



Universidad de Valladolid

Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Comunicación
Grado en Derecho

EL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE: LOS CASOS “GOOGLE”

Autor: David Ríos Valderas

Tutora: Carmen Herrero Suárez

Convocatoria Extraordinaria, 20 de julio de 2021.

RESUMEN

El Derecho de la competencia comienza su consolidación a partir de la Revolución Francesa, momento en el que aparece el concepto de libertad de empresa y que, posteriormente, desembocará en la libertad de competencia al producirse la concurrencia y rivalidad de distintos empresarios en un mismo sector.

A partir de este momento, se hará necesario el control de las conductas llevadas a cabo por estos, evitando así el falseamiento de la competencia, la cual es el objeto por el que vela esta disciplina y que es necesario en el modelo de mercado que se ha ido asentando a lo largo de la historia.

Es evidente que la complejidad de esta rama del derecho reside en que, con el paso del tiempo, las estructuras y la configuración de los mercados cambian, sobre todo con la aparición de los entornos digitales, siendo aquí donde radica la dificultad de su aplicación, que deberá adaptarse al cambio pero manteniendo, como se puede observar en los casos de actualidad analizados, el abuso de la posición de dominio como elemento principal para la determinación de la existencia de una conducta lesiva de la competencia.

Palabras clave: Derecho de la competencia, Unión Europea, abuso, posición dominante, casos Google.

ABSTRACT

Competition law began to consolidate after the French Revolution, when the concept of freedom of enterprise appeared, which later led to freedom of competition, with the concurrence and rivalry of different businessmen in the same sector.

From this moment on, it became necessary to control the conduct of these companies, thus avoiding the distortion of competition, which is the object of this discipline and which is necessary in the market model that has been established throughout history.

It is evident that the complexity of this branch of law lies in the fact that, with the passage of time, the structures and configuration of markets change, especially with the appearance of digital environments, and here lies the difficulty of its application, which must adapt to change, but maintaining, as can be seen in the current cases analyzed, the abuse of

the position of dominance as the main element for determining the existence of conduct which is harmful to competition.

Key words: Competition Law (Antitrust Law), European Union, abuse, dominant position, Google cases.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	6
1. DERECHO DE LA COMPETENCIA	7
1.1. Panorámica	7
1.1.1 <i>La libertad de empresa y el principio de libertad de competencia</i>	<i>7</i>
1.2. Evolución histórica y objetivos de esta disciplina	10
1.3. Marco normativo, conductas prohibidas y su aplicación en	11
1.3.1 <i>Estados Unidos</i>	<i>11</i>
1.3.2 <i>Europa.....</i>	<i>17</i>
1.3.3 <i>España.....</i>	<i>19</i>
2. EL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE.....	21
2.1. Mercado Relevante	22
2.2. Posición dominante y criterios para su determinación	22
2.3. Conductas abusivas	24
3. LOS MERCADOS DIGITALES.....	27
3.1. Definición.....	27
3.2. Características y estructura	27
3.3. La competencia en los mercados digitales	30
3.4. La aplicación del Derecho de la competencia en el entorno digital.....	31
4. LOS CASOS “GOOGLE” EN LA UE	34
4.1. El Caso Google Shopping	34
4.1.1 <i>Introducción</i>	<i>34</i>
4.1.2 <i>La maniobra de Google en relación con su servicio comparativo de compras</i>	<i>34</i>
4.1.3 <i>Vulneración de la normativa antitrust de la UE</i>	<i>36</i>
4.1.4 <i>Resultados de las prácticas ilegales empleadas por Google.....</i>	<i>37</i>
4.1.5 <i>Pruebas reunidas por la Comisión</i>	<i>38</i>
4.1.6. <i>La decisión de la Comisión.....</i>	<i>38</i>
4.2 El caso Google Android.....	40
4.2.1 <i>Introducción</i>	<i>40</i>
4.2.3 <i>Posición de dominio de Google en el mercado de servicios de búsqueda en Internet</i>	<i>41</i>
4.2.4 <i>Vulneración de la normativa antitrust de la UE</i>	<i>43</i>
4.2.5. <i>El resultado de las conductas ilegales de Google.....</i>	<i>46</i>

4.3 El caso <i>AdSense</i>	47
4.3.1 <i>Introducción</i>	47
4.3.3 <i>Violación de la normativa antitrust de la UE</i>	49
4.3.4 <i>Resultados de la decisión de la Comisión</i>	49
5. CONCLUSIONES	51
Bibliografía	54
1. Libros y artículos doctrinales.	54
2. Páginas web	55
3. Jurisprudencia.....	57
4. Legislación.....	58

Abreviaturas

EEE	Espacio Económico Europeo
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TIC	Tecnología de la información y de la comunicación
DOJ	Departamento de Justicia de los Estados Unidos
FTC	Comisión Federal de Comercio
UE	Unión Europea
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
CE	Constitución Española
CE	Comisión Europea

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se va a tratar el abuso de posición dominante como criterio determinante a la hora de tipificar por las autoridades de la competencia si se encuentran ante una conducta que provoca un perjuicio de esta.

Este estudio va a ser enfocado desde la visión del Derecho de la competencia de la Unión europea especialmente, ya que los casos objeto de análisis han sido investigados por las autoridades de la UE y en relación con el EEE.

El planteamiento del trabajo va dirigido a explicar de forma pormenorizada el abuso de posición de dominio y los caracteres de los mercados digitales con la finalidad de obtener una visión que nos permita entender, de forma clara, los casos Google y las distintas prácticas investigadas y que, finalmente, han sido sancionadas.

La estructura del trabajo se divide en cuatro capítulos, los cuales se centran primeramente en aspectos más generales para ir abarcando a lo largo de su desarrollo aspectos más concretos hasta finalizar con el estudio del comportamiento de Google.

En primer lugar, en el Capítulo inicial se abarca el Derecho de la competencia, haciendo un primera referencia al momento en el que surge y qué caracteriza ese periodo, así como una breve explicación de su evolución histórica, de los objetivos que persigue y de la normativa antitrust de Estados Unidos, de la Unión Europea y de España ofreciendo de esta forma una visión tripartita tanto de las conductas prohibidas tipificadas como de su aplicación.

En el Capítulo segundo, se estudia el abuso de la posición dominante como ilícito anticompetitivo y, dentro de este, los aspectos que hay que tener en cuenta, como son: el mercado relevante, es decir, el mercado concreto de actuación de las empresas en cuestión; la posición de dominio que las empresas deben ostentar, así como los distintos criterios que habitualmente se emplean para su determinación; y por último se expone un listado de las conductas abusivas.

En el Capítulo tercero, se analizarán los mercados del entorno digital, lo que es de vital importancia a la hora de tratar los casos Google, dado que no son las mismas características que revestían los mercados tradicionales que las de los actuales en lo que intervienen las TIC.

Para ello, delimitaremos qué son los mercados digitales, cuáles son sus características y la estructura que presentan, cómo es la competencia presente en los mismos y, por último, la aplicación del Derecho de la competencia en estos mercados.

En el capítulo cuarto se analizarán los tres casos Google investigados y sancionados por la Comisión Europea con multas millonarias, determinando los motivos por los que la CE entiende que se trata de prácticas anticompetitivas.

En el capítulo quinto, con el que se pone fin al trabajo, expondré mis propias conclusiones que he ido extrayendo de los diferentes apartados desglosados con anterioridad y que, a mi juicio, supone la parte más importante, ya que no existen dos visiones iguales de un mismo objeto.

1. DERECHO DE LA COMPETENCIA

1.1. Panorámica

1.1.1 La libertad de empresa y el principio de libertad de competencia

El Derecho de la competencia, como rama del ordenamiento jurídico encargada de regular el comercio y velar por la competencia en el mismo, tiene un principio rector que es el de “libertad de competencia” y que merece la pena ser estudiado.

En su evolución y hasta su configuración actual se pueden distinguir dos momentos clave:

Un primer momento que puede ser considerado como la etapa que tiene lugar hasta que se produce la Revolución Francesa y en la que aquellos individuos que quisieran llevar a cabo cualquier tipo de actividad económica debían contar con la autorización previa del rey o de las corporaciones profesionales, también conocidas comúnmente como gremios de trabajadores.

Un segundo momento en el que esta sistemática cambia teniendo lugar a partir de la Revolución Francesa y en el que, fruto de la aparición de una concepción liberal, se instaura el principio de libertad de empresa o de libre iniciativa económica, es decir, de libre acceso al desempeño de cualquier profesión por todos los ciudadanos. Esta ideología de libertad de acceso, se entiende como aquella en la que todos los ciudadanos poseen igualdad ante la ley

y libertad para determinar las condiciones del ejercicio de la profesión que deseen desempeñar.

Más tarde, este enfoque liberal desembocará en la posibilidad de concurrencia y competitividad de los empresarios que actúan dentro de un mismo campo y que supondrá el surgimiento del denominado principio de libertad de competencia.

Con todo lo expuesto, es visible que dentro de un sistema económico de mercado como es el actual, podemos distinguir estas dos nociones, la libertad de empresa y, derivada de esta, la libre competencia.

Una vez vista su evolución, conviene explicar en qué consiste este principio incidiendo en varios aspectos.

En la UE existe un sistema denominado de “economía de mercado”¹, siendo este aquel sistema económico donde las decisiones fundamentales de qué, cómo y para quién producir se resuelven por medio del mercado. Poniendo en relación dicho sistema con la libertad de competencia, esta supone uno de sus pilares fundamentales y será el Estado quien deba hacer posible un marco jurídico que haga viable tanto la libertad de competencia como la libre iniciativa de las empresas.

No obstante, en la práctica este sistema no se trata de algo puro y, por ello, se le suele denominar “sistema de economía social de mercado”², siendo aquel en el que además de perseguirse dicha libertad de la iniciativa privada, se permite en cierta medida la intromisión del Estado con el objetivo de que este asegure el bienestar de la población, permitiendo que todos los ciudadanos puedan acceder a una mínima calidad de vida mediante la corrección de los denominados fallos de mercado.

En lo que respecta a los presupuestos sobre los que se asienta dicho sistema podemos diferenciar cuatro:

- El reconocimiento de la propiedad privada.
- La libre circulación e inversión de capital.

¹ SEVILLA, A.: “Economía de mercado” [en línea], disponible en <<https://economipedia.com/definiciones/economia-de-mercado.html>>. [Consulta: 3 may 2021].

² WESTREICHER, G.: “Economía social de mercado” [en línea], disponible en <<https://economipedia.com/definiciones/economia-social-de-mercado.html>>. [Consulta: 5 may 2021].

- El lucro económico.
- La posibilidad de intromisión del Estado en la planificación de la actividad económica³.

En relación con el último de los presupuestos, en la actualidad se ve aminorado dando lugar al fenómeno que se conoce como “desregulación” y que se plasma, por ejemplo, en la privatización de empresas públicas.

Finalmente, para comprender mejor la libertad de competencia es preciso desarrollar lo que supone la “competencia económica”. Si observamos el entendimiento de este término por los economistas clásicos, quienes lo conciben como una situación perfecta en la que los precios son el resultado de la relación existente entre oferta y demanda, no pudiendo influir las empresas en ellos y en el que el consumidor es el responsable de esa fijación de los precios, se puede ver que difiere mucho de la realidad práctica en la que un mecanismo perfecto es imposible, máxime en la economía moderna donde el mercado suele presentar una situación de monopolio u oligopolio.

Por ello, los economistas han sustituido esta noción de competencia perfecta por la noción de competencia operativa o practicable.

Esta competencia, aunque distinta a la teórica, está presente y supone un bien jurídico protegido y, por ende, objeto de regulación, ya que genera multitud de beneficios como pueden ser la existencia de precios competitivos o una mejora de la calidad de los bienes y servicios. Por todo esto, se convierte en un objetivo cuya preservación es necesaria, tanto en el ámbito de la Unión Europea, como en el ámbito nacional, cuestión que abordaremos con posterioridad⁴.

³ BROSETA PONT, M., MARTÍNEZ SANZ, F., “Derecho de la competencia: defensa de la competencia”, *Manual de Derecho Mercantil* (Volumen I), Madrid; Tecnos, 2020, p. 166.

⁴ BROSETA PONT, M., MARTÍNEZ SANZ, F., “Derecho de la competencia: defensa de la competencia”, *Manual de Derecho Mercantil* (Volumen I), Madrid; Tecnos, 2020, pp. 167-168.

1.2. Evolución histórica y objetivos de esta disciplina

Fruto de la situación mencionada con anterioridad, aquella en la hay una competencia económica en el mercado, comienzan a producirse actos dirigidos a excluir del mismo a terceros, a restringir o falsear la competencia, así como de abuso de la clientela.

Los primeros conflictos de este tipo aparecen a comienzos del siglo XIX y, en un primer momento, serán combatidos mediante la responsabilidad civil extracontractual o también denominada aquiliana, siendo Francia mediante su código civil uno de los países que puso este tipo de solución en práctica. Pero pronto surgirá la necesidad de disponer de una regulación específica que dé cobertura a la nueva situación existente.

Más tarde, será Alemania en 1886 cuando promulgue la denominada “Unlautere Wettbewerbsgesetz”, una ley específica reguladora de la competencia desleal.

Estas primeras prácticas de competencia desleal aparecieron, sobre todo, en relación con las marcas y signos distintivos, o en otros derechos de propiedad intelectual o industrial.

