

EL ABUSO DE DOMINIO POR LAS PLATAFORMAS DIGITALES: GOOGLE EN EL BANQUILLO

FERNANDO DÍEZ ESTELLA

Profesor Acreditado a Titular de Derecho Mercantil. Centro Villanueva (UCM)

I. INTRODUCCIÓN

A mediados del pasado año 2020 la Comisión Europea lanzó una propuesta¹ de regulación *ex ante* de las plataformas digitales, caracterizadas como “*grandes plataformas en línea que actúan como guardianas*” de los mercados digitales. Este paquete legislativo fue simultáneo a una propuesta de una nueva herramienta² (NCT, por sus siglas en inglés, *New Competition Tool*) que sirviera para llegar allí donde el instrumental clásico del Derecho de la competencia era insuficiente.

Así, y tras varios años de trabajos preparatorios y todo tipo de consultas y documentos de trabajo, la Comisión Europea publicó³ finalmente el 15 de diciembre de 2020, una propuesta de Reglamento, que culminará, tras el preceptivo trámite parlamentario, en la largamente esperada Ley de Mercados Digitales (conocida en inglés como *Digital Markets Act*, en adelante DMA).

Esta propuesta, no exenta de polémica, parte del supuesto de que las grandes plataformas digitales (y, aunque en ningún momento del texto las menciona, es evidente que está pensando en compañías como Google, Apple, Facebook o Amazon) actúan como «guardianes» en los mercados digitales. La normativa proyectada tiene por objeto garantizar que estas plataformas se comporten de manera equitativa. La DMA es, junto con la Ley de Servicios Digitales (conocida en inglés como *Digital Services Act*, en adelante DSA), uno de los ejes de la estrategia digital europea⁴.

La regulación de estas plataformas y los servicios digitales que prestan se ha introducido en la UE a través de dos normas recientemente aprobadas: la

1 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_962

2 <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12416-New-competition-tool/public-consultation>

3 https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-markets-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets_es

4 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_273

Directiva 2019/2161⁵ de modernización de las normas sobre consumidores, y el Reglamento 2019/1150⁶ sobre la prestación de servicios on-line. A este respecto, ha destacado⁷ el profesor WINNER, hablando de la regulación jurídica de los contratos celebrados a través de plataformas, que esas normas tutelan a los consumidores y empresas desde ópticas que no son el Derecho de la competencia, pero que sin embargo su punto de partida es el mismo.

En efecto, el considerando 2º del Reglamento 2019/1150 hace referencia a la dependencia respecto de las plataformas de las empresas que suministran servicios o productos a través de ellas, y cómo el mayor poder de negociación de aquellas les permitiría imponer sus condiciones a dichas empresas. Así, y haciendo un paralelismo desde el derecho privado con el Derecho de la competencia, el Reglamento viene a decir que el titular de la plataforma ostenta una suerte de “posición dominante” y, por tanto hay que prohibirle ciertas prácticas comerciales⁸.

Las posturas acerca del papel que el Derecho de la competencia debe jugar en estos nuevos mercados digitales están enfrentadas: para una corriente de opinión⁹, todo funciona perfectamente, y por tanto no hay que acometer ninguna medida especial (distinta del *enforcement* habitual frente a las prácticas anticompetitivas o el control de concentraciones); para otro sector doctrinal¹⁰, sin embargo, se precisa una aplicación más “vigorosa” de este

5 Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32019L2161>

6 Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32019R1150>

7 WINNER, M.: “La regulación jurídica de los contratos celebrados a través de plataformas: el Derecho europeo”, en *Almacén de Derecho*, 26 de febrero de 2020. Disponible en: <https://almacenederecho.org/la-regulacion-juridica-de-los-contratos-celebrados-a-traves-de-plataformas-el-derecho-europeo>

8 “*A causa de esa dependencia cada vez mayor, los proveedores de los servicios de intermediación en línea a menudo cuentan con una superior capacidad de negociación, lo que les permite, en efecto, actuar unilateralmente de una manera que puede ser injusta y perjudicar a los intereses legítimos de los usuarios profesionales y, de modo indirecto, también de los consumidores*” (Considerando 2º).

9 Joint Submission of Antitrust Economists, Legal Scholars, and Practitioners to the House Judiciary Committee on the State of Antitrust Law and Implications for Protecting Competition in Digital Markets (May 18, 2020). University of Missouri School of Law Legal Studies Research Paper. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3604374>

10 *Vid.*, por ejemplo, <https://som.yale.edu/faculty-research-centers/centers-initiatives/thurman-arnold-project-at-yale/digital-platforms-and-antitrust>

derecho y actuar de forma firme y contundente frente a las plataformas digitales. Ya tuvimos ocasión en su día de analizar estas propuestas¹¹, el objetivo de este trabajo es el análisis concreto de la prohibición de abuso de posición dominante -prevista en el art. 102 TFUE- aplicada a estas nuevas plataformas digitales, al hilo de los expedientes contra la empresa Google a ambos lados del Atlántico¹².

En línea con las más recientes -y autorizadas- aportaciones doctrinales a este debate, como la del profesor Herbert HOVENKAMP¹³, vamos a sostener aquí que no necesariamente las plataformas digitales son monopolios naturales; que aun considerando que conformen mercados del tipo “*winner-take-all*”, las consecuencias desde el punto de vista de política legislativa no son evidentes; que la aplicación de la normativa antitrust es mejor alternativa que la intervención regulatoria; y, finalmente, que estos nuevos mercados no revisten unas características tan distintas que exijan un tratamiento tan especial y único.

11 Permítase la referencia a DÍEZ ESTELLA, F.: “Plataformas digitales y Derecho de la competencia”, 26 de agosto de 2020, en *Almacén de Derecho*, disponible en: <https://almacendederecho.org/48508-2>

12 El “gap” transatlántico del que tanto se ha escrito puede que esté a punto de cerrarse; *Vid.*, entre otros: BERGQVIST, C. y RUBIN, J.: “Google and the Trans-Atlantic Antitrust Abyss” (March 18, 2019). University of Copenhagen Faculty of Law Research Paper No. 2019-73. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3354766>

13 HOVENKAMP, H.: “Antitrust and Platform Monopoly” (November 14, 2020). *Yale Law Journal*, Vol. 130, 2021, U of Penn, Inst for Law & Econ Research Paper No. 20-43. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3639142>

II. ¿DE QUÉ HABLAMOS CUANDO HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DE PLATAFORMAS DIGITALES?

1. Apriorismo de la CE: las plataformas digitales como mercados “winner-take-all”

La propuesta de la Comisión Europea de creación de una nueva herramienta regulatoria que contemple obligaciones *ex ante* para las plataformas digitales, en la medida en que éstas actúan como guardianas de los mercados en los que operan, parte de una premisa más que cuestionable: que dichas plataformas necesariamente son monopolios naturales, conocidos en la literatura económica¹⁴ como mercados del tipo “winner-take-all”.

