun sin ser los mas beneficiosos, eran los que tenían mas “clicks”, es decir, dependían de la cantidad del tráfico para ser competitivos ya que a mayor tráfico, mayor numero de clics y mayores ingresos. No obstante, esto no siempre fue así ya que hay pruebas de que en 2008 cambió de estatregia colocando primero sus productos aunque no fueran los más beneficiosos al mismo tiempo que retrasaban a sus rivales apareciendo de media solo en la cuarta página de resultados del buscador⁶³.

La consecuencia de todo ello es que el servicio de compras comparativa de Google les aparece a los consumidores de forma mucho mas visible en los resultados de las búsquedas, mientras que la visibilidad de los servicios rivales es mucho menor.

Efecto de estás prácticas

⁶¹ BLASCO, LUCIA “Google, Apple, Amazon y Facebook: cómo funciona el “grupo GAFA” y por qué cuestionan ahora su modelo de negocio” BBC News Mundo publicado el 6 de junio de 2019.

⁶² ZARZALEJOS, ANA. “Las 7 mayores multas impuestas por la UE para luchar contra monopolio” Business Insider publicado el 18 de julio de 2018.

⁶³ ZARZALEJOS, ANA. “Las 7 mayores multas impuestas por la UE para luchar contra monopolio” Business Insider publicado el 18 de julio de 2018.

La Comisión explica que el resultado de todo este comportamiento ilegal es que Google Shopping ha estado ganando tráfico y por lo tanto, negocio a expensas de sus rivales que han visto disminuir el suyo así como según los datos dado por la comisión, una caída en el tráfico de las webs rivales en un 85% en Reino Unido, un 92% en Alemania y un 80% en Francia.⁶⁴

Vulneración de la legislación antitrust de la UE

La posición dominante no es ilegal en si misma según la legislación antitrust de la UE. Ahora bien, las empresas dominantes tienen la responsabilidad de no abusar de su posición restringiendo la competencia.

Es en 2017 cuando la Comisión decide y concluye que Google ocupa una posición dominante en los mercados de búsqueda general en internet en todo el Espacio Económico Europeo integrado por 31 países. Esta posición se mantiene desde 2008 salvo en Chequia que se mantiene desde 2011 con cuotas de mercado superiores al 90% en la mayoría de ellos. Debido a los efectos de la red; cuanto más utilicen los usuarios un motor de búsqueda, más atractivo resulta para los anunciantes; las barreras de entrada en este mercado son muy altas.

Además afirma que ha abusado de su posición de dominio por dar una ventaja ilegal a su propio servicio de compras comparativas inhibiendo la competencia basada en los méritos.⁶⁵

Consecuencia de la decisión

La multa de la comisión impuesta a Google alcanza los 2.420 millones de euros, cuantía fijada teniendo en cuenta factores como la duración y la gravedad de la infracción, y en función del valor de los ingresos de Google derivados de dicho servicio de conformidad con las Directrices de la Comisión sobre la imposición de multas de 2006.⁶⁶

Se le exige a Google que ponga fin a su conducta, y a estar expuesta a las acciones civiles que podrá interponer ante los Tribunales de los Estados miembros cualquier persona física o jurídica que se sienta lesionada con dicho comportamiento.⁶⁷

⁶⁴ Comunicado de prensa de la UE (en línea):

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_17_1784

⁶⁵ Comunicado de prensa de la UE (en línea):

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_17_1784

⁶⁶ Comunicado de prensa de la UE (en línea):

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_17_1784

⁶⁷ Comunicado de prensa de la UE (en línea):

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_17_1784

Google por su parte responde alegando que los clientes tienen otros servicios de compras a los que acuden como Amazon o Trip Advisor.