Ya avanzado el siglo XIX, aparece, por tanto, la propiedad industrial y la competencia desleal sustituyendo la responsabilidad civil anterior.

En el caso de España, estos dos aspectos se regulan por primera vez en la ley de 16 de mayo de 1902 que será sustituida por el Estatuto de la Propiedad Industrial aprobado por el Real Decreto-Ley, de 26 de julio de 1929⁵.

El principal objetivo del Derecho de la competencia es lograr un funcionamiento eficiente de la economía de mercado. En el caso concreto de la Unión Europea, el Derecho antitrust y la competencia desleal persiguen, además, el libre comercio entre los estados miembros sin falseamiento de la competencia, es decir, buscan la eficiencia del mercado único.

Es importante destacar que el objetivo actual es muy distinto al perseguido en el siglo XIX, donde se buscaba la protección del empresario, y aquí radica la diferencia, ya que en la actualidad se pretende proteger a empresario y consumidores mediante un sistema competitivo basado en el interés general.

⁵ CASCÓN, F., ”Introducción al derecho de la competencia, (principios, funciones y alcance)”, *Manual práctico de Derecho de la competencia*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2017, pp. 26-27.

Será, por tanto, en este contexto de asignación eficiente de recursos económicos donde el análisis económico del derecho adquiera vital importancia, tanto para las autoridades de defensa de la competencia, como para jueces y tribunales.

Una vez superado el objetivo que proponían los economistas liberales como Adam Smith, se entiende que lo que el Derecho de la competencia persigue es la preservación de la competencia funcional o practicable y, para ello, habrá que prevenir y reprimir aquellas conductas que tiendan a eliminar, restringir o falsear la libre competencia. Este mantenimiento de la competencia funcional se llevará a cabo incentivando a las empresas a actuar de forma competitiva, mediante las prácticas de mercado y de la regulación existente, e intentando que entren al mercado aquellas empresas más competitivas y eficientes.

Por tanto, se pretenderá, por la política y el Derecho de la competencia, incrementar la oferta de bienes y servicios, lo que supone, a su vez, una disminución de los precios, al introducir nuevos agentes en el mercado, pero también se busca la innovación, lo que se conseguirá mediante la previsión en el ordenamiento de derechos de propiedad intelectual e industrial.

Todos estos objetivos se cumplirán, no solo mediante el derecho de defensa de la competencia, sino también mediante el derecho de competencia desleal y los distintos derechos de propiedad industrial e intelectual⁶.

1.3. Marco normativo, conductas prohibidas y su aplicación en

En relación con el marco normativo relativo al Derecho de la competencia se va a partir desde la perspectiva o visión de Estados Unidos y de Europa, incluyendo una breve referencia a su regulación en España.

1.3.1 Estados Unidos

Es indudable el papel que ocupa el Derecho de la competencia estadounidense, o también denominado Derecho antitrust, debiéndose a dos aspectos fundamentales: en primer lugar, que fue pionero en lo que se refiere a la regulación de esta materia, aprobando textos normativos ya desde finales del siglo XIX y, en segundo lugar, a la importancia que tiene en la aplicación actual la normativa antitrust. Dicha importancia se debe en gran medida

CASCÓN, F., "Introducción al derecho de la competencia, (principios, funciones y alcance)", *Manual práctico de Derecho de la competencia*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2017, pp. 32-35.

a su variada casuística y su evolución pareja a los distintas situaciones sociales, económicas o concepciones políticas vigentes.

En lo que se refiere a su normativa, esta se puede dividir en dos grupos de normas bien diferenciados y que son propios de un país cuya organización política se articula conforme a la división propia de un estado federal.

Estos serían, por un lado, la normativa federal, cuya aplicación se circunscribe a las conductas susceptibles de afectar al comercio interestatal, y, por otro lado, las normas propias de cada estado, aplicables dentro de cada uno de ellos.

La normativa antitrust federal, la que se refiere al primer grupo mencionado con anterioridad como normativa federal, se compone de tres elementos principales: la Sherman Act (1890), la Clayton Act (1914) y la Federal Trade Commission Act (1914).

La primera, fue aprobada a finales del siglo XX durante la presidencia de Benjamin Harrison buscando evitar los trust⁷ y su consecuente concentración del poder económico. Esta norma, principalmente, prohíbe dos conductas en sus secciones primera y segunda respectivamente como son los acuerdos entre empresas que sean restrictivos del comercio y los actos de monopolización o intento de la misma.

La ley Sherman presentó problemas de ambigüedad en lo que se refiere a sus preceptos y a su aplicación, basada en la denominada “rule of reason” o regla de la razón, que como su nombre indica supone la aplicación de dicha ley a aquellos monopolios que no fueran razonables.

Como respuesta a esta problemática, se aprueba durante la presidencia de Woodrow Wilson la Clayton Act y la Federal Trade Commission Act.

La primera recoge prohibiciones más específicas, incluyendo algunas como pueden ser la prohibición de los consejos de administración imbricados en la sección octava, los acuerdos de compra en exclusiva y los contratos vinculados en la sección tercera, el establecimiento de políticas de precios discriminatorios en la sección segunda y la adquisición de acciones de empresas competidoras en la sección séptima.

⁷ “Trust”: se trata de un término que procede del inglés y que en castellano significa confianza. Este término se utilizar dentro del ámbito empresarial para nombrar al conjunto de compañías que optan por unirse para dominar un mercado. El primer ejemplo de adopción de dicha forma de agrupación fue la Standard Oil Trust fundada en 1882.

La segunda crea una institución administrativa como es la Comisión Federal de Comercio que tiene asignadas competencias en materia de protección de consumidores, así como la prevención de métodos de competencia injustos o desleales.

Con posterioridad, se aprueba posiblemente la norma antitrust más polémica como es la Robinson Patman Act, que incluye como prohibición los precios discriminatorios. Si bien el objeto de esta última norma no era la tutela de la competencia si no la protección del pequeño comerciante frente a las grandes superficies comerciales.

Por último, cabe mencionar la Celler Kefauver Ammedmet Act de 1950 por la que se modifica la sección séptima de la Clayton Act, proporcionando un mayor control de las concentraciones empresariales⁸.

No obstante, a pesar de lograr una mayor especificación de las conductas prohibidas de forma sucesiva, los jueces han tenido que desarrollar una gran labor de interpretación teniendo en consideración otra regla como es la “per se rule”, la cual entiende que un acto es ilegal de forma intrínseca⁹.

Dentro de la normativa estadounidense expuesta, podemos diferenciar tres bloques de conductas prohibidas como son:

- Acuerdos restrictivos del comercio:

En este bloque de conductas se encuentran aquellos acuerdos o pactos entre empresarios que sean propicios para producir daños o lesiones en el comercio. Aquí cabría mencionar tanto la sección primera de la Sherman Act, ya que es la que prohíbe con carácter general las conspiraciones de origen empresarial que sean restrictivas de la competencia, como la Clayton Act, que prevé de un modo específico la sanción de una serie de acuerdos como pueden ser las políticas de precios discriminatorias, los acuerdos de compra o suministro exclusivo y los contratos vinculados.

Este tipo de acuerdos pueden ser de dos tipos en función de la relación existente entre las empresas. Por un lado, se encuentran los horizontales, es decir, aquellos que se dan entre empresas situadas en la misma fase o escalón dentro del proceso de producción o de

⁸MIRANDA A., “Historia del Derecho de la competencia, orígenes y evolución en Estados Unidos, la Unión Europea y América Latina”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm 3, 2007, pp. 172-244.

⁹HERRERO SUÁREZ, C., “Derecho de la competencia estadounidense”, *Diccionario de Derecho de la Competencia*, Iustel, 2006, pp. 1-2.

distribución de los bienes y, por otro, los verticales, aquellos en los que las empresas partícipes se encuentran en fases distintas.

La prohibición de los acuerdos, en principio, se extiende a ambos tipos, aunque se pone de relieve que existe un trato más riguroso en los del primer tipo, aquellos en los que las empresas son competidoras entre sí. De forma contraria en los segundos, es decir, los verticales, se puede observar que, aunque con anterioridad a los años setenta eran objeto de prohibición férrea, con posterioridad las autoridades de la competencia pasan a evaluar estas conductas conforme a la “rule of reason”, lo que supone una aminoración en lo que al carácter tan estricto de la prohibición se refiere.

Es importante saber que únicamente no entrarán dentro de esta nueva situación de valoración de las conductas, aquellas que supongan la fijación de precios mínimos de reventa, las cuales seguirán la regla de prohibición per se¹⁰.

- Monopolización de mercados:

Este segundo bloque de conductas prohibidas está presente en la sección segunda de la Sherman Act, la cual prohíbe tanto la monopolización en sí misma como los intentos o conspiraciones de monopolización de los mercados.

Hay que comprender la monopolización no del modo que se entendería atendiendo a la redacción literal ya que, de este modo, consideraríamos prohibido el poder de mercado como tal, cuando lo que se prohíbe realmente, es el empleo de conductas anticompetitivas por parte de una empresa que tiene por objeto mantener o reforzar esa posición de dominio preexistente.

En relación con esto, la Corte Suprema concreta que existen dos elementos integradores de las conductas de monopolización, siendo, el primero, la existencia de una posición de poder en un mercado relevante y, el segundo, el mantenimiento o refuerzo de dicho poder, debiendo distinguirse dicho refuerzo mencionado del éxito como consecuencia de un producto superior o de una mayor eficiencia.

No obstante, cuando se trate de un mero intento de monopolización se podrá sancionar cuando exista esa intención de monopolizar y, además, se lleve a cabo una

¹⁰ HERRERO SUÁREZ, C., “Derecho de la competencia estadounidense”, *Diccionario de Derecho de la Competencia*, Iustel, 2006, pp. 3-4.

conducta anticompetitiva con una gran probabilidad de éxito de cara a la obtención de una nueva posición de poder en un segundo mercado.

- Control de la concentración empresarial:

Este tercer y último bloque de conductas prohibidas, se recoge en la sección séptima de la Clayton Act, prohibiéndose las operaciones de fusión o adquisición de control, o de activos, que supongan una lesión sustantiva de la competencia en un mercado definido. En 1976 para combatir dichas prácticas se hace obligatoria la notificación previa por parte de las empresas ante la Federal Trade Commission o la División Antitrust, estableciéndose un determinado umbral de negocio para que sea necesario dicho requisito. Esta novedad, será introducida mediante la Hart-Scott-Rodino Improvements Act.

En 1976 para combatir dichas prácticas se hace obligatoria la notificación previa por parte de las empresas ante la Federal Trade Commission o la División Antitrust, estableciéndose un determinado umbral de negocio para que sea necesario dicho requisito. Esta novedad será introducida mediante la Hart-Scott-Rodino Improvements Act.

Las autoridades de la competencia estadounidenses para determinar desde un punto de vista geográfico y material el mercado en cuestión, examinarán mediante el “small but significant and non transitory increase in prices” SSNIP-test tanto las condiciones de la demanda como de la oferta.

Con posterioridad a este primer paso, se buscará determinar la estructura competitiva de dicho mercado delimitado y la posición en este de las empresas que conforman la operación proyectada.

Lo que verdaderamente preocupa a las autoridades de la competencia estadounidenses serán las concentraciones horizontales, las cuales para determinar el impacto anticompetitivo tienen en cuenta las cuotas de mercado absolutas y relativas, el grado de concentración de los mercados implicados y las eventuales barreras de ingreso o salida de los mercados¹¹.

¹¹ HERRERO SUÁREZ, C., “Derecho de la competencia estadounidense”, *Diccionario de Derecho de la Competencia*, Iustel, 2006, pp. 4-5.

Antes de llegar a una conclusión sobre la competitividad de la operación y, por ende, su prohibición, habrá que descartar la existencia de beneficios en favor de la competencia y que permitan compensar las eventuales restricciones de la misma¹².

La aplicación del derecho antitrust en Estados Unidos:

En lo que se refiere a la normativa antitrust federal son dos los órganos gubernamentales competentes para su aplicación, el Ministerio de Justicia (Department of Justice) por medio de su División Antitrust y, por otro lado, la Comisión Federal de Comercio.

Además, se prevé la posibilidad de que pueda ser aplicada tanto por el gobierno, mediante estos dos órganos, como por los sujetos privados que hayan sufrido daños de carácter patrimonial derivados de un ilícito competitivo.

En relación con el Departamento de Justicia de los Estados Unidos (DOJ), que como se ha dicho parte del poder ejecutivo, le compete la aplicación de la Sherman Act y la Clayton Act. Esta labor se atribuye, a su vez, a los tribunales federales de justicia, quienes se encargarán de la instrucción y la resolución. Es importante distinguir las acciones que pueden ejercitarse en función de si se aplica una u otra ley. En el caso de la Sherman Act, el Ministerio puede adoptar medidas civiles, como sería la finalización de la conducta, o penales, como pueden ser multas o penas de prisión en los casos más graves. Mientras que la aplicación de la Clayton Act solo puede hacerse en ejercicio de acciones de carácter civil.

La FTC es una agencia o comisión de carácter regulatorio e independiente, cuya competencia se circunscribe a la aplicación de la Clayton Act y la Federal Trade Commission Act mediante procedimientos administrativos propios.

Se puede observar una gran coincidencia en las competencias de ambos, por ello se ha intentado aproximar las políticas de interpretación y aplicación de ambos órganos.