Sin embargo, que un mercado sea o no un monopolio natural, o con qué empresa compite otra empresa es, como acertadamente se ha puesto de manifiesto¹⁵, una cuestión fáctica, no jurídica, y por ello el razonamiento jurídico y el análisis económico deben prevalecer sobre lo que parece un apriorismo ideológico por parte de la Comisión Europea. En concreto, deberían tenerse en cuenta los siguientes rasgos del mercado:

1.1. Falta de competencia efectiva y estable entre las empresas que lo conforman

Aunque es un dato constatable a simple vista en la realidad de los mercados digitales, es sin embargo obviado por la Comisión en su análisis: el hecho de que la mayoría de las plataformas digitales tienen competidores en al menos algunos de los mercados en los que operan.

Estos mercados están habitualmente caracterizados por las economías de escala, efectos de red y, en ocasiones, la falta de interoperabilidad. Respecto a las *economías de escala*, se explican por las ingentes inversiones en I+D que estos mercados exigen, y que se reflejan en el análisis competitivo en los *sunk costs*, que constituyen una auténtica barrera de salida del mercado. La relevancia de los *efectos de red* en las plataformas digitales ha sido analizada¹⁶

14 Vid., por ejemplo: EISENMANN, T.R.: “Winner-Take-All in Networked Markets”, Case Study in *Harvard Business Review*, (February 21, 2006).

15 HOVENKAMP, H.: “The Looming Crisis in Antitrust Economics” (October 5, 2020). *U of Penn, Inst for Law & Econ Research Paper* No. 20-15. Disponible en: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3508832>

16 ROBLES MARTÍN-LABORDA, A.: “Plataformas digitales y control de concentraciones: la relevancia de los efectos de red”, en *Almacén de Derecho*, 29 de septiembre de 2017. Disponible en: <https://almacendederecho.org/plataformas-digitales-control-concentraciones-la-relevancia-los-efectos-red>

con acierto por el profesor ROBLES, con relación al control de concentraciones, a él nos remitimos.

Sin embargo, vamos a detenernos con más detalle en la cuestión de la interoperabilidad, ya que su presencia es la que impediría que hubiera un único ganador en la batalla de la tecnología, y por tanto encontrarnos ante un monopolio natural. Esto se ve con claridad en el ámbito de la telefonía móvil, en el que los usuarios de un sistema se comunican y comparten archivos con otros usuarios, con independencia del teléfono que tenga el destinatario (hasta el punto de que lo habitual cuando llamamos o enviamos un mensaje a otra persona ni sabemos qué tipo de móvil tiene, ni nos importa). Por tanto, en la medida en que los participantes en un mercado puedan cambiar libremente de operador, porque ofreciendo cada empresa productos y servicios distintos, sin embargo comparten un cierto nivel de estándar técnico, no se configurará como de *“winner-take-all”*.

Las plataformas digitales no solo compiten entre ellas, sino que también compiten con los operadores tradicionales. Sorprende por ello la reciente sentencia del Tribunal Supremo americano, en el caso *AmEx*, el primer pronunciamiento en el que se analiza la competencia en estos nuevos mercados, que afirma: *“Sólo otra plataforma de dos lados puede competir con una plataforma de dos lados”*¹⁷.

1.2. Posición dominante estable y existencia de barreras de entrada

Frente al apriorismo de que las plataformas digitales son mercados de *“winner-take-all”*, la evidencia empírica y la simple observación de la realidad parece más bien sugerir que son mercados como cualesquiera otros, con sus peculiaridades, claro, pero como el resto de los mercados las tienen también.

Por ello, ni en Estados Unidos (Sección 2ª de la Sherman Act) ni en la Unión Europea (art. 102 del TFUE) se prohíbe como tal la existencia de una posición dominante, sino el abuso que se haga de ella. Y es preciso recordar también que la intervención antitrust no sale gratis, tiene un coste de enforcement que hay que contrastar con el hipotético coste social del monopolio o la posición dominante, y hacer un ejercicio de economía procesal y calcular si es rentable intervenir, también por el riesgo de incurrir en un error de Tipo 1 (*Falso Positivo*).

En los mercados, en general, las empresas que hace unos años eran dominantes, hoy han dejado de serlo, o han desaparecido; en los mercados

17 *Ohio v. Am. Express, Co.* [2018], 138 S. Ct. 2274, 2287.

tecnológicos, este “ciclo de vida” es todavía más acelerado, y no hay más que hacer un simple recorrido histórico por las tres o cuatro décadas recientes para comprobar cómo gigantes que parecían indestronables en los sectores del hardware (IBM), telefonía móvil (Nokia), fotografía (Kodak), etc, detentan en la actualidad unas cuotas de mercado marginales.

¿Y es esta historia distinta en el ecosistema digital? Pues la realidad demuestra que no difiere del resto de mercados. Así, el otrora “dominante” navegador de Microsoft, Explorer (hoy *Edge*) no tiene en la actualidad¹⁸ más del 7% del mercado; la red social MySpace, que se lanzó en 2003, y la cual muchos vaticinaron sería un “monopolio natural permanente”¹⁹, hoy en día no está ni siquiera entre las diez primeras²⁰ a nivel mundial; y qué decir del buscador de internet Alta Vista, líder mundial desde su creación en 1995, que en el año 2000 tenía una cuota de mercado del 17.7% (frente al 7% de Google), adquirida por Yahoo en 2003, y que sencillamente dejó de funcionar²¹ como buscador independiente desde el año 2013.

Los motivos por los cuales una empresa pierde su posición dominante sobre el mercado son varios, y ciertamente se resisten a una sistematización clara: la expiración de una patente, la intervención de la autoridad antitrust, un cambio tecnológico, una transformación social que cambie las preferencias de los consumidores, etc. Lo que no parece tan evidente es que la durabilidad de la dominancia en las plataformas digitales sea mayor que en el resto de los mercados. También aquí tiene lugar continuamente la salida y entrada de competidores, las cuotas de mercado fluctúan, y las posiciones dominantes... ¡como vienen se van!