2.3.2 multa a Google en 2018

La segunda multa a destacar es la impuesta a **Google en 2018** de 4.340 millones de euros, la mayor de la historia del organismo por abusar de la posición de dominio que tiene su sistema operativo Android.⁶⁸

Estrategia

El motor de búsqueda *Google* le permite a la empresa obtener la mayoría de sus ingresos. En el año 2000, Google se anticipó a los efectos del cambio que se iba a producir con la transición de los ordenadores de sobremesa a la internet móvil desarrollando una estrategia con el fin de asegurarse que los usuarios siguieran utilizando *Google Search* en sus móviles.

Es así cuando en 2005 Google compra el desarrollador original del sistema operativo *Android* que ha estado en continuo desarrollo. Cuando Google desarrolla una nueva versión de *Android*, publica un código a través del cual terceros pueden descargarlo y crear bifurcaciones de *Android*. Sin embargo, este código que incluye las características básicas del sistema operativo de un móvil inteligente, no incluye las aplicaciones y servicios *Android* exclusivos de Google.

Para poder acceder a esas aplicaciones y servicios exclusivos se requiere la suscripción de contratos y aquí es donde Google impone restricciones a su uso y en donde la Comisión responde.⁶⁹

Efecto de estas prácticas

Esta actuación por parte de Google niega a los rivales la posibilidad de innovar y de competir según criterios de méritos. Tal es así que la responsable de la Política de la Competencia de la Unión Europea, Margrethe Vestager ha declarado:

“Google ha utilizado Android como vehículo para consolidar el dominio de su motor de búsqueda. Estas prácticas han privado a sus competidores de la posibilidad de innovar y competir en función de sus méritos. Han impedido a los consumidores europeos beneficiarse de una competencia efectiva en un ámbito

⁶⁸Comunicado de prensa de la UE (en línea):

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_18_4581

⁶⁹ Comunicado de prensa de la UE (en línea):

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_18_4581

*tan importante como el móvil. Esto es ilegal con arreglo a las normas de defensa de la competencia de UE*⁷⁰

Incumplimiento de las normas antimonopolio de la UE

Google tiene una posición dominante en los mercados de servicio de búsqueda general en internet, sistemas operativos móviles inteligentes con licencia, y tiendas de aplicaciones para el sistema operativo móvil Android. Cuentan pues con cuotas de mercado superiores al 90%.

Al tener esta posición dominante, se le exige que sean responsables de no abusar de su dominio en el mercado limitando la competencia. Sin embargo, Google participa en concreto en tres prácticas diferentes cuyo objetivo era consolidar su posición dominante en la búsqueda general en internet.

- Obligar a los fabricantes a reinstalar la aplicación de Google Search y el navegador Chrome como condición para conceder la licencia de su tienda de aplicaciones, Play Store.
- Realizar pagos a fabricantes y operadores de redes móviles con la condición de que preinstalaran exclusivamente la aplicación de Google Search.
- Impedir a los fabricantes que utilicen cualquier versión alternativa de Android no aprobada por Google (bifurcaciones de Android).⁷¹

Consecuencias de la decisión

La multa de la Comisión se cifró en 4.340 millones de euros, calculada en función de la duración de las infracciones cuyo inicio data del 2011, de la seriedad de las mismas, y de la facturación de la empresa de acuerdo con las Directrices de la Comisión de 2006 sobre multas.

La Comisión exige a Google poner fin a sus conductas ilegales en el plazo de 90 días a partir de la decisión. Si Google no garantiza dicho cumplimiento, se le podrían imponer multas de hasta el 5% del volumen de negocios mundial medio diario de Alphabet, la empresa matriz de Google.

Asimismo, deberá hacer frente a las demandas por daños y perjuicios que puedan ser ejercitadas ante los tribunales de los Estados miembros por cualquier persona física o jurídica afectada.⁷²

⁷⁰ Comunicado de prensa de la UE (en línea):

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_18_4581

⁷¹ Comunicado de prensa de la UE (en línea):

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_18_4581

⁷² Comunicado de prensa de la UE (en línea):

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_18_4581

2.3.3 multa a Google en 2019: publicidad en línea

La Comisión Europea ha multado a Google con 1.490 millones de euros por infringir las normas de defensa de la competencia de la UE. Google ha abusado de su posición dominante en el mercado al imponer una serie de cláusulas restrictivas en los contratos con sitios web de terceros que impidieron a los competidores de Google colocar sus anuncios de búsqueda en esos sitios web.