Esto se ha plasmado en la adopción de directrices conjuntas en ámbitos como las concentraciones horizontales, los acuerdos verticales o los acuerdos de transferencia de

¹² HERRERO SUÁREZ, C., “Derecho de la competencia estadounidense”, *Diccionario de Derecho de la Competencia*, Iustel, 2006, p. 6.

tecnología¹³. No obstante, de forma excepcional, uno de ellos podrá investigar un asunto cuando el otro haya cesado en su examen¹⁴.

1.3.2 Europa

Dentro de la normativa europea su precepto fundamental es el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de 1957, en concreto, sus artículos 85 y 86 donde se regula tanto la prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia como la explotación abusiva de las posiciones de dominio en el mercado en cuestión.

Estos artículos en su inclusión como artículos 101 y 102 del actual Tratado de Funcionamiento de la UE han permanecido inalterados y suponen la fuente primaria del Derecho de la Competencia en Europa.

Por tanto, el sistema de derecho de la Competencia europeo contempla dos tipos de conductas, por un lado, aquellas que están prohibidas y que tienden a evitar la proliferación de prácticas colusorias, así como abusos de la posición dominante dentro del mercado y, por otro lado, las conductas de control, que no son tan rigurosas como las anteriores y que están dirigidas a regular las concentraciones de empresas y las ayudas públicas.

A la hora de interpretar los preceptos que recogen estas cuestiones, se ha puesto de relieve la gran dificultad que supone no solo su interpretación sino también su aplicación. Por ambas cuestiones, la Comisión Europea ha tenido que llevar a cabo diversas comunicaciones para facilitar la interpretación y la aplicación de los preceptos de la normativa europea a los órganos jurisdiccionales, procurando la cooperación entre estos¹⁵.

Vamos a profundizar en cuáles son este tipo de conductas prohibidas:

- Las conductas colusorias:

Estas se encuentran descritas en el párrafo primero del art. 101 del Tratado de Funcionamientos de la Unión Europea y se entiende que son aquellas que provocan una restricción del libre funcionamiento del mercado, prohibiéndose por ello los acuerdos,

¹³HERRERO SUÁREZ, C., “Derecho de la competencia estadounidense”, *Diccionario de Derecho de la Competencia*, Iustel, 2006, p. 7.

¹⁴ Claro ejemplo de dicha posibilidad fue el caso Microsoft que primeramente fue investigado por la FTC y posteriormente por el DOJ.

¹⁵TORRE, M.V., “Consideraciones previas sobre el marco jurídico material. El mercado y los intereses en juego”, *La aplicación del derecho de la Competencia en Europa: intereses en juego y vías de tutela*, Navarra. Aranzadi, 2014 pp. 65-68.

decisiones o prácticas de carácter concertado que tengan por objeto el control o la limitación de la producción, del mercado, de las inversiones y desarrollos técnicos, del reparto de mercados o de las fuentes de abastecimiento, de la aplicación a terceros contratantes de condiciones desiguales por prestaciones o servicios equivalentes y, por último, de la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones que son complementarias y que no guardan relación con el objeto del mismo.

Con respecto a estas conductas, hay que precisar que no es necesario que exista entre varias empresas un convenio como tal, sino que basta con que se pueda probar la existencia de una voluntad por parte de estas, de querer actuar de forma común, comportándose en el mercado con miras a lograr dicho fin de carácter restrictivo¹⁶.

Además, dicha prohibición de tales conductas no es absoluta y admite determinadas excepciones.

Es importante el cambio que se produce a partir del Reglamento 1/2003 de la Comisión Europea en relación con dichas conductas o prácticas ya que con anterioridad al mismo se requería la valoración de la concurrencia de los requisitos necesarios por la Comisión y con posterioridad a este, únicamente se viene exigiendo que se reúnan los requisitos previstos en el artículo 101 en su párrafo tercero, siendo las empresas quien lleven a cabo la valoración de su concurrencia.

- Abuso de posición de dominio:

Los abusos de la posición de dominio se encuentran prohibidos en el artículo 102 del TFUE y son aquellos en los que, a través de una actuación unilateral de una o varias empresas que ostentan una posición de dominio en el mercado, limitan de forma prohibida la competencia. Si bien hay que aclarar que lo que se prohíbe no es la posición de dominio en sí, sino el abuso de dicha posición. A diferencia de las anteriores conductas, estas no admiten absolutamente ninguna excepción.

¹⁶ Dicha conclusión en relación con la mera voluntad ha sido aclarada por el Tribunal General de la UE en el conocido asunto Bavaria c. Comisión Europea.

Este apartado se desarrollará mucho más exhaustivamente con posterioridad cuando veamos el abuso de la posición dominante en Estados Unidos y en Europa en relación ya con los distintos casos Google¹⁷.

Además del artículo tan relevante mencionado con anterioridad, hay que tener en cuenta otros instrumentos como pueden ser los dictámenes y recomendaciones del Consejo, así como los informes, estudios y comunicaciones de la Comisión, a pesar de ser estos no vinculantes.

Debido a que la Comisión no cuenta con poder legislativo propio dentro del ámbito del derecho de la competencia suele actuar mediante la atribución de poderes al Consejo, conforme a la habilitación para ello prevista en el artículo 171 del TFUE. Además, la Comisión llevara a cabo comunicaciones, decisiones, boletines informativos o newsletter y documentos de trabajo, todo ello dirigido a que se valoren sus propuestas y siendo esta forma de actuación uno de los ejes del Derecho de la competencia europeo.

Dentro de la jurisprudencia comunitaria, cabe mencionar las aportaciones ofrecidas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y sus interpretaciones, que también han supuesto un papel importante dentro de esta materia¹⁸.

1.3.3 España

En nuestro país, podemos decir que la plasmación del Derecho de la competencia en un texto normativo se produjo en 1963 con la promulgación de la Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia, que supuso la creación del Tribunal de Defensa de la Competencia, así como la inclusión en el ordenamiento español de los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma.

Tras esta primera aproximación a la defensa de la competencia del mercado español, se produjeron dos cambios en este ámbito. El primero tuvo lugar con la promulgación de la CE de 1978, lo que supuso una mayor institucionalización del anterior tribunal mencionado, pasando a ser un órgano administrativo dependiente del actual Ministerio de Economía. Al

¹⁷TORRE , M.V., “Consideraciones previas sobre el marco jurídico material. El mercado y los intereses en juego”, *La aplicación del derecho de la Competencia en Europa: intereses en juego y vías de tutela*, Navarra. Aranzadi, 2014 pp. 68-72.

¹⁸ TORRE , M.V., “Consideraciones previas sobre el marco jurídico material. El mercado y los intereses en juego”, *La aplicación del derecho de la Competencia en Europa: intereses en juego y vías de tutela*, Navarra. Aranzadi, 2014 pp. 72-75.

mismo tiempo se reconoce en España la libertad de empresa que como sabemos es la base o pilar del Derecho de la competencia. El segundo cambio en la materia tuvo lugar con la adhesión de España a la Comunidad Europea en 1986, lo que, como es lógico, supuso la aplicación directa del Tratado de Roma y la necesidad de adecuación del ordenamiento español, así como su aplicación a la normativa y procedimientos comunitarios¹⁹.

Fruto de dicha necesidad, tiene lugar en 1989 la promulgación de una ley cuya reforma de 2007 será nuestra actual ley vigente, como es la Ley de Defensa de la Competencia, la cual fija el sistema de defensa de la competencia que en la actualidad mantiene sus aspectos fundamentales.

En el capítulo primero, dentro del título primero de esta ley, se recoge el régimen de autorizaciones y de sanciones para el caso de que se cometa alguna de las infracciones previstas en relación con el ejercicio abusivo del poder económico y las conductas unilaterales que, mediante prácticas desleales, puedan suponer un falseamiento de la competencia.

En el Capítulo segundo de este mismo título, se recoge tanto la prohibición de las concentraciones empresariales como el establecimiento de un control de dichas operaciones.

Para terminar esta parte sustantiva de la ley, hay que decir que en el capítulo tercero de este título se recoge la regulación de las ayudas públicas otorgadas a las empresas, ya que estas también pueden suponer un falseamiento de la libre competencia de las empresas en el mercado.

También en su redacción podemos observar que, al margen de la continuación del Tribunal de Defensa de la Competencia ahora bajo el nombre de la Comisión Nacional de Mercado y la Competencia, se añade o se completa con el Servicio de Defensa de la Competencia.

¹⁹ ORTIZ BLANCO, L., *Manual Derecho de la competencia*, Tecnos, Madrid, 2008

2. EL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

Este apartado ya ha sido mencionado con anterioridad dentro de las conductas prohibidas de la normativa europea, siendo este el marco donde se va a desarrollar este concepto puesto que los diferentes casos Google, que se van a tratar en la última parte del trabajo, son estudiados y resueltos por la Comisión Europea y, por consiguiente, dentro del ámbito y en aplicación de la legislación de Europa.

En este ámbito resulta de aplicación el actual artículo 102 del TFUE que establece:

“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 dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo.”

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

- a) Imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;
- b) Limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;
- c) Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- d) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

Con respecto al ámbito de aplicación, aunque ya se ha hecho referencia, es importante determinar que para que pueda ser de aplicación la normativa europea es necesario que el supuesto abuso de posición dominante afecte a la relación comercial existente entre los Estados miembros de la UE ya que, si solo afectara a un único Estado, en todo o en parte, sería de aplicación la legislación nacional. En nuestro caso resultaría aplicable el art. 6 de la ley de Defensa de la Competencia.

2.1. Mercado Relevante

La posición de dominio de una empresa tiene que serlo en atención a un mercado determinado. Para la determinación de dicho mercado hemos de acudir a la jurisprudencia de TJUE y a lo establecido por la Comisión, ya que ambas señalan que el mercado de producto de referencia será aquel que comprenda la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren sustituibles o intercambiables atendiendo a sus características, su precio o el uso que se pretenda dar a estos.

Además, esto ha de ponerse en relación con un marco geográfico concreto, el cual comprendería el área en el que operan las empresas en cuestión, llevando a cabo actividades de prestación de servicios de referencia o de suministro de productos, siendo las condiciones de competencia en esta zona lo suficientemente homogéneas y que se pueden distinguir claramente de las de otras zonas geográficas²⁰.

2.2. Posición dominante y criterios para su determinación

Dentro de la UE, en concreto de las Decisiones de la Comisión y de las sentencias del TJUE, podemos extraer que se concibe el término posición dominante como aquella situación en la que una empresa ostenta una posición de poder económico, la cual permite a la misma evitar la existencia de una competencia efectiva en el mercado en cuestión, ya que le permite en gran parte actuar dentro de este sin tener en cuenta a sus competidores, suministradores y en último lugar a los consumidores²¹.

En relación con esta situación mencionada, es de vital importancia atender al aspecto temporal, es decir, que el disfrute de la posición de dominio mencionada no puede ser esporádico o circunstancial, sino que tiene que proseguir en el tiempo para poder considerarse como dicha situación.

Por último, no hay que olvidar que del artículo 102 del TFUE podemos extraer que dicha posición dominante podrá ser ejercida por una o varias empresas, siendo denominada en este segundo caso posición dominante colectiva o conjunta. Por tanto, esta situación, podrá ser compartida entre varias empresas, cuando no haya competencia efectiva en la

²⁰ SÁNCHEZ , F. Y SÁNCHEZ , J., “La regulación de la competencia. La defensa se la competencia”, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Navarra: Aranzadi, 2013, pp. 192-193.

²¹ Esta concepción del término posición dominante fue definida en el célebre caso United Brands (sentencia del TJCE de 14/02/78, asunto 27/76).

oferta o demanda de un producto o servicio, representando ambas la totalidad de dicha oferta o demanda²².

Para la determinación de la existencia de una posición de dominio se han utilizado diversos criterios, siendo el más importante aquel relativo a la cuota de mercado, que consiste en determinar dicha cuota mediante la operación de dividir las ventas totales de un producto o industria entre las ventas de una determinada empresa durante el mismo periodo de tiempo²³.

El TJCE entiende que las cuotas elevadas de mercado pueden por sí mismas ser una prueba fehaciente de la existencia de una posición de dominio. De hecho, en cuanto a estos porcentajes de cuota de mercado, se ha fijado en el caso Hoffman-La Roche²⁴ la existencia de un 80% y en el caso AZKO un 50%.

El TJCE ha establecido que cuando dicha cuota de mercado, es decir en el segundo ejemplo, se encuentre entre un 40% y un 50 % habrá que tener en cuenta la estructura de mercado, entendida esta como el número de empresas competidoras existentes y el tamaño de estas.

Otros criterios complementarios serían los siguientes:

- La existencia de barreras de entrada, ya sean estas el resultado de medidas legislativas, del propio funcionamiento del mercado o de la propia conducta de los operadores económicos.

- La capacidad para elevar los precios en una esfera no competitiva o la capacidad para lograr mantener los precios y el volumen de ventas en un mercado a la baja.

- La capacidad financiera, recursos técnicos, ventaja tecnológica y “Know-how”²⁵ único en el mercado.

²²FONT GALÁN J.I. Y SERRANO L.M., *Estudios de Derecho de la competencia*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005, p. 472.

²³ FERNÁNDEZ, C., “Cuota de mercado y poder de mercado”, *El Abuso de la Posición de Dominio*, dirigido por MARTÍNEZ LAGE, S., PETITBÓ JUAN, A., Madrid: Marcial Pons, 2006 pp. 61-74.

²⁴ Sentencia del TJCE del 13 de febrero de 1979, asunto 85/76, Hoffman-La Roche & Co.AG.c Comisión.