1.3. Costes decrecientes y efectos de red

Como explica la teoría económica, si el mercado que estamos examinando es un monopolio natural, y el incumbente está aplicando precios competitivos, no habrá empresa competidora (que tenga su misma estructura de costes y maneje un grado de tecnología similar) que puede hacerle frente con éxito, incluso sin que la empresa dominante incurra en ningún tipo de prácticas

18 Datos disponibles en: https://en.wikipedia.org/wiki/Usage_share_of_web_browsers (última consulta el 10 de junio de 2021).

19 “MySpace Is a Natural Monopoly”, by John Barrett (Jan 17, 2007), en: <https://www.technewsworld.com/story/55185.html>

20 Datos disponibles en: <https://gs.statcounter.com/social-media-stats> (última consulta el 10 de junio de 2021).

21 Noticia extraída de: <https://searchengineland.com/altavista-eulogy-165366> (última consulta el 10 de junio de 2021).

exclusionarias. Sobre la regulación de las plataformas se ha manifestado hace años ya el profesor ALFARO, y desde luego suscribimos su conclusión de que: “Los mercados de bienes con forma de plataforma no necesitan de especial regulación”²².

Si bien es cierto que unos costes marginales decrecientes y la aceptación creciente del producto por parte de los consumidores favorecen el “tamaño”, y puede acabar convirtiendo ese mercado en un monopolio natural, hay que tener en cuenta -y especialmente en el ecosistema digital- la presencia de efectos de red, tanto *directos* (el valor del bien aumenta a medida que aumenta el número de usuarios del mismo lado de la plataforma) como *indirectos* (el valor aumenta cuando aumentan los usuarios del otro lado de la plataforma).

Para un amplio sector doctrinal, la presencia e intensidad de estos *network effects* en los mercados dominados por las plataformas digitales constituye una insuperable barrera de entrada para nuevos competidores. Sin embargo, y como plantea el *Informe sobre las Plataformas Digitales*²³ de 2019 del *Stigler Center* de la Universidad de Chicago, este tipo de externalidades negativas sobre la competencia son fácilmente superables a través del establecimiento de estándares, o bien sencillamente -como se ha señalado en el apartado anterior- fomentando la interoperabilidad.

1.4. Diferenciación de producto

Aún en el caso de que estemos ante costes decrecientes y presencia de efectos de red significativos, la diferenciación de producto llevaría a la competencia entre plataformas, lo que impediría hablar de mercado “*winner-take-all*”. En efecto, mientras que la empresa incumbente en un monopolio natural puede expulsar a un rival del mercado simplemente aplicando un precio competitivo, para un producto similar al monopolizado, si el entrante ofrece un producto o servicio lo suficientemente distinto, se enfrenta a una curva de demanda distinta, lo que hace que haya espacio en el mercado para una nueva empresa competidora.

2. ¿Hacia una nueva prohibición de abuso de posición dominante?

22 ALFARO, J.: “La regulación de las plataformas”, 2 de mayo de 2016, en *Derecho Mercantil*, <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2016/05/la-regulacion-de-las-plataformas.html> (última consulta el 20 de diciembre de 2020).

23 Disponible en: <https://research.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf>

La propuesta de la CE de regular los mercados digitales debería limitarse a las esferas en las que realmente existen las supuestas “lagunas de aplicación” y, lo que es más importante, a las empresas que cumplen los criterios de la “condición de gatekeeper”. En ese sentido, no ayuda el hecho de que el artículo 3 de la propuesta (*Designation of gatekeepers*) caracterice esa condición con términos tan amplios y ambiguos como “significativo”, “importante”, “duradero” o “previsible”. Esto previsiblemente va a ser una fuente de obstáculos por su falta de seguridad jurídica y predictibilidad económica. Y plantea una serie de posibles confrontaciones con derechos fundamentales y principios constitucionales, así como obstáculos desde el punto de vista del Derecho de la competencia. Ambos son examinados a continuación.

2.1. Colisión con derechos fundamentales y principios constitucionales de la UE

Parece evidente que los criterios para asignar a una empresa la “condición de gatekeeper” no sólo deben definirse en condiciones objetivas estrictas, sino que también deben interpretarse y aplicarse respetando plenamente los principios ya consolidados en el acervo comunitario de *proporcionalidad* (la adecuación de los medios empleados a los objetivos perseguidos) y *legalidad*. No parece que éste sea el caso de la propuesta de la DMA, ya que define categorías jurídicas excesivamente amplias combinando criterios cuantitativos y cualitativos (véanse, por ejemplo, los párrafos 2 y 6 del artículo 3). En particular, el apartado f) del párrafo 6 del artículo 3, que añade como criterio “*otras características estructurales del mercado*”, deja la puerta abierta a la arbitrariedad y a la inseguridad jurídica.

Dado que, en virtud de este nuevo régimen, la CE estaría facultada para imponer soluciones en mercados caracterizados por “problemas estructurales de competencia” sin necesidad de identificar y determinar una infracción específica del Derecho de la competencia, surgen serias dudas sobre su compatibilidad con los principios constitucionales y los derechos fundamentales de no discriminación, presunción de inocencia y libertad de empresa. Además, la propuesta plantea serias dudas en cuanto a la seguridad jurídica de las empresas, y desdibuja la tradicional -y hasta ahora eficaz- distinción entre la regulación sectorial *ex-ante* y la aplicación *ex-post* del Derecho de la competencia.

Como veremos, la CE está prohibiendo ciertas prácticas y conductas en el mercado sobre la base de casos y asuntos que aún están pendientes: ya sea que estén siendo investigados (como los expedientes contra *Amazon* o la *Apple Store*) o que están en la actualidad sujetos a revisión judicial (como los asuntos

Google Search, Google Android, el caso alemán del Bundeskartellamt contra *Facebook*). En aras de la seguridad jurídica, esas prácticas supuestamente contrarias a la libre competencia deberían primeramente ser confirmadas -en sede de revisión jurisdiccional- antes de decretar su antijuricidad por un Reglamento comunitario. Pero, aún más importante, es que ilegalizarlas sin la previa confirmación por parte de los tribunales de la UE está en franca contradicción con el derecho a un juicio justo, la tutela judicial efectiva y los principios básicos de defensa.