Estrategia

AdSense for Search es una división de Google que consiste en ofrecer a los propietarios de las páginas webs ya sean estas de prestación de servicios de viaje hasta medios de comunicación, insertar anuncios de sus negocios en huecos concretos de las páginas de Google a cambio de unos ingresos en función de las visualizaciones y visitas que genere. Funciona pues como una plataforma de intermediación de publicidad de búsqueda en línea.

La prestación por parte de Google de servicios de intermediación de publicidad de búsqueda en línea a los editores más destacados desde el punto de vista comercial se llevó a cabo a través de acuerdos negociados individualmente. Estos acuerdos son revisados por la Comisión concluyendo lo siguiente:

- Desde 2006 Google incluyó en los contratos cláusulas de exclusividad, es decir, los anunciantes no podían incluir en sus páginas anuncios de búsqueda de competidores.
- En marzo de 2009 sustituyeron progresivamente esas cláusulas de exclusividad por las llamadas "Premium Placement". Esto exige a los editores que reserven el espacio más rentable, es decir, más visible, a los anuncios de Google siendo estos un número mínimo de anuncios.
- A partir de 2009 Google también incluyó en los contratos cláusulas por las que controlaban los posibles cambios que los editores quisieran hacer requiriendo de su aprobación previa. Esto permitía a Google controlar el nivel de atracción de sus anuncios de sus competidores y poder disminuir el número de clics que se hacían en ellas.

Las prácticas de Google abarcaron más de la mitad del mercado en volumen de negocios durante la mayor parte del período. Los rivales de Google no fueron capaces de competir por sus propios méritos, bien porque había una prohibición absoluta de figurar en sitios webs de editores, bien porque Google se reservó para sí mismo el espacio comercial más valioso de esas páginas web, al tiempo que controlaba cómo podrían aparecer los anuncios de búsqueda de sus competidores.

Incumplimiento de las normas antimonopolio de la UE

Las prácticas de Google equivalen a un abuso de posición dominante de Google en el mercado de la intermediación de publicidad de búsqueda en línea al impedir la competencia basada en los méritos.

Google ocupa una posición dominante en el mercado de la intermediación de publicidad de búsqueda en línea en el EEE desde al menos 2006. Se basa, en particular, en las elevadas cuotas de mercado de Google, que superaron el 85% durante la mayor parte de ese período. El mercado se caracteriza también por obstáculos a la entrada, como unas inversiones iniciales considerables y continuas necesarias para desarrollar y mantener una tecnología de búsqueda general, una plataforma de publicidad de búsqueda y una cartera suficientemente amplia de editores y anunciantes.

La Comisión, basándose en una gran variedad de pruebas, llegó a la conclusión de que las actuaciones de Google perjudicaban a la competencia y a los consumidores y ahogaban a la innovación. Los rivales de Google no fueron capaces de crecer y ofrecer servicios de intermediación de publicidad de búsqueda en línea alternativos a los de Google. Como consecuencia, los propietarios de sitios webs tenían opciones limitadas para rentabilizar el espacio en estos sitios web y se vieron obligados a depender casi exclusivamente de Google.

Por su parte, Google no ha demostrado que las cláusulas generen una eficiencia que pueda justificar sus prácticas.

Consecuencias de la decisión

La Comisión multa a Google con un importe de 1.494.459.000 euros. La multa se ha calculado sobre la base del valor de los ingresos de Google en la intermediación de publicidad en la búsqueda en línea en el EEE de conformidad con las Directrices de la Comisión de 2006 sobre multas.

Google suspendió las prácticas ilegales unos pocos meses después de que la Comisión publicara en julio de 2016 un pliego de cargos relacionado con este asunto. La decisión exige a Google, que como mínimo, ponga fin a su conducta ilegal, en la medida en que aún no lo haya hecho, y se abstenga de tomar cualquier otra medida que tenga un objetivo idéntico o equivalente.