²⁵ Con este término se alude en el comercio internacional al conjunto de conocimientos técnicos e información secreta de las estrategias de las empresas, datos privados de clientes y proveedores etc. Este conjunto de conocimientos se suele transmitir en los contratos de franquicia.

- La capacidad para expulsar a las empresas competidoras del mercado²⁶.

2.3. Conductas abusivas

Existe la discusión acerca de si el abuso de la posición dominante tiene que valorarse desde un punto de vista objetivo, lo que supondría centrarse únicamente en el hecho de la realización de una determinada conducta, o, por el contrario, si debe realizarse dicha valoración partiendo, no solo desde un punto de vista objetivo, sino además de la existencia de un elemento subjetivo que le acompañe y que atendería a la intención de eliminar o apartar a otra empresa competidora.

Pero en rasgos generales, se ha llegado a la conclusión de que bastará con la existencia del elemento objetivo, es decir de lo que se ha expuesto con anterioridad, como será la existencia de una empresa o grupo de ellas que disfrutan de una posición dominante en un mercado relevante y que realizan cualquiera de las conductas o actos que la ley recoge como abusivas que, por ende, están prohibidas por ser contrarias al Derecho de la competencia.

Siguiendo esta línea que entiende el abuso de posición dominante como un término de carácter objetivo, el TJUE ha establecido en el caso Hoffman-La Roche²⁷ que efectivamente este es de dicho carácter, consagrándose como la conducta de una empresa que está en posición de dominio y que por medio del cual llega a influenciar la estructura del mercado a través de su propia presencia, debilitando el grado de competencia o que, mediante el uso distinto de las prácticas que configuran la competencia normal en las transacciones de bienes o servicio, provoca la amenaza del mantenimiento del nivel de competencia existente en el mercado o el incremento de la misma.

A pesar de este entendimiento, las conductas abusivas son una cuestión de hecho que ha de analizarse en los casos concretos.

Dentro del Derecho de la competencia no existe una lista que precise con exactitud las prácticas o conductas que constituyen un abuso de la posición de dominio en el mercado. No obstante, en la actualidad, debido a la proliferación de los mercados digitales algunos autores han incluido nuevos abusos al listado tradicional.

En general, podemos identificar tres clases de conductas abusivas:

²⁶ CONDE G.: “Abuso de posición dominante”, *Ediciones Deusto*, 2004.

²⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 13 de febrero de 1979, asunto 85/76.

1. Los abusos explotativos.
2. Los abusos excluyentes.
3. Los abusos mixtos.

- Los abusos explotativos persiguen aprovechar aquellas oportunidades que se les brinda a las empresas el encontrarse en una posición dominante con el objetivo de afectar de forma directa a los consumidores.

Dentro de estos abusos se pueden mencionar algunos como la modificación unilateral de las condiciones comerciales, la discriminación arbitraria de precios, la vulneración de la privacidad, así como la imposición de precios abusivos entre otros.

Con respecto a la sanción de estos o no, será algo que dependa de cada ordenamiento concreto ya que en muchas jurisdicciones no son prácticas sancionables.

- Los abusos excluyentes guardan como principal diferencia con respecto a los anteriores, que afectan a los consumidores, pero de forma indirecta ya que no se benefician de la competencia del mercado, una vez que determinados agentes económicos son excluidos del mismo o sufren desventajas con respecto al resto de competidores.

Se pueden citar los siguientes tipos:

Los precios predatorios: que son aquellos que suponen competir en el mercado soportando pérdidas o renunciando a beneficios que se pudieran obtener a corto plazo, pretendiendo que esto genere la salida de otros competidores y brindando a quienes los fijan una posición dominante en el mercado de que se trate de cara al futuro.

La negativa de venta: se trata de una práctica que se suele dar entre agentes económicas que se encuentra en una relación vertical y que supone que una empresa, la cual debe ostentar una posición dominante para que pueda ser prohibida, siendo propietaria de una instalación o cualquier otro bien necesario para la producción de otros posteriores, niega de forma directa o indirecta el acceso a dicha instalación.

El estrangulamiento de márgenes: se trata de un tipo de abuso que podría incluirse dentro del anterior, ya que la negativa de venta antes mencionada puede darse mediante la imposición de precios excesivamente altos por la empresa que está en la posición superior, o bien mediante este abuso que implica fijar unos precios que no permitan obtener un margen

rentable a las empresas compradoras y que se encuentran en una posición inferior dentro de la relación vertical.

Los acuerdos de exclusividad: pueden darse por medio de la compra exclusiva, lo que supone que un proveedor condicione sus ventas a que sus clientes no compren a su vez al resto de competidores, o a través de descuentos condicionales supeditados a que los clientes superen un determinado umbral de compras durante un determinado periodo.

- Los abusos mixtos presentan elementos propios de los abusos excluyentes y también de los explotativos. Dentro de estos podemos mencionar:

Las ventas atadas: implican la venta o suministro de varios productos o servicios distintos que se hará de forma condicionada cuando una empresa tenga poder de mercado sobre uno de ellos. De tal manera que si alguien quiere comprar los productos por separado esto no será posible.

La discriminación arbitraria de precios: supone el cobro de precios diferentes por productos similares teniendo estos el mismo costo marginal²⁸.

²⁸ - “Abuso de posición dominante” [en línea], disponible en <<https://centrocompetencia.com/abuso-de-posicion-dominante/>>. [Consulta: 9 may 2021].

3. LOS MERCADOS DIGITALES

3.1. Definición

Estos mercados se pueden encuadrar dentro de la denominada cuarta revolución industrial, es decir, dentro del proceso de transformación de la economía por medio de Internet. El gran crecimiento del entorno digital y sus mercados está generando tal impacto que se ha convertido en objeto de interés para las autoridades antitrust.

Antes de profundizar en sus caracteres hay que comprender qué es la economía digital. El Instituto Internacional Español de Marketing Digital es quien ha definido este concepto y dice que dicha economía digital, o también llamada economía de Internet, es un tipo de economía que se basa en la incorporación a Internet de las técnicas de producción y satisfacción de necesidades de los consumidores. Se puede dividir, a su vez, en varios ámbitos como el de los bienes y servicios digitales, el de los bienes y servicios digitales mixtos y el de los bienes y servicios digitales en las TIC.

Por tanto, se pueden entender los mercados digitales como aquellos que resultan del proceso de la acción e interacción humana en busca de satisfacer necesidades mediante el uso de la tecnología, los procesos comunicacionales, las conexiones en línea, etc.

Atendiendo a esta concepción de la economía o mercados digitales, se pone de relieve que la esencia de la economía tradicional permanece inalterada, únicamente difieren algunos elementos como la hiperconectividad, que implica la gran interconexión entre personas, dispositivos, organizaciones y las características de las plataformas²⁹.

3.2. Características y estructura

Los mercados digitales que tienen un amplio apoyo en sistemas on-line y que presentan una alta innovación tecnológica, revisten unas características que los diferencian de los mercados tradicionales que han sido analizados históricamente por el Derecho de la competencia.

Tales características son las siguientes:

²⁹ CÓBAR L.P.: “Los mercados digitales y los retos para el Derecho de la competencia”, [en línea], disponible en <<https://centrocedec.files.wordpress.com/2020/01/los-mercados.pdf>>. [Consulta: 17 may 2021].

- La estructura de la plataforma: la mayoría de estos mercados se sustentan sobre plataformas on-line que tienen por objeto conectar distintos mercados. Por ello, a diferencia de los mercados tradicionales cuya configuración recae sobre los precios que determinaran las transacciones entre oferentes y demandantes de un bien o servicio, en estos nuevos mercados es preciso, para poder promover y velar por la competencia de los mismos, evitar las prácticas de las empresas que se encuentran en posición de dominio y que impiden la entrada, en este caso, de nuevas plataformas, así como estableciendo normas de actuación para los usuarios de dichas plataformas con el objeto de velar por la competencia desde dentro de la propia plataforma.

Si se pone en relación dicha estructura con los casos Google, aparecen por un lado los usuarios del motor de búsqueda y por otro los anunciantes y empresas que ofrecen sus productos y servicios a través de Google, lo que guarda similitud con la relación entre oferentes y demandantes del mercado tradicional.

- La especial configuración de las barreras de entrada: el entorno de los mercados digitales, supone un espacio empresarial fluido y en continuo cambio donde la inversión es mínima y, por ello, cualquiera pueda entrar y poner en peligro la posición dominante de alguna empresa y, aunque la existencia de una empresa ya consolidada suponga una dificultad para la intromisión de nuevos competidores, esto no puede suponer una barrera de entrada desde el punto de vista del Derecho Antitrust.

- Los costes marginales próximos a cero: se dice esto porque a pesar de que la inversión inicial puede ser elevada, una vez creado el producto o la plataforma en cuestión el coste por fabricar una unidad adicional es insignificante, suponiendo en estos mercados que el coste de producción de los servicios y productos de carácter digital sea inferior al proporcional con respecto al número de clientes servidos.

- La oferta de servicios gratis: esta característica se puede observar en los casos Google, que serán estudiados con posterioridad, donde se aplica un precio asimétrico por la utilización del buscador Google, de tal manera que será gratuito para los usuarios del mismo y de pago para las empresas que se anuncien por medio de esta plataforma. Aunque esto también ocurre en muchos otros mercados que operan con las TIC, como por ejemplo las redes sociales, las aplicaciones de mensajería, el correo electrónico, etc.

- El Multihoming: en el ecosistema digital los costes de cambio, en inglés switching costs, son mínimos para los usuarios ya que si estos están descontentos con el producto o servicio del que hacen uso no les supondrá prácticamente ningún coste cambiarse a otro

distinto. No obstante, esto no es siempre así. De hecho, en el caso Microsoft, cuando los usuarios adquirirían este sistema operativo en sus ordenadores, sí que sufrían un coste si querían cambiar y utilizar un sistema operativo distinto, el cual no guarda tanta relación con el precio sino con la incomodidad del proceso de desinstalación e instalación de uno nuevo, tener que cambiar las aplicaciones por su posible incompatibilidad y el riesgo de perder información que llevan implícito estos cambios³⁰.

- La presencia de efectos de red o network effects: dentro de éstos es importante el denominado efecto “decantamiento” conforme al cual a medida que crecen los usuarios de una plataforma se atrae a más empresas a la misma, lo que hace a su vez que la plataforma sea más atractiva y generando, a su vez, la atracción de nuevos usuarios. Aunque dicho ciclo, debido a las peculiaridades del entorno digital, tiene fin y éste sucederá cuando la empresa o plataforma que se encuentra en una posición de dominio en el mercado sea sustituida por una nueva.

Estos efectos de red, tanto directos como indirectos, es decir, con independencia de que se den dentro de un grupo de usuarios o entre distintos grupos, han sido objeto de estudio tanto para las autoridades de defensa de la competencia como para la doctrina, preguntándose ambos si éstos suponen una barrera de entrada a los mercados digitales y si, además, también dificultan el crecimiento de los agentes económicos que forman el mercado en cuestión y que no son la empresa dominante.

- El papel del Big Data: es evidente que todo mercado digital lleva implícito un volumen enorme de diferentes tipos de datos. Por ello, el impacto que dichos datos masivos genera en el poder de mercado de una empresa digital ha sido objeto de estudio por la doctrina, así como también ha sido tenido en cuenta por la Comisión Europea, como se puede ver en los casos Google/Double Click y TomTom/TeleAtlas.

- Además de la praxis de la Comisión Europea, se puede llegar a la conclusión de que, aunque la acumulación masiva de datos no suponga un riesgo para la competencia en los casos de concentraciones de empresas, sí que puede suponer una barrera de entrada en los supuestos de conductas restrictivas cuando una empresa los posee y terceros que quieren acceder al mercado no.

³⁰ DÍEZ ESTELLA, F., “Google, Internet y Derecho de la competencia. ¿Viejas reglas para nuevos mercados?”, *CEF Legal: revista práctica de derecho*, 2014, pp. 5-44.

3.3. La competencia en los mercados digitales

La economía digital lleva implícita la eliminación de las barreras geográficas y esto puede suponer el origen de otro tipo de barreras de orden privado, las cuales pueden suponer una restricción de la competencia.

También, fruto de dicha eliminación, existe la probabilidad de que las conductas anticompetitivas y sus efectos tengan lugar en varias jurisdicciones suponiendo una mayor complejidad, no solo para efectuar las investigaciones pertinentes, sino por la existencia de discrepancias con respecto a la tipificación de tales conductas por las distintas jurisdicciones.

Estos mercados todavía suponen campos poco explorados y explotados y esto hace que existan pocas barreras de entrada, lo que da lugar a una entrada y salida de los competidores de forma más rápida, lo que, a su vez, genera una carrera por encontrar una nueva tecnología, producto o servicio que consiga desplazar al de los competidores.

Esta situación, referida a modo de carrera, puede dar lugar a que se generen empresas en situación de monopolio que, excepto casos como los de los grandes tecnológicos, es difícil que perduren en el tiempo.

Estas situaciones pueden suponer efectos de gran interés para el Derecho de la competencia, sobre todo, en relación con tres aspectos:

- Una empresa que logra irrumpir en un mercado y desplazar a todos los competidores puede, fruto de la posición dominante obtenida en ese mercado, cobrar precios abusivos, ya que ha logrado captar la preferencia de sus consumidores. Además, en dicha situación pueden entrar nuevos competidores al mercado y la empresa, que se encuentra en esta posición privilegiada, podrá reducir los precios al entrar nuevos competidores buscando así la salida de los mismos.