Por ejemplo, según el considerando 56 de la propuesta de la DMA, parece que tener un producto de éxito (un motor de búsqueda on-line) es malo para la competencia; que los conocimientos técnicos adquiridos por la empresa (los clásicos “efectos de aprendizaje”) constituyen barreras de entrada y que, por lo tanto, se debe obligar al *gatekeeper* a dar acceso a sus activos más valiosos. No hay nada en la jurisprudencia de la UE que sugiera esta línea de razonamiento, y menos aún ese resultado impuesto por vía reglamentaria.

En ausencia de una configuración fáctica de un monopolio natural (esta cuestión se desarrolla en apartado III), la regulación *ex-ante* no está justificada. Si no hay un mal funcionamiento estructural de los mercados, no hay razón para regularlos. Y, en ausencia de un efecto anticompetitivo real y comprobado sostenido en una teoría consistente de daño (esta cuestión se desarrolla en el apartado IV), la intervención antitrust es errónea y está mal fundada, ya que está en contradicción con el principio de proporcionalidad.

En recientes publicaciones²⁴ -bien fundamentadas en una extensa investigación empírica- sobre los objetivos del Derecho de la competencia de la UE, se llega a la conclusión de que éste da prioridad al *proceso* de la competencia más que a un *resultado* directo (por ejemplo, la eficiencia, el bienestar, etc.). Tratar de alcanzar objetivos de política industrial mediante una intervención antimonopolio es sencillamente hacer un uso indebido del Derecho de la competencia.

2.2. Los obstáculos a la DMA desde el Derecho de la competencia

Como ya han puesto de manifiesto algunos comentaristas²⁵ respecto de las propuestas iniciales, es preciso cuestionarse qué es lo que el Derecho de la competencia puede conseguir en los mercados digitales, y hasta qué punto la

24 STYLIANOU, K. y IACOVIDES, M.: “The Goals of EU Competition Law - A Comprehensive Empirical Investigation” (December 4, 2020). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3735795>

25 IBÁÑEZ COLOMO, P.: “What Can Competition Law Achieve in Digital Markets? An Analysis of the Reforms Proposed” (November 2, 2020). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3723188>

aplicación de la prohibición del art. 102 TFUE puede hacerse de una forma tan novedosa que abandona prácticamente todo el acervo comunitario de jurisprudencia y doctrina sobre el abuso de posición dominante.

La DMA de la Comisión tiene como precedente inmediato el conocido informe²⁶ *Competition Policy for the Digital Era* (en adelante, el *Informe*), hecho público en abril de 2019, y que abogaba por un “endurecimiento” en la aplicación de las normas de Competencia en el ámbito digital, y cuando éstas sean insuficientes, por una mayor regulación sectorial.

Según el *Informe*, en determinadas circunstancias (relacionadas con las características específicas de los mercados digitales) la CE debería poder declarar algunas prácticas *prima facie* ilegales²⁷. Esta idea implica que las empresas que las llevan a cabo asumen la carga de la prueba y son las que -para evitar incurrir en comportamiento ilícito- deben demostrar sus efectos positivos en la competencia.

Esto, por supuesto, implica a su vez la presunción de una cierta intencionalidad infractora en la conducta de tales compañías una vez que han ganado el estatus de *gatekeepers*. Sin embargo, como es bien sabido, el Derecho de la competencia no está diseñado para adivinar la intencionalidad de las empresas respecto al modelo de negocio que van a seguir, y mucho menos respecto al diseño específico de sus productos y servicios. Por lo tanto, la supuesta necesidad de esa intervención *ex-ante* es infundada y está mal orientada, ya que la aplicación de los remedios previstos en la propuesta de la CE simplemente va en contra de lo que el Derecho de la competencia pretende lograr.

De ahí que, siguen sugiriendo estos autores, podrían surgir al menos dos posibles conflictos entre la propuesta de la CE y el Derecho de la competencia. En primer lugar, y en relación con la doctrina ya consolidada de los recursos esenciales y el abuso de la posición dominante en mercados conexos, no hay ningún fundamento en la legislación comunitaria o la jurisprudencia de la UE que justifique la obligación impuesta a las empresas dominantes de proporcionar la interoperabilidad, o la obligación de que éstas establezcan condiciones de mercado que permitan a sus competidores estar en igualdad de condiciones que ellos. Esto ya lo dejó resuelto el TJUE en sus conocidas

26 También se conoce como el “*Special Advisors’ Report*”, ya que fue encargado por la Comisión Europea a tres expertos: Jacques Crémer, Yves-Alexandre de Montjoye y Heike Schweitzer. Disponible en: <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>

27 *Vid.*, por ejemplo, el apartado relativo al “Error-cost framework” dentro del Capítulo 3: *Goals and Methodologies of EU Competition Law in the Digital Era*.

sentencias *Magill*²⁸ y *Bronner*²⁹, y a partir de ya consolidado también test de las “circunstancias excepcionales”. No hay ni asomo de fundamentación empírica en la DMA que permita explicar por qué las peculiaridades de los mercados digitales o las especificidades de las plataformas on-line justifican una alteración de esta regla y una desviación de este test.

Si la propuesta de Reglamento plasmado en la DMA tuviera éxito, representaría, en nuestra opinión, una violación injustificada de la libertad fundamental de desarrollar un negocio en la UE, e iría en contra de los principios más elementales de una economía de libre mercado. Además, de la jurisprudencia mencionada se desprende que el “deber de negociar” (*duty-to-deal*) es una excepción a la regla general de la libertad contractual y sólo puede imponerse en circunstancias excepcionales que se interpretan de manera restrictiva. Sin embargo, el Reglamento propuesto permite a la CE intervenir incluso “*si no hay un efecto demostrable en la competencia*” (página 8), lo que vuelve a suscitar serias dudas sobre la compatibilidad de la propuesta con el principio de proporcionalidad.

En segundo lugar, y como ya se ha mencionado, la inversión de la carga de la prueba, y el hecho de que, en determinadas circunstancias, se considere que una práctica comercial es *prima facie* ilegal (por lo que corresponde a la empresa en cuestión demostrar sus efectos favorables a la competencia), constituye una violación del derecho fundamental de la presunción de inocencia.