Además, Google también es responsable de las demandas civiles por daños y perjuicios que cualquier persona o empresa afectada por su comportamiento contrario a la competencia pueda interponer ante los tribunales de los Estados miembros.⁷³

⁷³ Comunicado de prensa de la UE (en línea):

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_19_1770

2.3.4 multa a Google en 2019: uso de datos personales

Una cuarta y última multa que destacaremos es la impuesta nuevamente a **Google en 2019** de 50 millones de euros por el uso de datos personales pero esta vez por parte de la Comisión Nacional de Informática y de las Libertades (CNIL).

El uso generalizado de analíticas de datos, brinda grandes oportunidades en la esfera de la aplicación del Derecho. Ahora bien, crece la preocupación por el potencial uso de la información para restringir, en vez de fomentar la competencia, ya que cuando hablamos del “big data”, considerado “el petróleo de la era digital” los riesgos son mayores.⁷⁴

Es en 2018 cuando el Parlamento Europeo aprueba el reglamento europeo de protección de datos que es el marco común de la comunidad europea en lo que respecta a los datos personales. Este define derechos y obligaciones comunes a todos los estados miembros y ciudadanos europeos siendo de aplicación directa. Nace con el objetivo de garantizar y proteger el tratamiento de los datos personales y los derechos fundamentales de las personas físicas.⁷⁵

Pues bien, en relación a Google, la autoridad francesa de protección de datos anunció que Google no informaba claramente a los usuarios sobre el uso de sus datos personales. Por ello, la Comisión Nacional de Informática y Libertades (CNIL) sanciona a Google sobre la base del nuevo reglamento europeo de protección de datos que entra en vigor el 25 de mayo de 2018.⁷⁶

De esta forma el director de la protección de los derechos y de las sanciones de la CNIL, Mathias Moulin declara que no niega que Google informe a los usuarios pero a su vez afirma que la información no es fácilmente accesible y que esta está diseminada en diferentes documentos. En definitiva, afirma que Google no propone una información clara y comprensible.

Tras las quejas colectivas de dos asociaciones de defensa de los derechos de los usuarios de internet en mayo de 2018; asociación francesa Quadrature de Net, y asociación austriaca None of Your Business, la CNIL impuso una sanción de 50 millones de euros a Google por falta de transparencia, información incorrecta y ausencia de consentimiento válido en la publicidad personalizada.⁷⁷

2.3.5 modelo publicitario de Google

⁷⁴ MARCO COLINO, SANDRA. “Los retos del “big data” para el derecho de la competencia” (2019) en línea: https://dictumabogados.com/files/2019/09/doctrina_septiembre_2019.pdf

⁷⁵ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril del 2016 (en línea: Diario Oficial de la Unión Europea). Art. 1-3

⁷⁶ (FRANCIA MULTA A GOOGLE CON 50 MILLONES DE EUROS POR EL USO DE DATOS PERSONALES, 2019)

⁷⁷ (FRANCIA MULTA A GOOGLE CON 50 MILLONES DE EUROS POR EL USO DE DATOS PERSONALES, 2019)

La publicidad en Google es un modelo publicitario que permite insertar anuncios de texto, imágenes y videos en los resultados de Google tras una búsqueda del usuario por palabras clave. Funciona mediante un sistema denominado *Google Ads* (antes conocido como *Google Adword*), que se enmarca en lo que se conoce como SEM (Search Engine Marketing).

El funcionamiento de Google Ads debido a su sencillez, está pensado para que personas sin grandes conocimientos en marketing puedan poner en marcha campañas efectivas de publicidad en internet.