- Esta empresa, que cuenta con una posición de dominio, también puede generar bases de datos masivas relativas a los consumidores y sus preferencias de consumo, lo que puede generar barreras de entrada para nuevos competidores.

Por último, las regulaciones deficientes pueden suponer un obstáculo para la competencia y provocar la eliminación de los incentivos para que las empresas digitales inviertan en innovación y eficiencia.

3.4. La aplicación del Derecho de la competencia en el entorno digital

Fruto de las características anteriormente descritas, el análisis de las prácticas comerciales que se dan en estos mercados, que es realizado por las autoridades antitrust, resulta muy complejo, así como también su estudio en sede judicial.

Esto es así por una serie de razones. En primer lugar, porque los mercados digitales, debido a su evolución y cambios constantes, así como, el empleo de las TIC y de modelos de negocio disruptivos, hacen que la evaluación de los comportamientos sea más difícil, máxime cuando la intervención de las autoridades puede suponer un freno a la innovación y el desarrollo de las empresas que componen estos mercados. Por ello, la determinación de los efectos competitivos o anticompetitivos resulta una labor más compleja en este nuevo entorno que en los mercados tradicionales.

Un segundo problema que suponen estos mercados para la evaluación antitrust de los mismos será que para determinar si existe una conducta sancionable la empresa o agente económico que la lleve a cabo debe estar en una posición de dominio en el mercado del que se trate. Pues bien, en los mercados digitales las grandes empresas suelen ser líderes en los respectivos sectores y esto supone desde el punto de vista del Derecho de la competencia que se trata de empresas dominantes. Esto llevará a las autoridades antitrust a establecer una presunción de comportamiento abusivo, entendiéndose que se encuentran en dicha situación de dominio al tratarse de empresas líderes en sus sectores.

En estos mercados se pone de relieve que la competencia es por el mercado y no en el mercado y, por ello, la decisión regulatoria que plantean las autoridades es optar o bien por lo que se conoce como “innovación incremental”, lo que supone que el mercado vaya generando con el tiempo las eficiencias, o por lo que se conoce como “innovación disruptiva”, es decir, que una empresa genere un modelo de negocio novedoso que cambie la situación de forma repentina.

Además de esto, hay que tener en cuenta que la CE aplica para dar solución a las prácticas en estos mercados el artículo 102 del TFUE, que a su vez ya es bastante difuso. Por todo esto, se han llevado a cabo numerosas críticas que han planteado un cambio global de dicho artículo, sobre todo a raíz del conocido Caso INTEL³¹.

³¹ Sentencia del TJUE de 6 de septiembre de 2017, Asunto C-413/14P, Intel Corporation Inc v Commission.

La última razón que refleja la complejidad de tales mercados sería que se trata de mercados disputables, es decir, en los que, debido a la configuración de sus barreras de entrada, existe una libre entrada y salida de competidoras que puede hacerse con gran rapidez. En relación con esto, es frecuente, echando una vista atrás, observar que las posiciones de gran superioridad que presentan las grandes empresas digitales o tecnológicas pueden ser eliminadas de un día para otro, ya sea por la propia innovación tecnológica, o por cambios en el consumo o hábitos de sus usuarios. Es por ello que, debido a esta posibilidad de ser reemplazados en dichas posiciones, recurren en ocasiones a políticas comerciales agresivas y su posterior estudio, que han generado esta lucha que parece estar creándose entre las grandes empresas y las autoridades antitrust.

Además, dicha situación, que algunos autores se refieren a ella como cruzada, se ve incrementada por las denuncias antitrust formuladas por los competidores de las empresas líderes y que van dirigidas a su erosión y desestabilización³².

Si se observa el Informe, en concreto su capítulo 3 que tiene como título “Objetivos y metodologías del Derecho de la competencia en la UE para la era digital”, se señala aquellas metodologías y doctrinas que hay que adaptar para poder ser aplicadas, tanto a las plataformas, como a la economía de los datos y los ecosistemas digitales en general.

Según lo expuesto en este capítulo, el escrutinio de las conductas de las empresas que participan en los mercados digitales debe llevarse a cabo persiguiendo un balance entre evitar los erros denominados de tipo I, es decir, aquellos en los que se sanciona una conducta lícita y los de tipo II, cuando no se sanciona una conducta que provoca una efectiva restricción de la competencia. Este informe de la Comisión Europea, en principio, rechaza los presupuestos del análisis coste-error, aunque en el capítulo 6 sí que los tenga en cuenta a la hora de estudiar las fusiones y adquisiciones en el entorno digital.

En relación con estos presupuestos del análisis coste-error, autores como Easterbrook basan su postura en dos hipótesis:

En primer lugar, afirman que los mencionados errores de tipo I, o falsos positivos, son más costosos que los de tipo II, o falsos negativos, y se basan en que los segundos se

³² DÍEZ, 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)”, *Anuario de derecho de la competencia*, 2019, p. 7-8.

pueden autocorregir con el tiempo, mientras que los efectos que provocan los primero son más difíciles de corregir.

La segunda hipótesis se basa en que ambos tipos de errores son inevitables y esto es así ya que la dificultad de distinguir entre prácticas que favorecen la competencia y las que no es algo intrínseco al estudio de la conducta de las empresas en posición de dominio.

Además de este autor, hay otros que ya hace años habían aplicado esta postura a este tipo de mercado y los resultados obtenidos habían sido favorables. Pero también hay autores que son contrarios a la aplicación de esta postura y, por ello, dicha cuestión supone un gran debate en la actualidad en el que todavía no se ha obtenido una respuesta admitida por todos.

Esta actitud de cautela, planteada por el enfoque del análisis coste-error, no es asumida por la Comisión Europea a la hora de aplicar la normativa comunitaria antitrust y, por ello, ha sido muy criticada por gran parte de la doctrina. Lo que propone la CE será, en vez de analizar desde este enfoque caso por caso, trasladar sus conclusiones generales a los tests de legalidad de las conductas.

Por lo que respecta a la postura o enfoque del coste-error, se trata de un análisis sencillo, pero con efectividad, y que exige que el criterio sobre los resultados en el mercado de ciertas prácticas empresariales parta de una evidencia empírica sustentada en argumentos económicos de gran solidez. Se puede decir que este enfoque proporciona resultados más óptimos que los de otras posturas más teóricas y difusas.

De forma contraria a esta actitud agresiva seguida por la CE, el Tribunal Supremo americano no se muestra a favor de la interpretación expansiva que se está haciendo de la prohibición de abuso de posición dominante y esto es visible en asuntos como *Leegin*, *Linkline* y *Trinko* en Estados Unidos.

Además, en los primeros estudios que se han llevado a cabo del Informe de la Comisión Europea, se ha criticado la proposición de cambios notables del modelo actual vigente y ello en base a que todavía no está claro que los mercados digitales presenten una innovación tan grande como para apartarse de los criterios y principios clásicos y también por la falta de evidencia empírica e universalidad entre los expertos en la materia.

4. LOS CASOS “GOOGLE” EN LA UE

4.1. El Caso Google Shopping

4.1.1 Introducción

El 27 de junio de 2017 la Comisión Europea impuso a la empresa Google la que hasta ese momento era la multa más elevada de la historia de la UE y que ascendió a 2.420 millones de euros, además de la obligación de cesar en la conducta anticompetitiva en el plazo de 90 días. Dicha sanción se sustenta en el abuso de posición dominante por parte de Google a través de su servicio de comparación de compras en línea.

Más concretamente, la sanción impuesta se fundamenta en que Google llevaba a cabo una práctica anticompetitiva aprovechando su posición de dominio y que consistía en la alteración artificial de los resultados de Google Shopping, tratándose éste de un servicio ofrecido por la empresa que tiene por objeto facilitar a los usuarios una comparación de los precios de los productos que se ofertan en línea. Dicha alteración consistía en situar los propios productos de Google en mejores posiciones que los de la competencia, con lo que Google obtenía un claro efecto ventajoso³³.

4.1.2 La maniobra de Google en relación con su servicio comparativo de compras

Las prácticas realizadas por Google se remontan al año 2004 cuando esta empresa decidió adentrarse en el mercado de los servicios comparativos de compras en Europa con el nombre inicial de Froogle y que será a partir del año 2013 cuando se le conozca a este servicio con el nombre de Google Shopping. Este producto lo que permite a los usuarios de Google, y a su vez potenciales consumidores, es comparar los productos y precios de estos que se encuentran ofertados en Internet, mostrando las mejores ofertas de fabricantes, plataformas, minoristas y otros revendedores.

En las investigaciones relacionadas con el caso se encontró un documento interno de la empresa de 2006 donde se decía que Froogle no estaba funcionando bien y los resultados que estaba dando no eran los esperados.

³³ RODRÍGUEZ P.: “Así gestó Bruselas la multa histórica a Google” de 28 de junio de 2017, disponible en <<https://www.elmundo.es/economia/2017/06/28/5952a0d6e2704e4a0d8b460a.html>>.

Pero antes de analizar la estrategia llevada a cabo por Google para cambiar dicha situación es preciso conocer el funcionamiento de los servicios que comparan las ofertas existentes en el mercado. Estos servicios se nutren del tráfico que tengan, de tal manera que a mayor número de interacciones (clicks), mayores serán los ingresos obtenidos y, además, a mayor tráfico también aumentará el número de oferentes que quieran incluir sus productos en un servicio de este tipo.

Google en el año 2008 se dio cuenta de la posición dominante que tenía en relación con su motor de búsqueda y la totalidad de búsquedas que se hacían en Internet y lo que conllevaba era un importante tráfico para el hasta este momento no efectivo Froogle. Teniendo en cuenta esto, en este mismo año procedió en el mercado europeo a cambiar su estrategia e impulsar su servicio de comparación de ofertas.

Es importante tener en cuenta aquí que dicha estrategia, que va a ser explicada, no se sustenta en méritos competitivos obtenidos por Froogle en su respectivo mercado, sino que, se basó en la posición dominante de Google en relación con las búsquedas en Internet.

Pues bien, la conducta de Google se puede dividir en dos acciones:

- Por un lado, coloca de forma sistemática en un sitio destacado su propio servicio comparativo, de tal manera que, cuando un usuario de Google realizaba una búsqueda a través de su motor y esta guardaba relación con algún producto el cual el servicio comparativo deseaba mostrarle, estos productos aparecían al principio de la lista de los resultados de búsqueda o en la parte superior de la misma.

- Por otro lado, sitúa en peor lugar los servicios de comparación competidores respecto de los resultados de búsqueda que ofrece. Esto lo lleva cabo mediante el uso de algoritmos donde incluye criterios que hacen posible que dichos competidores aparezcan en peor posición en relación con los resultados de búsqueda y, además, dichos algoritmos no son aplicados a la propia empresa Google. Se puede observar cómo el resultado de dichos algoritmos hace que el rival de Google mejor situado aparezca en términos generales en la cuarta página de resultados de la búsqueda realizada³⁴.

³⁴ PINILLA L Y WARD A.:“Google shopping: sanción histórica de 2.424 millones de euros por abuso de posición de dominio” [en línea] disponible en <<https://blog.cuatrecasas.com/competencia/google-shopping-sancion-historica-por-abuso-de-dominio/>>. [Consulta: 4 jun 2021].

Ante este planteamiento es necesario tener en cuenta que los usuarios o consumidores interactúan de una forma mayor con respecto aquellos productos ofertados que se encuentran más visibles en relación con el resultado de las búsquedas. De hecho, esto es así ya que, según estudios, el 95 % de todos los clics de los resultados de búsqueda genérica lo reciben los diez resultados mejor situados en la primera página y el resultado mejor situado de todos ellos recibe alrededor de un 35% de todos los clics.

La diferencia en relación con los resultados de la segunda página es tan grande que el primer resultado que aparece en la segunda página de los resultados de búsqueda genérica recibe únicamente el 1% de todos los clics efectuados.

Hasta tal punto puede variar el número de clics que, si el primer resultado es trasladado al tercer puesto, éste ve aminorado su interacción en un 50 %.

Todos estos datos son relativos a las búsquedas efectuadas desde ordenadores de sobremesa lo que supone que en el caso de móviles los efectos son mayores al ser el tamaño de la pantalla notablemente menor.

Con todo esto, no hay duda de que la empresa Google ha obtenido una ventaja relevante en relación con los competidores de Google Shopping, servicio de la propia empresa.

4.1.3 Vulneración de la normativa antitrust de la UE

A modo introductorio, se puede decir que Google ha realizado un abuso de su posición dominante en relación con la búsqueda general por medio de Internet, anulando la competencia en los mercados de comparación de compras donde Google Shopping estaba inmerso.

Como se ha expuesto en el apartado relativo a la normativa antitrust de la UE, la posición dominante en sí misma no supone infracción alguna, siempre que no se abuse de dicha posición, y, por consiguiente, se dañe la competencia, ya sea en el mercado donde la ostenta o en otro mercado.

En la decisión adoptada por la Comisión Europea se ha determinado que Google sí que ostenta dicha posición en lo que se refiere a los mercados de búsqueda general en Internet, particularmente en el Espacio Económico Europeo (EEE).

Dicha posición que ostenta Google es efectiva y afecta a todos los países que integran el EEE desde el año 2008, excepto Chequia que, según la Decisión de la Comisión la posición dominante, es efectiva desde 2011.