Esto es particularmente grave en el caso concreto de los mercados digitales, en los que todavía no se dispone de experiencia suficiente para calificar un comportamiento como anticompetitivo y, por lo tanto, para establecer una especie de prohibición “por objeto” en virtud del Artículo 102 del TFUE. Según la doctrina del TJUE recientemente sentada en *Banco de Budapest*³⁰, este tipo de prohibición no es apropiado cuando no se comprenden bien la naturaleza y los efectos potenciales de una conducta o un modelo comercial. En efecto,

28 Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de abril de 1995, *Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Asuntos acumulados C-241/91 P y C-242/91 P (ECLI:EU:C:1995:98).

29 Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 26 de noviembre de 1998, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG contra Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG y Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG.*, Asunto C-7/97 (ECLI:EU:C:1998:569).

30 Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 2 de abril de 2020, *Gazdasági Versenyhivatal contra Budapest Bank Nyrt. y otros*, Asunto C-228/18 (ECLI:EU:C:2020:265).

desde la conocida sentencia *Cartes Bancaires*³¹, la jurisprudencia de la UE ha sido muy cautelosa al establecer este tipo de prohibición “por objeto” y, en cualquier caso, esta categoría debe interpretarse y aplicarse siempre de manera restrictiva.

Debemos insistir en la idea ya mencionada anteriormente de que el Derecho de la competencia no favorece un modelo de negocio sobre otro y respeta las opciones legítimas de las empresas sobre cómo operan en el mercado, siempre y cuando lo hagan dentro de los límites de la ley. Pero está fuera de lugar -y esto es lo que la propuesta de la DMA de la CE pretende conseguir, en parte- imponer sistemas “abiertos” (basados en el libre acceso a terceros) o “cerrados” (en los que la empresa, incluso la dominante, decide libremente controlar su modelo de negocio y no permitir el acceso de terceros), o exigir la interoperabilidad de forma taxativa.

Además, la DMA se autoproclama supuestamente complementaria del Derecho de la competencia (considerando 5: “*Los artículos 101 y 102 del TFUE siguen siendo aplicables a la conducta de los guardianes*”); pero al dar ejemplos de las prácticas de la “lista negra”, la propuesta simplemente repite -casi literalmente- el pliego de cargos³² recientemente enviado a Amazon. Véase, por ejemplo, el considerando 43: “*Para evitar que los porteros se beneficien injustamente de su doble función, debe garantizarse que se abstengan de utilizar cualquier dato agregado o no agregado, que puede incluir datos anónimos y personales que no estén disponibles públicamente para ofrecer servicios similares a los de sus usuarios comerciales*”. Y, una vez más, esto es simplemente perder un determinado modelo de negocio, así como frenar el espíritu empresarial y el desarrollo del libre mercado.

Así pues, podemos concluir que, aunque la propuesta de Reglamento se declara “agnóstica en cuanto al modelo de negocio” (página 8), lo cierto es que el artículo 5 (*Obligations for gatekeepers*) y el artículo 6 (*Obligations for gatekeepers susceptible of being further specified*) obligan sin duda a los operadores en el mercado a adoptar una determinada forma de hacer negocios y a asumir un modelo empresarial que les viene impuesto por la Comisión Europea.

31 Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 11 de septiembre de 2014, *Groupement des cartes bancaires (CB) contra Comisión Europea*, Asunto C-67/13 P (ECLI:EU:C:2014:2204).

32 Nota de Prensa: “Commission sends Statement of Objections to Amazon for the use of non-public independent seller data and opens second investigation into its e-commerce business practices”, disponible en la web de la CE: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_2077

III. LA DEMANDA DEL DOJ EN EE.UU.

El pasado 20 de octubre de 2020 el Departamento de Justicia de los Estados Unidos (conocido en inglés por sus siglas DOJ) presentó una demanda³³ contra Alphabet Inc., la empresa matriz de Google, por abuso de posición dominante, práctica que en el ámbito antitrust norteamericano se conoce como *monopolización*.

A diferencia de la UE, que hemos visto estos años que ha llevado a cabo todo tipo de acometidas contra las grandes compañías tecnológicas, esta demanda del DOJ es la primera gran ofensiva de este tipo en un par de décadas, y en cierta forma podemos decir que ha abierto la veda a otras posteriores, como la presentada³⁴ por la FTC (*Federal Trade Commission*) contra Facebook pocos días después.

El núcleo de la demanda contra Google del DOJ -cuyo análisis en profundidad excedería el ámbito de este comentario- estriba en los contratos de distribución firmados con fabricantes de teléfonos móviles, como Apple, para que utilicen su sistema operativo Android, y que el buscador de Google sea el que se descargue por defecto, lo que le otorgaría una ventaja injustificada e impediría la entrada al mercado de sus competidores, afianzando así su situación cuasi-monopolista (recordemos que Google tiene, en EE.UU., una cuota en torno al 90% en el mercado de las búsquedas on-line) y perjudicando la innovación.

Pese a que el tratamiento que ha recibido en los medios de comunicación parece asegurar una sentencia condenatoria, no es -en nuestra opinión- un caso que vaya a ser fácil de ganar para el DOJ. Por un lado, no deja de ser irónico que en la esencia de la conducta de Google supuestamente contraria a la Sección 2ª de la Sherman Act -el equivalente norteamericano del Art. 102 TFUE- estén sus contratos de distribución del motor de búsqueda, y no una práctica unilateral. Respecto a Apple, y el buscador, la cuestión que hemos de plantearnos es si se aplica la doctrina del "common carrier", ¿están obligadas alguna de las dos partes a llegar a ese acuerdo? Y, si lo hacen, ¿no será en ejercicio de su autonomía de voluntad contractual y al amparo de la libertad de empresa? Respecto a los contratos de distribución del sistema operativo Android, aquí la demanda del DOJ tiene un cierto *de já vú* del correspondiente asunto en la UE, que analizaremos con detalle en el siguiente epígrafe.

El punto de partida de la demanda del DOJ -y aquí es patente el paralelismo con el planteamiento asumido por la Comisión Europea en la DMA- es que Google es, hoy en día, "*a monopoly gatekeeper for the internet*" (párrafo nº 1).

33 Disponible en: <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1328941/download>

34 Disponible en: <https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/1910134fbcomplaint.pdf>

Se definen como mercados relevantes el de las búsquedas generales en internet (párrafo nº 88), y el de la publicidad on-line derivada de búsquedas (párrafo nº 97) así como los anuncios de texto (párrafo nº 101) en los Estados Unidos. En todos ellos se concluye que Google tiene “poder de monopolio”, es decir, es dominante.