Se trata de elegir una serie de Keywords o palabras clave por parte del anunciante que más atractivas puedan resultar para el público objetivo. Una vez elaborada esta lista de términos, si alguien escribe uno de ellos en el buscador de Google, el anuncio aparece y si el sujeto hace click, el anunciante pagará por ello generando un coste. Como únicamente hay espacio para hasta seis anuncios, el algoritmo de Google elegirá esas seis palabras claves correspondientes a seis anuncios en función de su nota de calidad y apuesta. Finalmente, el usuario hará click en el anuncio convirtiéndose en un cliente potencial.

Este modelo cuenta con varias ventajas citadas a continuación:

1. El anunciante puede acotar las palabras clave así como el perfil del usuario permitiéndole una segmentación precisa del público objetivo.
2. El anunciante solo paga cuando el usuario hace click sobre el anuncio. Es lo que se conoce como pago por click (PPC). Cuanto más atractivo se presente el anuncio, más clics recibirá traduciéndose en un menor coste por click a medio plazo.
3. El alcance de los anuncios suele ser bastante alto.
4. Permite hacer un seguimiento muy detallado de las campañas en tiempo real. Así por ejemplo, permite saber cuáles son los anuncios de mayor alcance, en qué momento son más efectivos o desde dónde se conectan los usuarios que clican sobre nuestros anuncios entre otros

Además, una de las funciones más potentes es que permite hacer remarketing, es decir, un sistema que consiste en la creación de anuncios personalizados para aquellas personas que ya han visitado la pagina web de la empresa o alguno de los contenidos del anunciante. Un claro ejemplo de este sistema de creación de anuncios son los anuncios que se insertan en Youtube antes de que aparezca el

video que queremos ver y que no se puede omitir hasta que trascurren 5 segundos de emisión.⁷⁸

Este modelo publicitario de Google es cuestionado por la Autoridad de la Competencia de Francia que impuso a finales de 2019 una multa de 50 millones de euros a Google por abuso de posición dominante en el sector de publicidad de búsquedas, al considerar “opacas y difíciles de entender” las reglas de su plataforma Google Ads y aplicarlas “de manera injusta y aleatoria”. Google, por su parte, indicó que apelará la decisión.⁷⁹

2.3.6 situación actual de Google

En febrero de este año 2020 comenzó en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de Luxemburgo el primero de los 3 juicios sobre las multas que le impuso Bruselas por abuso de posición dominante a lo largo de los 3 últimos años.

El proceso se centra en la multa que la Comisión Europea impuso a Google en 2017 por la cuantía de 2.420 millones de euros por ofrecer una ventaja ilícita a su servicio Google Shopping frente a otros competidores más pequeños.

La sentencia no se espera hasta principios de 2021, según la compañía estadounidense de asesoría financiera *Bloomberg*, que asegura que en este plazo se prevé que la vicepresidenta de la Comisión Europea para la Competencia, Margrethe Vestager, presente medidas contra los abusos de las grandes tecnológicas.

Por otro lado, portavoces de Google aseguran que la compañía considera que esta multa de la CE es “errónea desde el punto de vista legal, económico y de los hechos”. Además, señalan que sus anuncios han ayudado a los usuarios a encontrar los productos que buscaban con una mayor facilidad, y que han mejorado la calidad y aumentado las opciones para los consumidores. Google buscará evitar esa multa en los tribunales comunitarios aunque, en caso de que lo consiga, todavía tendrá que afrontar otros dos juicios por motivos similares.⁸⁰

2.3.6 duopolio: Facebook y Google

⁷⁸ www.ads.google.com

⁷⁹ EL PAÍS. Economía (véase en línea):

https://elpais.com/economia/2019/12/20/actualidad/1576837463_433648.html

⁸⁰ BUSINESS INSIDER noticia publicada 10 febrero de 2020 véase en línea:

<https://www.businessinsider.es/google-afrenta-primer-juicio-multas-millonarias-ue-578751>

Otro caso que considero de gran relevancia a mencionar es el **duopolio de Facebook y Google** controlando ya porcentajes superiores al 60% de la publicidad online.⁸¹

Existe una gran preocupación por el excesivo poder que tienen Facebook y Google que suman una capitalización bursátil de 930.000 millones de euros, una cifra algo inferior al PIB anual de España.