La Comisión Europea ha basado esta hipótesis en que el motor de búsqueda de Google tiene cuotas de mercado muy altas en los países del EEE, que superan el 90 % en la gran mayoría, y estas son presentes desde el 2008 momento en el que la Comisión comienza su labor de investigación. También en este mercado están presentes unas altas barreras de entrada debido a los efectos de red, ya que, debido al enorme uso del motor de búsqueda de Google, este resulta más llamativo para los anunciantes y oferentes. A estas dos premisas se sumaría las ganancias obtenidas por este servicio, que pueden ser utilizadas para atraer de nuevo más consumidores, y los datos obtenidos, que pueden ser usados para mejorar los resultados³⁵.

La práctica llevada a cabo por Google comenzó en enero de 2008 en Alemania y Reino Unido y con posterioridad se extendió a Francia en octubre de 2010, a Italia, Países Bajos y España en mayo de 2011, a Chequia en febrero de 2013 y, finalmente, a Bélgica, Noruega, Austria, Dinamarca, Suecia y Polonia en noviembre de 2013.

4.1.4 Resultados de las prácticas ilegales empleadas por Google

Por los motivos ya expuestos, el tráfico del servicio de compras comparativas de esta empresa aumentó de forma considerable mientras que sus competidores sufrieron pérdidas de tráfico con carácter duradero.

Las investigaciones revelan que, desde que se ha producido esta situación de abuso por Google, ha aumentado su tráfico dentro del mercado en el que opera Google Shopping 45 veces en Reino Unido, 35 en Alemania, 19 en Francia, 29 en los Países Bajos, 17 en España y 14 en Italia.

En contraposición a estos resultados, la Comisión ha desvelado que las empresas rivales en este sector han experimentado una disminución del tráfico consistente en un 85% en Reino Unido, 92% en Alemania y 80% en Francia. En la evaluación de esta situación la CE ha determinado que dichos resultados desfavorables no pueden deberse a otros factores

³⁵ CHAMIZO, J.: “El sistema de control de la competencia en el mercado europeo y los últimos acontecimientos. Análisis del caso Google Shopping, la mayor sanción de la historia.” en *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 65, 2018, pp. 75-90.

que no sean las prácticas de Google y que únicamente en algunos casos han logrado recuperar una parte del tráfico, pero no todo el mismo.

Estos datos dejan claro que la conducta de Google ha restringido la competencia sustentada en los méritos de los mercados de comparación de compras, suponiendo la privación a los consumidores del EEE de una oferta verdadera y de la innovación que ello conlleva.

4.1.5 Pruebas reunidas por la Comisión

Dentro de las numerosas pruebas evaluadas por la Comisión, y sobre las que se sustenta la Decisión efectuada, podemos resaltar algunas como:

1. Documentos actuales de Google y los pertenecientes a otros agentes del mercado.
2. Unos 5,2 terabytes de resultados de búsquedas reales efectuadas en Google, alrededor de 1.700 millones de consultas.
3. Estudios empíricos en los que se ha probado los efectos de la visibilidad de los resultados de búsquedas en el comportamiento de los consumidores y el número de interacciones de estos.
4. Datos financieros y sobre el tráfico que muestran la importancia de la visibilidad de los resultados de las búsquedas a través de Google y los efectos que ocasionaría el tener una posición desfavorable en dichos resultados.
5. Cuestionarios emitidos por la Comisión a numerosas empresas y clientes del mercado afectado.

4.1.6. La decisión de la Comisión

La sanción impuesta por la Comisión tiene un importe de 2.424.495.000 euros. Dicho importe supone un 3% del volumen de facturación mundial durante el transcurso de un año, que podría haber llegado, incluso, al 10 % que supone el límite máximo de las multas por infringir la normativa europea antitrust, calculándose atendiendo tanto a la gravedad de la infracción cometida como a la duración de la misma³⁶.

³⁶LIÑÁN PATRICIA.: “Caso Google: ¿Hasta dónde se puede aprovechar el éxito?” [en línea], disponible en <https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/07/03/companias/1499110114_939258.html>. [Consulta: 8 junio 2021]

Para su cálculo la Comisión ha obrado atendiendo a lo estipulado en las Directrices de la Comisión sobre la imposición de multas de 2006. Conforme a ellas, la multa se ha determinado atendiendo al valor que suponen los ingresos de Google obtenidos a través de su servicio de compras comparativas en los distintos países afectados pertenecientes al EEE.

Además de la sanción la Comisión, en la Decisión se ha fijado un plazo de 90 días para que Google ponga fin a sus prácticas consideradas ilegales y que no lleve a cabo cualquier otra conducta que tenga un objeto o efectos similares.

La Comisión ordena a Google que para cumplir con la Decisión debe seguir el principio “de igual de trato”, es decir, debe aplicar los mismos métodos para situar y mostrar los servicios de compras comparativas competidores en las páginas de resultados de las búsquedas de Google que los que aplica a su propio servicio y, de igual forma, deberá cumplirlo tanto en el servicio principal como es el motor de búsqueda.

Google para cumplir con la Decisión cuenta con libertad operativa, pero deberá exponer a la sociedad cómo va a garantizar dicho cumplimiento y, para ello, la Comisión llevará a cabo un exhaustivo seguimiento, debiendo serle facilitada por Google la información relativa a sus actuaciones, lo que se hará efectivo mediante la remisión de informes periódicos a partir de un plazo de 60 días desde que se adopta la Decisión.

Finalmente, la Comisión ha establecido que, para el caso de que Google no cumpla con los términos previstos en la Decisión, deberá efectuar pagos con motivo de incumplimiento que supondrán un 5 % de la cifra de negocios media diaria de Alphabet, siendo esta la sociedad matriz de Google a nivel mundial.

Para el caso de que dicho incumplimiento fuera existente, la Comisión deberá elaborar otra decisión en la que determine dicho incumplimiento y fije dichos pagos con carácter retroactivo desde el momento en el que comenzó el incumplimiento.

En materia de acciones de carácter civil cualquier persona o empresa que haya sido lesionada por el comportamiento anticompetitivo de Google podrá interponer acciones contra esta empresa ante los tribunales de los Estado miembros de la UE competentes.

4.2 El caso Google Android

4.2.1 Introducción

En este segundo caso, la Comisión Europea impone a Google una sanción de unos 4,34 miles de millones de Euros de nuevo por la vulneración de la normativa antitrust de la UE.

Las prácticas sancionadas se remontan al año 2011, momento a partir del cual Google ha impuesto restricciones de carácter ilegal a los fabricantes de dispositivos con el sistema operativo Android, así como a los operadores de redes móviles con el objetivo de consolidar su posición de dominio dentro del mercado de los servicios de búsqueda general en Internet.

En rasgos generales, Google ha llevado a cabo tres tipos de restricciones que ha impuesto a estos fabricantes y operadores encaminadas a asegurar que el tráfico en los dispositivos con sistema operativo Android se dirige al motor de búsqueda del propio Google.

Esto ha supuesto que Android sirva como medio para canalizar y consolidar la posición de dominio que ostenta Google mediante su motor de búsqueda.

En definitiva, dichas prácticas han supuesto una vulneración de la competencia en la UE, privando a las empresas competidoras dentro del mercado de servicios de búsqueda de poder innovar y competir atendiendo a sus méritos.

4.2.2 Método de Google y espacio de la investigación de la Comisión Europea

La conducta llevada a cabo por Google se pone en práctica al darse cuenta esta empresa que el paso de los ordenadores de sobremesa al Internet del móvil, hecho que comenzó en torno al año 2000, supondría un cambio de gran calibre para el motor de búsqueda de Google, denominado Google Search.

Para anticiparse a este cambio, Google en el año 2005 compró el desarrollador original del sistema operativo Android, de hecho, sigue desarrollándolo desde aquel momento. Esta decisión de comprar el desarrollador original se debe a que en Europa y en todo el mundo alrededor del 80% de los móviles inteligentes funcionan con Android.

A partir de aquí, cuando Google desarrolla una nueva versión de Android, publica el código fuente en línea. Este código fuente, que es público y accesible para todo, incluye las

características básicas de un sistema operativo móvil inteligente, pero no ofrece las aplicaciones y servicios, debiendo suscribir aquellos que los deseen contratos con Google.

En dichos contratos Google impone restricciones a determinados operadores principales de redes móviles, pudiendo estos determinar qué servicios y qué aplicaciones incluirán los dispositivos móviles que venden finalmente a los usuarios finales.

La Decisión emitida por la Comisión menciona tres tipos específicos de restricciones incluidas en los contratos celebrados entre Google y los fabricantes de los dispositivos móviles y operadores de redes móviles, las cuales han permitido que Google, a través de Android, haya podido consolidar el dominio de su motor de búsqueda en esta nueva era.

4.2.3 Posición de dominio de Google en el mercado de servicios de búsqueda en Internet

La decisión de la Comisión determina que Google tiene una posición dominante en tres tipos de mercados diferentes:

- Mercado de servicios de búsqueda general

Según la Comisión, Google cuenta con una posición dominante en este tipo de mercados de cada uno de los estados miembros del Espacio Económico Europeo (EEE), que en total son 31 Estados.

La comisión llega a esta conclusión ya que Google cuenta con una cuota de mercado en la mayoría de dichos Estados superior al 90% y, además, considera que existen barreras de entrada a estos mercados.

- Mercado de sistemas operativos móviles inteligentes

Éste sería en el que ha de incluirse Android, ya que es un sistema operativo móvil con licencia y eso lo que conlleva es que terceros fabricantes de dispositivos móviles inteligentes puedan, mediante el pago de la licencia, utilizar el sistema Android en los dispositivos fabricados.

En este mercado la conducta de Google implica ejercer el control sobre Android para consolidar su posición dominante en el mercado mundial, a excepción de China, de los sistemas operativos móviles inteligentes con licencia, obteniendo una cuota de mercado superior al 95%.

En este segundo tipo de mercados también existen barreras de entrada ocasionadas en gran medida por los efectos de red, ya que cuantos más usuarios utilicen este sistema operativo móvil inteligente más desarrolladores se interesarán en él y ofrecerán más aplicaciones lo que, finalmente, repercutirá en un aumento de usuarios.

Es importante distinguir Android de otros sistemas operativos como Apple IOS o Blackberry, los cuales son utilizados por desarrolladores integrados de forma vertical. Por ello, estos sistemas, al no publicar o transmitir su licencia a terceros fabricantes, no forman parte del mismo mercado.

La Comisión, a pesar de que Apple IOS no forme parte del mismo mercado, lo investigó y observó en qué medida la competencia descendente, es decir, para los usuarios finales entre los dispositivos de Apple y Android pondría límite de forma indirecta el poder de mercado que Google ostenta en relación con la concesión de licencias Android a los fabricantes, lo que se considera competencia ascendente.

El resultado de la investigación determinó que dicha competencia no limita de un modo suficiente a Google en relación con la concesión de licencias Android a terceros fabricantes, siendo esto así por cuatro razones.

La primera, que los dispositivos de la marca Apple tienen un precio superior al de los dispositivos Android, no pudiendo ser los primeros accesibles para la mayoría de los usuarios de dispositivos Android.

La segunda, hace referencia a que las decisiones de comprar o no un determinado dispositivo por los usuarios finales se ven influenciadas por otros factores independientes del sistema operativo que incluye el móvil, como por ejemplo las marca de estos o las características que presentan.

La tercera, tiene que ver con los costes de cambio que tienen que sufrir los usuarios de Apple al tener que cambiarse a Android, pudiendo mencionar la pérdida de datos y contactos, de aplicaciones y el tiempo invertido en aprender a manejar un nuevo sistema operativo.

La última razón, se basa en la idea de que para el caso de que los usuarios de dispositivos con sistema Android se cambiaran a los dispositivos de Apple no influiría en gran medida en la actividad principal de Google, ya que el motor de búsqueda por defecto en los dispositivos Apple sería Google Search y, por ello, los usuarios de Apple lo seguirían usando para realizar sus búsquedas.

En relación con el mercado de tiendas de aplicaciones para el sistema operativo móvil Android también se ha probado que Google ostenta una posición de dominio en este mercado a nivel mundial, excepto en China, y ello en base a que la Play Store, la tienda de aplicaciones de Google, ofrece más del 90% de las aplicaciones que se descargan en los dispositivos Android.

Al igual que en los dos anteriores, además también hay presentes barreras de entrada y, de igual forma que en lo expuesto en el mercado anterior, la tienda de aplicaciones de Google no se ve limitada por la tienda de Apple que está disponible en iOS.

4.2.4 Vulneración de la normativa antitrust de la UE

La empresa Google ha llevado a cabo tres tipos de conductas³⁷, las cuales tenían por objeto consolidar la posición de dominio que ostenta Google en la búsqueda general de Internet, implicando esto la realización de prácticas anticompetitivas y prohibidas por las normas europeas para la defensa de la competencia.

Estas prácticas prohibidas y que fueron realizadas por Google son:

- Vinculación ilegal de las aplicaciones de búsqueda y de navegación de Google.

Esta vinculación tiene lugar de la siguiente forma: Google ofrece sus aplicaciones y servicios móviles a los fabricantes de dispositivos en tándem, es decir, ofrece de forma conjunta la aplicación Google Search, la tienda de aplicaciones Google Play Store y el navegador Google Chrome, además de la imposibilidad de que estos fabricantes puedan preinstalar algunas instalaciones al disponerse esto en las condiciones de licencia.