La conducta anticompetitiva, descrita en los párrafos nº 111 y siguientes de la demanda, consiste en aprovecharse de este poder de mercado -y los ingentes flujos monetarios que de él se derivan- para impedir el acceso a los competidores, lo que se lleva a cabo principalmente a través de los acuerdos de distribución exclusiva de su buscador, tanto en móviles y tabletas que funcionen con el iOS de Apple como en los que funcionan con su propio sistema operativo Android.

Los efectos anticompetitivos de esta conducta se recogen en el apartado siguiente, y parecen sacados de un libro de texto de Derecho de la competencia: *“Al restringir la competencia en el mercado de las búsquedas generales, la conducta de Google ha perjudicado a los consumidores reduciendo la calidad de estos servicios (...), reduciendo la capacidad de elección e impidiendo la innovación”* (párrafo nº 167).

Finalmente, y como desarrollaremos más extensamente en el epígrafe siguiente, la conducta anticompetitiva de Google se puede resumir con el término *self-preferencing*, o auto-favorecimiento, que claro, puesto en práctica por una empresa tildada de gatekeeper, pues parece ser que es automáticamente una práctica ilícita: *“Google’s monopoly in general search services also has given the company extraordinary power as the Gateway to the internet, which it uses to promote its own web content and increase its profits”* (párrafo nº 170).

Naturalmente, la empresa se aprestó a calificar la demanda como infundada³⁵, y que no beneficiaba a los consumidores, y ha sido ya objeto de múltiples análisis³⁶.

35 WALTER, K.: “A deeply flawed lawsuit that would do nothing to help consumers”, 20 Octubre 2020. Disponible en: <https://blog-google.cdn.ampproject.org/c/s/blog.google/outreach-initiatives/public-policy/response-doj/amp/>

36 *Vid.*, entre otros, GERADIN, D.: “The U.S. v. Google: A preliminary analysis in ten points”, 21 Octubre 2020. Disponible en: <https://theplatformlaw.blog/2020/10/21/the-u-s-v-google-a-preliminary-analysis-in-ten-points/amp/>

IV. LOS CASOS CONTRA GOOGLE EN LA UNIÓN EUROPEA

Posiblemente el ámbito en el que menos se ha conseguido el fenómeno económico de fluctuación de cuota de mercado al que se ha hecho referencia en el epígrafe nº 2 es en el de las búsquedas generales en internet. En efecto, aunque son diferentes los algoritmos, y hay variaciones entre los formatos, la manera de presentar resultados, y el tipo de información que ofrecen, no parece que en este mercado se vaya a equilibrar la competencia. Los datos³⁷ de búsquedas generales on-line en 2020 cifran en 92% la cuota de mercado de Google, 2.8% la de Bing, y ningún otro operador tiene más de un 2%. ¿Cómo es posible semejante preponderancia de una sola empresa?

Naturalmente, para la Comisión Europea, la explicación es evidente: Google falsea sus búsquedas para favorecer sus propios servicios, y esto justificó la sanción en 2017 en el asunto *Google Search (Shopping)*. Hay una cosa, sin embargo, que la multa de más de 2.400 millones de euros no explica; si el coste para los consumidores (*switching costs*) de cambiar de buscador es prácticamente cero, ¿por qué no se cambiaban a otras alternativas? Porque al sentirse “engañados” por el falseamiento en las búsquedas, ¿no sería esa la reacción lógica? Como es sabido, una de las funciones esenciales de una plataforma digital es minimizar los costes de búsqueda de los consumidores, a través del almacenamiento de datos y el empleo de algoritmos, y de ahí el inmenso valor económico que tiene la clasificación de resultados de búsqueda, y cómo se presenten. Pues, precisamente por eso, en nuestra humilde opinión la explicación más plausible de la apabullante cuota de mercado de Google es sencillamente que es el buscador que prefieren los consumidores, porque lo perciben como el mejor del mercado.

Como ya se ha señalado, un elemento esencial de la aplicación de la prohibición contra el abuso de dominio, contenida en el art. 102 TFUE, es la teoría del daño: una conducta que lleve a cabo una empresa dominante no puede considerarse anticompetitiva si no se constata un perjuicio para sus competidores (*abusos exclusionarios*) o los consumidores (*abusos explotativos*). En este sentido, la práctica del auto-favorecimiento es sin duda la gran protagonista de la aplicación de este precepto a las plataformas digitales. De esto ya se han hecho eco recientes aportaciones³⁸ doctrinales y a ellas nos remitimos para un estudio en profundidad. En este apartado lo que

37 Datos extraídos de: <https://gs.statcounter.com/search-engine-market-share> (último acceso el 10 de junio de 2020).

38 BERGQVIST, C.: “Discrimination and Self-Favoring in the Digital Economy” (February 4, 2020). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3531688>

haremos simplemente será una somera caracterización y un análisis crítico de su aplicación en los casos *Google Shopping* y *Google Android*.

Al hilo de la publicación de la propuesta de NCT y la regulación *ex ante* de las plataformas digitales, el pasado verano, señalaba el profesor C. BERGQVIST en *Promarket* (la publicación on-line del Stigler Center), con el sugerente encabezamiento de '*Self-Favoring in the Digital Economy and the Role of Antitrust*': "Aún a riesgo de simplificar en exceso, es difícil sustraerse a la percepción de que la economía digital es muy propensa al auto-favorecimiento"³⁹.

En efecto, ninguna de las comparecientes el pasado mes de julio ante el Congreso de los EE.UU. y reunidas bajo el acrónimo *GAF*A se ha librado, en los últimos años, de acusaciones de incurrir en prácticas supuestamente anticompetitivas de auto-favorecimiento en la Unión Europea (ver los recientes expedientes incoados contra Amazon⁴⁰ y Apple⁴¹, que se añaden a los ya "clásicos" asuntos Facebook⁴² y Google⁴³). La cuestión no es tanto si tiene lugar o no esa conducta, sino si es sancionable desde un punto de vista antitrust, y en qué medida va en detrimento de los consumidores.

Y, una vez más, en los diferentes enfoques que a este respecto han seguido las autoridades de competencia europeas y estadounidenses, se refleja con nitidez el "gap transatlántico" que existe actualmente en la regulación de los mercados en la era digital⁴⁴. Mientras que en Europa estamos embarcados en una combinación de intervenciones regulatorias (la propuesta que estamos examinando aquí es buena muestra de ello) y expedientes sancionadores antitrust, en Estados Unidos se limitan a estos últimos, y en circunstancias muy excepcionales. En términos más generales, bien puede decirse que el discurso en Europa se construye sobre la doble premisa de que los gigantes tecnológicos se lucran injustificadamente a costa de los intereses de los consumidores, y de que el Derecho de la competencia puede intervenir en cualquier momento, fácilmente y sin coste alguno.