La pregunta que nos hacemos es : ¿por qué concentran tanto poder en este terreno? la respuesta a esta pregunta tiene que ver con la efectividad de sus anuncios.

En el caso de Facebook, la hipersegmentación a la hora de dirigirse a los usuarios es la clave y lo consigue gracias a la gran cantidad de información con la que cuenta.

Por otro lado, en el caso de Google que también cuenta con una gran cantidad de información sigue la estrategia en sus anuncios de satisfacer una necesidad presente, muestran lo que quieren en el momento justo. Además hay que destacar el sistema de “doble click” que utiliza Google para recopilar datos con fines publicitarios. Este consiste en que el usuario al visitar alguna de las paginas webs activadas por Google cifrados en ocho millones y medio, trasmite una gran cantidad de datos personas sobre su comportamiento y navegación, y de esta forma la información es utilizada por Google para elaborar unos anuncios personalizados satisfaciendo necesidades presentes en el momento en el que el usuario lo demanda.⁸²

La gran preocupación de la que hablábamos respecto al excesivo poder que tienen Facebook y Google, se debe a las consecuencias de controlar mas de la mitad del mercado, siendo estas las siguientes:

- Falta de competencia.
- Desaparición de las agencias de compra de medios al tener acceso a Google y Facebook.
- Falta de información en cuanto a la cantidad de datos que nos recopilan estas dos grandes compañías.

3. POSIBLES SOLUCIONES

⁸¹ MARTÍNEZ, J. “El duopolio de Google y Facebook: controlan ya más del 60% de la publicidad online” EL ESPAÑOL (6 de febrero de 2017)

⁸² MARTÍNEZ, J. “El duopolio de Google y Facebook: controlan ya más del 60% de la publicidad online” EL ESPAÑOL (6 de febrero de 2017)

Estamos ante empresas con un gran poder de influencia contando con una gran cantidad de datos de los consumidores. Esto hace que ejerzan una influencia que va más allá de la cuota de mercado.

Saben los gustos de los consumidores, sus preferencias, localización, o cuánto ganan entre otras haciendo que sus plataformas sean el mercado del nuevo siglo, un espacio en donde actúan como juez y parte en el hace apenas tres décadas, y por lo tanto, muy difícil de controlar con la legislación existente.

La pregunta de como poner coto al imparable crecimiento del grupo GAFa y abuso de este por su posición está en tela de juicio en nuestros días analizando varias posibles soluciones.⁸³

Una primera solución podría ser la de **limitar el número de sectores** en los que los gigantes actúan, es decir, impedir que entren por ejemplo en el mercado financiero o en el transporte.

Endurecer los controles en las fusiones sería otra posible solución que se baraja. Las fusiones de este tipo de empresas hacen que aumenten la cuota de mercado en porcentajes muy altos como ocurre cuando Google compra Youtube, o Facebook compra Instagram y WhatsApp, siendo una absorción de competidores en potencia.

Por último, la posible solución que ha empezado a tener eco es la de **trocear estos gigantes** para defender la competencia en esta nueva era digital.

Esta consistiría en separar alguno de sus negocios en diferentes compañías. Ahora bien, al mismo tiempo esta alternativa conlleva grandes riesgos e incluso podría ser que no se consiguiese el propósito puesto que si se divide el buscador de Google, ¿qué impedirá a la gente que siga usando uno de los nuevos buscadores resultantes?. Se propone incluso mejor la opción de imponer restricciones como ocurrió con el caso de Microsoft en 2001 cuando el tribunal en 2001 determinó la imposición de restricciones como alternativa a ser fragmentada. De esta forma, Microsoft estuvo obligada a ofrecer su buscador o reproductor de video de forma separada y no junto al paquete del sistema operativo Windows como hasta entonces.