Además, la aplicación Play Store, es decir, la que permite descargar todo tipo de aplicaciones, es fundamental que se encuentre preinstalada, ya que los usuarios por ley no podrán descargarla.

La Comisión ha determinado que Google ha llevado en concreto dos tipos de vinculación ilegal:

³⁷ALFARO, J.: “El caso Google-Android” [en línea], disponible en <<https://almacenederecho.org/caso-google-android#comments>>. [Consulta: 15 jun 2021].

La primera, relativa a la aplicación Google Search, asegurando la preinstalación de esta aplicación en casi todos los dispositivos que han sido vendidos en el Espacio Económico Europeo.

Las aplicaciones de búsqueda son un importante elemento en relación con las búsquedas en los dispositivos móviles.

La vinculación ha sido considerada ilegal por la comisión desde 2011, año en el que Google obtuvo una posición dominante en el mercado de tiendas de aplicaciones para el sistema operativo móvil Android.

La segunda, relacionada con el navegador Google Chrome, asegurando la preinstalación de su navegador móvil en casi todos los dispositivos Android vendidos en el EEE³⁸. Al igual que lo que ocurría en el caso anterior, los navegadores también representan un elemento importante para las búsquedas en los dispositivos móviles, siendo Google Search el motor de búsqueda por defecto de Google Chrome.

Dicha práctica consistente en esta vinculación, según la normativa de la UE es ilegal desde el año 2012, mismo año en que Google pasó a tener una posición dominante en el mercado de tiendas de aplicaciones para el sistema operativo de móvil Android.

En relación con esta preinstalación, la Comisión tras una investigación ha probado que el uso de la aplicación Google Search es mucho más frecuente en dispositivos Android que cuentan con su preinstalación que, por ejemplo, en dispositivos Windows Mobile, ya que en éste los usuarios deben descargarla. Este resultado prueba que la ventaja obtenida por Google con la preinstalación no es compensada porque los usuarios no descargan aplicaciones competidoras con una frecuencia suficiente para ello.

En el año 2016 en dispositivos Android que contaban con la preinstalación de Google Search y Chrome más del 95% de todas las búsquedas se realizaron a través de Google Search y, en cambio, en los dispositivos Windows Mobile, que no contaban con dicha preinstalación, menos del 25% de las búsquedas se llevaron a cabo a través de Google Search y más del 75% de las búsquedas se hicieron mediante el motor de búsqueda Bing de Microsoft preinstalado en los dispositivos Windows Mobile.

³⁸ RODRÍGUEZ, P.: “Multa récord en Bruselas: 4.340 millones a Google por el caso Android” [en línea], disponible en <<https://www.elmundo.es/economia/empresas/2018/07/18/5b4f12c2e2704e0a398b4603.html>>. [Consulta: 22 jun 2021].

Todo esto ha provocado la reducción de los incentivos, no solo de los fabricantes en cuanto a la preinstalación de otras aplicaciones de búsqueda y navegadores distintos de Google, sino que también los incentivos de los usuarios para descargar estas aplicaciones.

Google planteó una serie de argumentos en su defensa en los que justificó dichas actuaciones en la necesidad de vincular Google Search y Chrome para poder monetizar la inversión que había realizado en Android, pero la Comisión entendió que este argumento no era válido ya que Google genera miles de millones de dólares anuales con Google Play Store y, además, recopila, mediante los dispositivos Android, una cantidad de datos muy elevada, las cuales le son útiles para su negocio de búsqueda y publicidad .

- Pagos ilegales condicionados a la preinstalación exclusiva de Google Search. A la preinstalación ya explicada se sumó que Google concedió importantes incentivos monetarios a los fabricantes de dispositivos y operadores de redes móviles con la condición de que llevaran a cabo la preinstalación exclusiva de Google Search en todos los dispositivos Android. Esto supuso la reducción significativa de los incentivos de la competencia para preinstalar aplicaciones de búsqueda rivales.

La Comisión, valorando los incentivos, su importe, la cuota de mercado cubierta por los acuerdos y su duración, determinó que la conducta de Google fue anticompetitiva y, por consiguiente, ilegal en el periodo de tiempo que va desde el año 2011 al 2014.

Probablemente dicho periodo se hubiera prolongado más tiempo, pero Google, al comenzar su investigación en el año 2013, detuvo de forma gradual su actuación, cesando en 2014.

- Obstrucción ilegal del desarrollo y la distribución de sistemas operativos Android competidores

Google ha impedido que los fabricantes utilicen en sus dispositivos bifurcaciones de Android o, lo que es lo mismo, versiones alternativas de Android no aprobadas por Google. La Comisión logró encontrar pruebas de esto en relación con los móviles inteligentes basados en la bifurcación de Android de Amazon, que tiene el nombre de Fire OS.

Esta conducta de Google ha supuesto, por tanto, un perjuicio directo a los usuarios ya que no han podido disfrutar del acceso a la innovación y a dispositivos móviles inteligentes basado en versiones del sistema operativo Android alternativas.

La comisión valoró de forma pormenorizada la argumentación de Google que decía que era necesario establecer estas restricciones ya que permitiría evitar una fragmentación del ecosistema Android, pero consideró que estas carecían de fundamento, ya que Google podía haber asegurado que los dispositivos Android se ajustan a sus requisitos técnicos no siendo necesario impedir las bifurcaciones Android.

4.2.5. El resultado de las conductas ilegales de Google

Las tres prácticas mencionadas según la Comisión constituyen un entramado de Google para consolidar su posición dominante en la búsqueda general en Internet en un periodo en el que el Internet móvil estaba evolucionando significativamente.

El primer resultado sería la privación a los motores de búsqueda competidores de la posibilidad de competir atendiendo a los méritos de cada uno. Además, tanto los incentivos económicos, como las prácticas de vinculación, afectaron al desarrollo de bifurcaciones de Android, lo que de no haber sucedido así podría haberse ofrecido una plataforma para que el resto de motores de búsqueda obtuvieran tráfico. Los efectos se extienden también a los datos, a los que los motores de búsqueda rivales se vieron privados, siendo estos tanto los relativos a las búsquedas como los de localización móvil.

En términos globales en materia de competencia, Google dañó la competencia y frenó la innovación del ámbito de los móviles, evitando la competencia efectiva de otros navegadores móviles mediante la preinstalación de Google Chrome.

4.2.6. Efectos de la decisión de la Comisión

Principalmente la multa de la Comisión, por importe de 4.342.865 euros, calculada conforme a la duración y gravedad de las conductas ilícitas, así como atendiendo a los ingresos de Google provenientes de los servicios de publicidad en motores de búsqueda en los dispositivos Android en el EEE.

De forma pareja, Google deberá cesar en las prácticas sancionadas en un plazo de 90 días desde que tuvo lugar la decisión y abstenerse de realizar acciones con objetivos idénticos o equivalentes.

No se le impide a Google que implante un sistema equitativo y objetivo, el cual asegure un correcto funcionamiento de los dispositivos Android que utilicen las aplicaciones y servicios de Google, pero sin perjudicar la libertad de los fabricantes en relación con la libertad para producir sus dispositivos sustentados por bifurcaciones Android.

Al igual que en el anterior caso expuesto, si Google no cumple con lo estipulado en la decisión se le podrá sancionar con multas de hasta el 5% del volumen de negocios a nivel mundial y con carácter medio de Alphabet³⁹, sin perjuicio de las demandadas por reclamación de daños y perjuicios que cualquier afectado pudiera interponer ante los tribunales de los Estados miembros.

4.3 El caso *AdSense*

4.3.1 Introducción

La Comisión Europea ha impuesto una multa a Google por un importe de 1,49 miles de millones de euros al considerar que esta empresa ha vulnerado las normas de defensa de la competencia de la UE al haber ejercido un uso abusivo de su oposición de dominio en el mercado de la publicidad de búsqueda en línea durante más de diez años.

Las prácticas que ha llevado a cabo Google consisten en imponer cláusulas que introducen restricciones en los contratos con sitios web, de tal manera que se ha impedido a los rivales de Google la colocación de anuncios de búsqueda en dichas webs.

4.3.2 El método de Google para la intermediación de publicidad de búsqueda en línea

Google ha utilizado su servicio denominado AdSense for Search para incluir sus anuncios en webs de editores como pueden ser, por ejemplo, blogs, webs de prensa, etc., funcionando, por tanto, como intermediario a modo de agente publicitario entre anunciantes y los propietarios de estas páginas web.

Estas prácticas tuvieron lugar durante diez años, de 2006 a 2016, espacio de tiempo en el que Google ha sido el operador con una mayor intermediación de publicidad en la búsqueda en línea en el EEE, ostentando una cuota de mercado de alrededor del 85% durante la mayoría de este periodo.

³⁹ FLORES, C.: “Multa récord de Bruselas a Google: impone 4.340 millones por abuso de posición dominante en Android” [en línea], disponible en <<https://www.eleconomista.es/empresas-finanzas/noticias/9280395/07/18/La-multa-europea-a-Google-por-Android-rondaria-los-4300-millones-de-euros.html/>>. [Consulta: 29 jun 2021].

En 2016, sin embargo, obtuvo cuotas superiores al 90% en los mercados nacionales relativos a la búsqueda general y un 75% en muchos mercados nacionales relativos a la publicidad de búsqueda en línea⁴⁰.

Además, rivales de Google dentro del mercado de la publicidad de búsqueda en línea, como Microsoft y Yahoo, no pueden vender publicidad en las páginas de resultados del propio motor de búsqueda de Google. Fruto de esto, las webs de terceros representan un punto de entrada significativa para los proveedores de servicios de intermediación de publicidad en la búsqueda en línea para intentar hacer frente a Google.

En lo que se refiere a los servicios de intermediación de publicidad de búsqueda en línea que Google ha prestado en favor de los editores más importantes en el ámbito comercial, la Comisión ha evaluado acuerdos suscritos de forma individual.

En este análisis se ha probado lo siguiente:

- Google en estos contratos introdujo cláusulas de exclusividad desde el año 2006 y esto supuso la prohibición a los editores de colocar anuncios de búsqueda de los rivales en sus páginas de resultados de búsquedas.

- También Google empezó a sustituir de forma progresiva desde el 2009 estas cláusulas de exclusividad sustituyéndolas por las cláusulas que reciben el nombre de “Premium Placement”. Esto suponía la exigencia de que los editores reservaran, dentro de sus páginas de resultados de búsquedas, el espacio más visible y, además, pidieran un número mínimo de anuncios de Google.

El resultado de estas exigencias fue el impedimento de los rivales de Google en relación con la colocación de sus anuncios de búsqueda en los espacios más rentables y visitados de las páginas de resultados de búsquedas de los sitios web.

- En el año 2009 también se introdujeron cláusulas por las que se obligaba a los editores a que estos solicitaran una aprobación escrita de Google antes de poder introducir cambios relativos a poder mostrar publicidad de la competencia. Esto dio lugar a que Google

⁴⁰ PRAT, M. Y CANDEL, J.: “Google AdSense: multa de 1.490 millones de Euros por abuso de dominio en publicidad en línea” [en línea], disponible en <<https://blog.cuatrecasas.com/competencia/google-adsense-multa-1490-abuso-dominio-publicidad-linea/>>. [Consulta: 4 jul 2021].

podiera llevar un control de la capacidad de atracción de los anuncios de búsqueda de los rivales y por ende un control de los clics que estos puedan recibir⁴¹.

El resultado fue que los métodos de Google abarcaran más de la mitad del mercado en términos de volumen de negocios durante todo este periodo y que los competidores de Google no pudieran competir por sus propios méritos como consecuencia de las dos prácticas anteriormente mencionadas.

4.3.3 Violación de la normativa antitrust de la UE

La decisión de la comisión determina que Google ocupa una posición de dominio en el mercado de la intermediación de publicidad de búsqueda en línea dentro del EEE desde el año 2006, y ello en base a las cuotas de mercado de Google que representan un 85%, además de los obstáculos de entrada presentes como, por ejemplo, la necesidad de efectuar elevadas inversiones iniciales, además de las necesarias para sustentar la tecnología que proporciona la búsqueda general, la existencia de una plataforma de publicidad de búsqueda y disponer de los suficientes editores y anunciantes.

Dentro de esta situación expuesta, Google ha abusado de esta posición de dominante en el respectivo mercado, impidiendo a sus rivales competir en el mercado, lo que se traduce en el perjuicio de la competencia, de los consumidores y de la innovación en el sector.

4.3.4 Resultados de la decisión de la Comisión

La multa impuesta por la Comisión a Google asciende a 1.494.459,000 Euros, que consiste en un 1,29% del volumen de negocios de la empresa en el año 2018 y ello atendiendo a la gravedad y la duración de la infracción, así como al valor de los ingresos de Google en la intermediación de publicidad en la búsqueda en línea en el EEE.

Consta que Google cesó sus prácticas ilegales en julio de 2016, cuando la Comisión publicara meses antes un pliego de cargos contra la empresa.

⁴¹ MARIMAR, J., “La Comisión Europea multa a Google con 1.490 millones por abusar de su dominio en el mercado publicitario” [en línea], disponible en <https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/03/20/companias/1553078670_186566.html>. [Consulta: 7 jul 2021].

Al haberse ya producido en 2016 el cese, lo que la Comisión le exige es parar en la realización de la conducta ilegal en la medida que no se hubiera hecho, además de abstenerse de llevar a cabo cualquier práctica con idénticos objetivos.