39 <https://promarket.org/2020/08/20/self-favoring-in-the-digital-economy-and-the-role-for-antitrust/>

40 https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_40462

41 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1073

42 LOVDAHL GORMSEN, L. and LLANOS, J. T.: "Facebook's Anticompetitive Lean in Strategies" (June 6, 2019). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3400204>

43 GERADIN, D. and KATSIFIS, D.: "Trust Me, I'm Fair": Analysing Google's Latest Practices in Ad Tech from the Perspective of EU Competition Law" (October 7, 2019). *TILEC Discussion Paper* No. DP 2019-029. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3465780>

44 Permitase la referencia a: DÍEZ ESTELLA, F.: "Regulación de los mercados en la era digital: ¿*Quo vadis*, Europa?", *Revista CEF Legal*, nº 229, Febrero 2020, págs. 5-40.

Pensamos que ambos puntos de partida son erróneos, y si le añadimos el apriorismo de que las plataformas digitales son monopolios naturales y la secular cultura europea del intervencionismo de los mercados, el resultado es la DMA y los más de 8.400 millones de multa que acumula Google tras las sanciones de estos últimos años. ¿Es esta la forma de construir un mercado europeo digital? ¿Así es como vamos a crear en el viejo -nunca mejor dicho- continente un entramado industrial tecnológico capaz de competir con las empresas norteamericanas o asiáticas? Como señalaba la revista *The Economist* en un artículo del año pasado (*“Europe takes on the tech giants”*, March 23rd – 29th 2019, págs. 19 y ss.), tras analizar precisamente todos los asuntos que estamos comentando aquí, de las veinte mejores compañías del mundo en el ámbito digital, quince son americanas, y sin embargo sólo una europea. Y concluía su análisis del ámbito digital, con la dura frase de que, para muchos, Europa es vista como *“un yermo para el emprendimiento empresarial y la cuna espiritual de la burocracia”*.

Una de las premisas que nos parece más objetable del *Informe* de 2019 es la contenida en este Capítulo 2, cuando al caracterizar estos mercados afirma que *“la experiencia señala que los grandes operadores digitales ya instalados son muy difíciles de desplazar”*. Como venimos señalando en este comentario, lo que la experiencia señala es precisamente lo contrario. No es suficiente que se concluya la frase anterior con el caveat: *“aunque hay poca evidencia empírica del coste en eficiencias que supone esta dificultad”*. Porque de esta premisa se sigue una siguiente conclusión, que es aterradora para el desarrollo de los mercados digitales en Europa: que las plataformas digitales necesariamente llevan a cabo conductas anticompetitivas⁴⁵.

La valoración que un amplio sector doctrinal hizo tanto el *Informe* de 2019 como de las propuestas de NCT y regulación *ex ante* lanzadas en verano de 2020, e incluso desde mucho antes, cuando se empezaron a discutir estas cuestiones, es que la Comisión tendría que adoptar un enfoque más prudente⁴⁶ en la aplicación del Derecho de la competencia los mercados digitales, y antes de lanzarse a reformar la normativa, plantearse por qué y

45 *“Desde la óptica de la política de competencia, hay una razonable preocupación de que las empresas digitales dominantes tienen fuertes incentivos para incurrir en conductas anticompetitivas. Todos estos factores tienen un enorme peso en el modo en que la competencia tiene lugar en la economía digital; requieren una vigorosa aplicación de la normativa de competencia y justifican los ajustes en la forma en que este derecho se aplica”* (el subrayado es nuestro). Traducción propia del inglés.

46 NOOREN, P.; VAN GORP, N.; VAN EIJK, N. and O’ FATHAIGH, R.: *“Should We Regulate Digital Platforms? A New Framework for Evaluating Policy Options”*, *Policy & Internet*, Vol. 10(2), August 2018. Disponible en: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1002/poi3.177>

cómo⁴⁷. El resultado final, la DMA publicada en Septiembre de 2020, lamentablemente no ha seguido en absoluto esta pauta.

En todo el planteamiento de estos documentos se echa de menos algo de lo que también adolecen las dos decisiones sancionadoras contra Google que vamos a comentar a continuación: una teoría del daño sólida y fundamentada en datos y hechos. Así lo expresa⁴⁸ con rotundidad la profesora Pinar AKMAN en su valoración de estos pronunciamientos de la Comisión Europea. Elevar la práctica del auto-favorecimiento a la categoría de infracción antitrust -de abuso de posición dominante, contraria al art. 102 TFUE- requiere algo más que la firme convicción de Bruselas de que hay que pararle los pies al gigante norteamericano.

En el caso *Google Shopping*⁴⁹ la DG COMP entendió que se falseaban los resultados de búsquedas para dar ventajas injustificadas a sus propios servicios de comparadores de precios en las compras, y eso le valió en el 2017 una sanción de más de 2.400 millones de euros. Cuesta entender qué teoría del daño esgrime la Comisión para justificar la sanción: más que de auto-favorecimiento hablaba de sesgos en las búsquedas y discriminación a los competidores, pero a la vez no se rechaza la libertad de la empresa de configurar así los resultados. Además, y dado que nadie está obligado a usar el buscador de Google, y que es gratuito para los usuarios, su modelo de negocio precisamente se apoya en monetizar las búsquedas a través de sus otros servicios; ¿tiene que convertirse en un modelo no rentable por la obligación impuesta de asegurar la “neutralidad” absoluta en los resultados? Esto explica que la FTC (*Federal Trade Commission*) norteamericana decidiera en 2013 no continuar⁵⁰ con el expediente sancionador incoado a Google, y justifica también

47 IBÁÑEZ-COLOMO, P.: “The report on ‘Competition policy for the digital era’ is out: why change the law if there is no evidence? And how?”, 4 May 2020, in *Chilling’ Competition*. En: <https://chillingcompetition.com/2019/04/05/the-report-on-competition-policy-for-the-digital-era-is-out-why-change-the-law-if-there-is-no-evidence-and-how/>

48 AKMAN, P.: “A Preliminary Assessment of the European Commission’s Google Search Decision” (September 18, 2017). *Antitrust Chronicle*, Competition Policy International, 2017. En SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3078652>. Y AKMAN, P.: “A Preliminary Assessment of the European Commission’s Google Android Decision” (December 17, 2018), *Competition Policy International Antitrust Chronicle*, December 2018. En SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3310223>

49 https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39740

50 *Vid.* Statement of the Federal Trade Commission Regarding Google’s Search Practices In the Matter of Google Inc. FTC File Number 111-0163 January 3, 2013. Disponible en: https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/statement-commission-regarding-googles-search-practices/130103brillgooglesearchstmt.pdf

gran parte del recurso⁵¹ que Google ha planteado ante el Tribunal General contra la decisión de la Comisión.