En cualquier caso, hace falta una revisión de las leyes ya que las actuales han quedado obsoletas para una era digital en la que vivimos.⁸⁴

4. CONCLUSIÓN

⁸³ GALINDO, C. "¿Hay que trocear los gigantes tecnológicos?" EL PAÍS (6 de octubre de 2019)

⁸⁴ GALINDO, C. "¿Hay que trocear los gigantes tecnológicos?" EL PAÍS (6 de octubre de 2019)

De la investigación plasmada en este trabajo acerca de la competencia desleal centrándonos en las prácticas tan criticadas del grupo GAFA, he extraído una serie de conclusiones que se exponen a continuación:

1. El abuso de posición de dominio constituye una conducta contraria al régimen de la libre competencia, caracterizado por ser un comportamiento unilateral de un agente económico que ostenta una posición de dominio en un mercado relevante. Así, tanto en el derecho español como en el europeo se permite una posición dominante por parte de las empresas. En cambio, lo que sanciona la ley es el abuso de dicha posición dominante.
2. Las protagonistas en esta era digital son de origen estadounidense que han conseguido una posición dominante con altas cuotas de mercado a nivel mundial y en donde las barreras de entrada al sector son muy elevadas. Estas son Google, Amazon, Facebook y Apple, empresas que se conocen con el acrónimo GAFA y cuyo funcionamiento se basa en plataformas que conectan la demanda con la oferta de forma inmediata.
3. Las diferencias culturales, y el hecho de que estas empresas tengan origen estadounidense son dos factores clave para explicar las diferencias en el tratamiento legal. De esta forma, prácticas consideradas abusivas por parte de la Comisión Europea no tienen la misma consideración por las autoridades estadounidenses. Sería pues aconsejable que existiera una armonización a nivel global en materia de competencia a fin de evitar situaciones indeseadas que supongan un freno en la eficiencia de las economías.
4. Las empresas con una posición dominante tienen la responsabilidad de no abusar de esta posición de dominio en el mercado cuyo efecto inmediato es impedir la competencia en el sector y esto último es lo que se critica del grupo GAFA sancionándole la Comisión con cuantiosas e históricas multas entre las que destacamos tres impuestas a Google en 2017, 2018 y 2019 por dar una ventaja ilegal a su servidor Google Shopping, por abusar de la posición de dominio que tiene su sistema operativo Android y por el uso que daba a la plataforma de intermediación de búsqueda de publicidad en línea respectivamente.
5. Uno de los problemas es que son multas no disuasorias para las empresas del grupo GAFA ya que por ejemplo el montante de cada multa con la que se le sanciona a Google por sus actuaciones apenas le afecta puesto que equivale a lo que factura en dos semanas.
6. Estas empresas se aprovechan además de la apertura del mercado en Europa y de las ventajas que le reportan al situarse en países como Irlanda o Luxemburgo basadas en la reducción de impuestos.

7. No resulta sencillo frenar dichas conductas y la razón fundamental la encontramos en una ley anclada a empresas tradicionales del pasado en donde la presente era digital no existía.
8. Las soluciones para frenar estas conductas estan en tela de juicio. No obstante, en mi opinión, la solución más acertada sería la de compartir información con sus rivales para estar en una mayor igualdad, y al mismo tiempo y no por ello menos importante sino al contrario, una revisión de las leyes actualizandolas a la era en que vivimos.

Webs consultadas

<https://www.boe.es/buscar/pdf/2018/BOE-A-2018-16673-consolidado.pdf>

<https://www.xataka.com/moviles/multa-historica-ue-google-android-4-340-millones-euros-abuso-posicion-dominante>

<https://www.expansion.com/economia-digital/companias/2017/09/11/59b6971146163f002a8b4689.html>

<https://www.elmundo.es/economia/empresas/2019/01/21/5c45e159fc6c8305148b4693.html>

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_17_1784

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_18_4581

https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result&policy_area_id=1,2,3

<https://www.businessinsider.es/google-afrenta-primer-juicio-multas-millonarias-ue-578751>

<https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>