Finalmente, Google deberá responder por las reclamaciones por daños y perjuicios que pudiera interponer cualquier empresa o persona afectada por su conducta ante la jurisdicción de los diferentes estados miembros.

5. CONCLUSIONES

Durante la elaboración del presente trabajo he ido comprendiendo cada parte y analizándola detenidamente, lo que me ha permitido extraer una serie de conclusiones que voy a exponer siguiendo el orden de los respectivos capítulos en que se divide la investigación realizada, ya que considero que facilitará su ubicación en relación con cada una de las partes.

1. En relación con el primer Capítulo titulado “Derecho de la Competencia”, considero que dicha disciplina nace tras la Revolución Francesa, momento en el que predomina una concepción liberal que permitirá la aparición, a su vez, de dos conceptos que determinan el sistema de mercado que se ha configurado a lo largo de la historia y que hoy conocemos.

Dicho sistema es el denominado “economía de mercado”, el cual se forma gracias a la aparición sucesiva de estos dos conceptos, primero la libertad de empresa, fundamental para salir del tipo de mercado instaurado por los gremios de trabajadores y que caracterizaba al periodo anterior a la Revolución; y, segundo, la libertad de competencia, como elemento que nace por la existencia del anterior, ya que no es posible un marco de competencia generado por la actividad de los empresarios dentro de un mismo sector si no se ha garantizado previamente esa libertad de acceso a estos empresarios.

Es en este momento cuando surge el Derecho de la competencia, a mi juicio, como mecanismo que permitirá garantizar esta competencia que caracteriza al mercado y que velará por asegurar los efectos positivos que genera la concurrencia de los empresarios en los diferentes sectores intentando colocar entre los consumidores sus servicios y productos ofertados.

En lo que se refiere a su evolución histórica, he observado un proceso que está presente en todas las ramas del derecho y que supone una adaptación de esta a las nuevas situaciones.

Es decir, surge la necesidad, que hemos mencionado, de garantizar una serie de situaciones relativas a la competencia en el mercado y es por ello que la normativa y las soluciones preexistentes como, por ejemplo, el recurrir a la responsabilidad civil extracontractual dejan de ser válidas, debiendo comenzar a crear leyes propias en la materia que den una solución óptima a esta nueva cuestión.

La normativa antitrust estadounidense revela claramente que es la que nace primeramente y se observa cómo el resto de normas ya sean de la UE o de España, siguen sus directrices. En el caso de España su normativa viene a ser casi un reflejo de la europea, cosa que no es de extrañar, ya que fundamentalmente está constituida por reglamentos y directivas en materia de competencia que obligan a seguir unos patrones.

2. En el capítulo segundo, bajo la rúbrica “el abuso de la posición dominante”, se tratan los diferentes aspectos o elementos a tener en cuenta a la hora de determinar si realmente se ha producido un abuso de una posición de dominio, siendo esta conducta la que está prohibida y debe ser sancionada.

Desde mi punto de vista, considero que para hacer una valoración correcta de si efectivamente una empresa ha cometido un abuso de su posición de dominio, hay que centrarse en averiguar si dicha empresa ostenta una posición de dominio efectiva y, para ello,

se han de tener en cuenta los distintos elementos expuestos de forma sucesiva atendiendo a ese orden ya que es vital para la correcta determinación.

En primer lugar, ha de determinarse el mercado relevante, siendo necesario llevar a cabo un estudio de este atendiendo a los bienes o servicios que los consumidores consideras sustituibles y que son ofertados en el espacio de actuación de la empresa en cuestión durante un periodo de tiempo determinado. Por tanto, es fundamental tener en cuenta estos dos factores, como son la sustituibilidad de los bienes y servicios y el marco geográfico, ya que dicha conjugación nos proporcionará un concepto de mercado relevante acorde al establecido por la normativa europea.

Una vez conseguido el primer paso, debe procederse a la consideración de si en ese mercado definido realmente existe una posición dominante por la empresa estudiada y para ello es fundamental el aspecto temporal, debiendo ser una situación continuada en el tiempo.

Finalmente, será necesario atender a la cuota de mercado de la empresa estudiada, ya que es el criterio por excelencia para consideras su posición dominante, pero que desde mi punto de vista debe ser combinado con otros criterios distintos para que el resultado sea más preciso. Estos criterios pueden ser, por ejemplo, el estudiar la existencia de barreras de entrada en el mercado relevante, la capacidad de la empresa para alterar los precios, la capacidad de expulsar del mercado a empresas rivales o caracteres como el nivel financiero, los recursos de que dispone la empresa o la tenencia de información privilegiada.

3. El capítulo tercero, llamado “los mercados digitales”, y el capítulo cuarto, relativo a los casos Google en Europa, los voy a analizarlos de forma conjunta, ya que ambos giran en torno a los mercados digitales y la aplicación de la normativa antitrust en los mismos.

En lo que se refiere a los mercados digitales, considero que, debido a la gran actividad que presentan y la existencia de barreras de entrada no tan relevantes como las de los mercados tradicionales, hay que, a la hora de aplicar las normas de Derecho de la competencia, utilizar un criterio basado en los efectos de las prácticas utilizadas, ya que de otro modo una aplicación formalista del Derecho de la competencia puede ocasionar una limitación de la innovación en estos mercados y que considero es esencial para su progreso y evolución.

En relación con esto, creo que los criterios empleados para la determinación, tanto del mercado relevante como posteriormente la existencia de poder de mercado por parte de las empresas, no son del todo certeros en cuanto que no reflejan de forma correcta las situaciones competitivas reales de los mercados digitales.

En concreto, el criterio que utiliza la cuota de mercado para la determinación de poder económico de una empresa, o lo que es lo mismo de posición de dominio, nos ofrece un resultado estático que me parece incompatible con el gran movimiento que revisten estos mercados en la actualidad.

Por último, en la valoración que he hecho de los diferentes casos Google, he llegado a la conclusión de que en la aplicación de la normativa europea por la Comisión en los casos Google, se ha centrado en la forma que revisten las prácticas llevadas a cabo por Google y no en los efectos anticompetitivos reales provocados por las mismas, no siendo esto del todo viable en los mercados digitales ya que lo que hace la Comisión, es un intento tipificar las conductas de Google dentro de los supuestos de conductas abusivas contemplados en la

normativa europea, no siendo una solución adecuada ya que debería centrarse más a la hora de su estudio en los efectos provocados por las conductas producidas.

Aunque no he abordado en el trabajo cómo se han desarrollado los casos Google en Estados Unidos, me he informado acerca de cómo se plantearon las conductas realizadas por Google desde su perspectiva y he llegado a la conclusión de que, posiblemente, sea una mejor solución la obtenida allí pues parten de una visión de estos mercados más acertada en parte por su entendimiento actualizado de estos y porque el enfoque económico de los mercados en USA guardan más relación con los efectos que provocan en el mercado las conductas y no con la simple forma que revisten las mismas.

Además, muestran una actitud más cautelosa a la hora de intervenir en los mercados digitales debido a que, como he dicho antes, una intervención demasiado estricta puede perjudicar la innovación que supone algo fundamental para lograr un progreso satisfactorio y constante en este sector.

Para concluir, si tuviera que preguntarme si es necesario llevar a cabo una reforma de la normativa de Derecho de la competencia existente, mi respuesta sería que en la actualidad bastaría con cambiar el enfoque en su aplicación, basándose más en los efectos que en la forma, lo que no quita que en un futuro sí que tengamos dicha necesidad, ya que con el creciente desarrollo que están experimentando estos mercados, posiblemente, la normativa existente no logre adoptar soluciones óptimas únicamente adaptándose y proponiendo nuevos enfoques de cara a su aplicación.

Bibliografía

1. Libros y artículos doctrinales.

- BROSETA PONT, M., MARTÍNEZ SANZ, F., “Derecho de la competencia: defensa de la competencia”, *Manual de Derecho Mercantil* (Volumen I), Madrid; Tecnos, 2020, pp. 166 y 167-168.

- CASCÓN, F., ”Introducción al derecho de la competencia, (principios, funciones y alcance)”, *Manual práctico de Derecho de la competencia*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2017, pp. 26-27 y 32-35 .

- DÍEZ ESTELLA, F., “Google, Internet y Derecho de la competencia. ¿Viejas reglas para nuevos mercados?”, *CEF Legal: revista práctica de derecho*, 2014, pp. 5-44.

- ORTIZ BLANCO, L., *Manual Derecho de la competencia*, Tecnos, Madrid, 2008.

- HERRERO SUÁREZ, C., “Derecho de la competencia estadounidense”, *Diccionario de Derecho de la Competencia*, Iustel, 2006, pp. 1-2, 3-4, 4-5 y 7.

- TORRE , M.V., “Consideraciones previas sobre el marco jurídico material. El mercado y los intereses en juego”, *La aplicación del derecho de la Competencia en Europa: intereses en juego y vías de tutela*, Navarra. Aranzadi, 2014, pp. 65-68, 68-72 y 72-75.

- SÁNCHEZ , F. Y SÁNCHEZ , J., “La regulación de la competencia. La defensa se la competencia”, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Navarra: Aranzadi, 2013, pp. 192-193.

- FONT GALÁN J.I. Y SERRANO L.M., *Estudios de Derecho de la competencia*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005, p. 472.

- CONDE G.: “Abuso de posición dominante”, *Ediciones Deusto*, 2004.

- DÍEZ, 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)”, *Anuario de derecho de la competencia*, 2019, pp. 7-8

- MIRANDA A., “Historia del Derecho de la competencia, orígenes y evolución en Estados Unidos, la Unión Europea y América Latina”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm 3, 2007, pp. 172-244.

- CHAMIZO, J.: “El sistema de control de la competencia en el mercado europeo y los últimos acontecimientos. Análisis del caso Google Shopping, la mayor sanción de la historia.” en *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 65, 2018, p. 16.

- FERNÁNDEZ, C., “Cuota de mercado y poder de mercado”, *El Abuso de la Posición de Dominio*, dirigido por MARTÍNEZ LAGE, S., PETITBÓ JUAN, A., Madrid: Marcial Pons, 2006 pp. 61-74.

2. Páginas web

- SEVILLA, A.: “Economía de mercado” [en línea], disponible en <<https://economipedia.com/definiciones/economia-de-mercado.html>>. [Consulta: 3 may 2021].

- WESTREICHER, G.: “Economía social de mercado” [en línea], disponible en <<https://economipedia.com/definiciones/economia-social-de-mercado.html>>. [Consulta: 5 may 2021].

- “Abuso de posición dominante” [en línea], disponible en <<https://centrocompetencia.com/abuso-de-posicion-dominante/>>. [Consulta: 9 may 2021].

- CÓBAR L.P.: “Los mercados digitales y los retos para el Derecho de la competencia”, [en línea], disponible en <<https://centrocedec.files.wordpress.com/2020/01/los-mercados.pdf>>. [Consulta: 17 may 2021].

- PINILLA L Y WARD A.: “Google shopping: sanción histórica de 2.424 millones de euros por abuso de posición de dominio” [en línea] disponible en <<https://blog.cuatrecasas.com/competencia/google-shopping-sancion-historica-por-abuso-de-dominio/>>. [Consulta: 4 jun 2021].

- LIÑÁN PATRICIA.: “Caso Google: ¿Hasta dónde se puede aprovechar el éxito?” [en línea], disponible en <https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/07/03/companias/1499110114_939258.html>. [Consulta: 8 junio 2021]

- ALFARO, J.: “El caso Google-Android” [en línea], disponible en <<https://almacenederecho.org/caso-google-android#comments>>. [Consulta: 15 jun 2021].

- RODRÍGUEZ, P.: “Multa récord en Bruselas: 4.340 millones a Google por el caso Android” [en línea], disponible en

<<https://www.elmundo.es/economia/empresas/2018/07/18/5b4f12c2e2704e0a398b4603.html>>. [Consulta: 22 jun 2021].

- FLORES, C.: “Multa récord de Bruselas a Google: impone 4.340 millones por abuso de posición dominante en Android” [en línea], disponible en <<https://www.eleconomista.es/empresas-finanzas/noticias/9280395/07/18/La-multa-europea-a-Google-por-Android-rondaria-los-4300-millones-de-euros.html/>>. [Consulta: 29 jun 2021].

- PRAT, M. Y CANDEL, J.: “Google AdSense: multa de 1.490 millones de Euros por abuso de dominio en publicidad en línea” [en línea], disponible en <<https://blog.cuatre Casas.com/competencia/google-adsense-multa-1490-abuso-dominio-publicidad-linea/>>. [Consulta: 4 jul 2021].

- MARIMAR, J., “La Comisión Europea multa a Google con 1.490 millones por abusar de su dominio en el mercado publicitario” [en línea], disponible en <https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/03/20/companias/1553078670_186566.html>. [Consulta: 7 jul 2021].

3. Jurisprudencia

- Sentencia Tribunal General de 16 de Junio de 2011, asunto T-235/07

- Sentencia del TJCE de 14/02/78, asunto 27/76)- Caso United Bands

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 13 de febrero de 1979, asunto 85/76.

- Sentencia del TJUE de 6 de septiembre de 2017, Asunto C-413/14P, Intel Corporation Inc v Commission.

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

4. Legislación

- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 12 de junio de 1985

- Constitución Española de 1978

- Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia

- Decisión de la Comisión de 27 de Junio de 2017, Asunto AT.39740 – Google Shopping.

- The Sherman Antitrust Act de 1980

- The Federal Comission Trade Act de 1914

- The Clayton Antitrust Act de 1914