En el caso *Google Android*⁵² la DG COMP impuso la multa más alta en la historia de la aplicación del Derecho de la competencia en Europa, más de 4.300 millones de euros, por las condiciones de licencia del sistema operativo de smartphones Android, que incluye la preinstalación de algunas App (como, por ejemplo, *Google Search* o *Google Chrome*), lo que supuestamente confería a la empresa norteamericana una ventaja anticompetitiva sobre sus rivales. En este expediente, y a diferencia del anterior, la teoría del daño sí parece más sólida (una empresa en situación de dominio que hace “bundling” de sus productos para excluir a los de sus competidores y paga a sus clientes para que impidan el acceso a competidores igualmente eficientes), lo que no queda claro es si los hechos del caso y el análisis económico del mercado relevante justifican su aplicación.

En efecto, independientemente de que se trate de auto-favorecimiento, o la práctica abusiva de ventas vinculadas (*tie-in*), o un abuso en mercados conexos⁵³ (*monopoly leveraging*) las premisas que la Comisión se apoya suscitan serios interrogantes: sobre la importancia que atribuye a las app móviles en el tráfico en internet; el que Apple no sea considerado competidor en ese segmento; o la no evaluación de la sustituibilidad de la oferta además de la de demanda. Por no hablar de la pregunta clave: si Android es gratuito, de código abierto, y las App se pueden desinstalar sin coste alguno, ¿en qué se beneficiarían los consumidores restringiendo su desarrollo? De ahí que la decisión de 2018, en el asunto *Google Android*, haya sido también muy discutida⁵⁴, y naturalmente que la empresa norteamericana también la haya recurrido⁵⁵ ante el Tribunal General.

¿Es, entonces, aplicable la teoría del daño clásica de las conductas exclusionarias a ese “trato auto-preferencial” que describe el *Informe* de 2019 en su capítulo 4? Hemos de agradecer que la Comisión Europea, el año pasado, al anunciar la tercera gran multa a Google en el asunto *Ad Sense*⁵⁶ (en este caso

51 Action brought on 11 September 2017 – *Google and Alphabet v Commission* (Case T-612/17)

52 https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_40099

53 Ya tuvimos ocasión de estudiar esta figura, en detalle, en: DÍEZ ESTELLA, F.: “La doctrina del abuso en los mercados conexos: del “*monopoly leveraging*” a las “*essential facilities*”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 248, Abril – junio 2003.

54 BERGQVIST, C.: “What to Make of Google Android?” (June 19, 2020). En SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3630974>

55 Action brought on 9 October 2018 – *Google and Alphabet/Commission* (Case T-604/18).

56 https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_40411

“sólo” fueron 1.500 millones de euros) nos recuerde⁵⁷ que el artículo 102 TFUE no impone una prohibición *per se* de este tipo de conducta, y que para constatar la infracción se requiere un estudio caso por caso⁵⁸ y sujeta a un análisis de efectos. Con todo, y pese a estas bienintencionadas declaraciones de la Comisaria Vestager, parece que hará falta un pronunciamiento del TJUE - como el de 2017 del asunto⁵⁹ *INTEL*- para que la Comisión reconsidere este tratamiento de las prácticas comerciales de empresas líderes en los mercados de alta tecnología.

57 Statement by Commissioner Vestager on Commission decision to fine Google € 1.49 billion for abusive practices in online advertising, Bruselas, 20 de marzo de 2019. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/STATEMENT_19_1774

58 Press Release: Commission fines Google €2.42 billion for abusing dominance as search engine by giving illegal advantage to own comparison-shopping service, Bruselas, 27 de junio de 2017. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_17_1784

59 Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (Gran Sala), de 6 de septiembre de 2017, *INTEL*, Asunto C-413/14 P (ECLI:EU:C:2017:632).

V. CONCLUSIONES

Con carácter general, podemos terminar este comentario destacando la enorme trascendencia la propuesta de DMA de la Comisión Europea, y cuyo resultado futuro va sin duda a reconfigurar no sólo la normativa de competencia, sino la totalidad de los mercados digitales en la UE. Hay en este momento más interrogantes que respuestas (sobre si son herramientas complementarias o sustitutivas, sobre qué es más eficaz para corregir los abusos de las empresas dominantes, sobre la capacidad de las autoridades para “prevenir” conductas de las empresas, sobre la implementación práctica de la regulación en los Estados miembros, sobre el impacto de esta normativa en la innovación tecnológica, etc.), y el debate está abierto.

Más en particular, abogamos por una labor de análisis más fáctica y legal y económicamente fundamentada en lo que al tratamiento antitrust de las plataformas digitales se refiere: no todas son iguales, no todas necesariamente se configuran como mercados “*winner-take-all*”, no todas exhiben los mismos efectos de red ni las mismas barreras de entrada. Esto contribuirá que se evite el “excepcionalismo” que habitualmente rodea a los mercados de dos o más lados: son mercados, igual que el resto, con sus peculiaridades, claro, pero no esencialmente distintos. Sobre todo, de cara a la aplicación de la prohibición del abuso de posición dominante, contenida en el art. 102 TFUE, es preciso justificar por qué -ante estas empresas en concreto- se precisa abandonar el acervo comunitario de doctrina y jurisprudencia acumulado durante años.

Finalmente, no se pretende aquí afirmar categóricamente que la práctica del auto-favorecimiento no sea anticompetitiva, y que el Derecho de la competencia no tenga por tanto que examinarla y sancionarla. Pero sí hay que señalar que también puede ser procompetitiva. Por eso su valoración antitrust ha de hacerse con cautela, examinando los hechos, y evaluando los riesgos de la intervención contra una empresa que desarrolla innovadores productos y servicios de carácter tecnológico de los que los consumidores se benefician y aprecian.

Competencia en mercados digitales y sectores regulados, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2021, págs. 111 a 131.