

**Google, Internet y Derecho de la Competencia:  
¿viejas reglas para nuevos mercados?**

Fernando Díez Estella

Premio Centro de Estudios Financieros 2014  
Modalidad Derecho Civil y Mercantil

## **Google, Internet y Derecho de la Competencia: ¿viejas reglas para nuevos mercados?**

### **ABSTRACT**

Los mercados altamente tecnológicos e innovativos, habitualmente caracterizados por un funcionamiento muy basado en las TIC presentan una serie de características que los distinguen de los mercados “tradicionales”: especial configuración de las barreras de entrada, coste marginal próximo o igual a cero, provisión de servicios gratuitos, presencia de externalidades positivas de efecto red, etc. Esto lleva a plantearse la idoneidad de algunas de las herramientas clásicas del Derecho de Defensa de la Competencia para detectar y sancionar comportamientos presuntamente anticompetitivos en estos sectores. Máxime cuando la actitud de las autoridades antitrust europeas es la de un enfoque expansivo de dichas reglas. En este trabajo se cuestiona, al hilo de casos “célebres” –*Intel* y *Microsoft*, entre otros, y recientemente el expediente seguido por la Comisión Europea contra la empresa *Google*- la aplicación del Derecho Antitrust comunitario en estos nuevos mercados. Opinamos que la innovación y desarrollo de nuestra industria tecnológica exigen que tanto las Decisiones de la CE como las Sentencias del Tribunal de Justicia adopten una postura más prudente y cauta, y sigan el planteamiento adoptado por las autoridades antitrust estadounidenses, que enjuiciando exactamente las mismas prácticas llegan habitualmente a pronunciamientos totalmente opuestos.

### **PALABRAS CLAVE**

Mercados tecnológicos; abuso de posición dominante; negativa suministro; plataformas; intervención antitrust; Intel; Google; Microsoft.

## SUMARIO

I.- Introducción .....	4
II. ¿Por qué la persecución contra empresas como <i>Google</i> , <i>Intel</i> o <i>Microsoft</i> ? .....	7
A) Caracterización de los mercados tecnológicos. ....	7
B) Complejidad de la intervención antitrust.....	10
III. ¿Viejas reglas para nuevos mercados?.....	13
A) La prohibición del artículo 102 TFUE.....	14
B) El análisis coste-error.....	17
C) El caso Intel.....	20
IV. Análisis de jurisprudencia reciente.....	23
A) Definición de mercado relevante.....	24
B) Posición dominante: efectos de red y barreras de entrada.....	28
C) El abuso de dominio y la doctrina de los “recursos esenciales”.....	30
V. Conclusiones.....	36
BIBLIOGRAFÍA .....	38

“Si un economista encuentra algo –una práctica empresarial de un tipo u otro- que no entiende, buscará una explicación de monopolio. Y si es un sector del que no sabe nada, el número de prácticas incomprensibles tiende a ser muy elevado, y la explicación del monopolio, más frecuente”  
RONALD H. COASE\*

## I.- Introducción

Como es sabido, tanto en Derecho comunitario (artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la UE) como americano (Sección 2ª de la Sherman Act) se prohíbe que una empresa abuse de posición dominante en el mercado<sup>1</sup>, mediante conductas o prácticas que restrinjan la competencia injustificadamente en detrimento de los consumidores. A este respecto, es importante recordar dos aspectos importantes: en primer lugar, no se prohíbe la posición de dominio en sí misma, sino únicamente su explotación abusiva; en segundo lugar, para acreditar la existencia de una conducta restrictiva de la competencia debería tener que demostrarse la existencia de unos efectos perjudiciales para el mercado<sup>2</sup>.

En las dos principales jurisdicciones antitrust a ambos lados del Atlántico se han tramitado en fechas recientes sendos expedientes sancionadores contra la empresa *Google* por presuntas conductas anticompetitivas de abuso de posición dominante. En Estados Unidos la investigación se cerró –al concluirse que no había habido ninguna conducta anticompetitiva– mediante un acuerdo<sup>3</sup> entre la empresa y la FTC (*Federal Trade Commission*), y en el ámbito comunitario parece que lo mismo va a ocurrir con la Comisión Europea, pero todavía no se ha formalizado el acuerdo, pese a que su texto ya ha sido filtrado<sup>4</sup> por la propia empresa.

---

\* Ronald H. Coase, *Industrial Organization: A Proposal for Research*, en POLICY ISSUES AND RESEARCH OPPORTUNITIES IN INDUSTRIAL ORGANIZATION (1972), nº 59, pág. 67.

<sup>1</sup> En nuestro derecho interno encontramos una disposición prácticamente idéntica a la norma comunitaria en el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, *B.O.E.* núm. 159, de 4 de julio de 2007.

<sup>2</sup> La aplicación “basada-en-efectos” del art. 102 TFUE parece ser un empeño de la Comisión Europea desde hace años, y que se ha plasmado en una serie de directrices publicadas a este fin, para orientar el *enforcement* comunitario de la prohibición de abuso de posición dominante, como las *Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes* (COM 2009/C 45/02, *DOUE* C 45/7, 24 de febrero de 2009). Sin embargo, como veremos a lo largo de estas páginas, desgraciadamente este enfoque no formalista parece ser algo para predicar pero no para aplicar en la práctica.

<sup>3</sup> *In the Matter of Google Inc.*, FTC File No. 121-0120 January 3, 2013, disponible en:

<http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2013/01/130103googlemotorolastmtofcomm.pdf>

<sup>4</sup> COMMITMENTS IN Case COMP/C-3/39.740 - *Foundem and others*, de 31 de enero de 2014, texto íntegro disponible en: [http://docs.dpaq.de/6448-google\\_commitments\\_full.pdf](http://docs.dpaq.de/6448-google_commitments_full.pdf).

Desde un amplio sector doctrinal<sup>5</sup> se ha apuntado –y no parece del todo desencaminada esta opinión- que uno de los principales fundamentos de dichas acusaciones de prácticas abusivas es sencillamente a que si los reguladores antitrust no entienden las conductas que se llevan a cabo en un determinado sector, presumen que la empresa dominante –titular de la plataforma en la que tienen lugar esas prácticas- está, de alguna forma, infringiendo el Derecho de la Competencia.

En ambas jurisdicciones, la americana y la europea, dos rasgos que caracterizan el actual enfoque de las autoridades a la hora de aplicar este derecho son, por un lado, una especie de fijación<sup>6</sup> contra empresas líderes en sectores intensivos en I+D y caracterizados por un gran dinamismo tecnológico (*High-Tech Markets*); y, por otro, una suerte de “amnesia” sobre principios legales y económicos largamente asimilados en el Derecho antitrust, como el hecho de que una excesiva intervención por parte de las autoridades o un enfoque extremadamente formalista puede llevar a comprometer el desarrollo económico de las empresas y los países. Así mismo, y pese a que no faltan tampoco autorizadas publicaciones<sup>7</sup> que denuncian un deseo de protagonismo mediático de los responsables de las autoridades antitrust, ya que estos asuntos siempre atraen grandes titulares de prensa, este enfoque concreto no será analizado aquí, ya que en este trabajo se abordarán las cuestiones desde ópticas más técnicas y jurídico-económicas.

En estas páginas se estudiarán, al hilo de casos que han gozado de una cierta popularidad –*Intel* y *Microsoft*, entre otros, y recientemente el expediente seguido por la Comisión Europea contra la empresa *Google*- los problemas que la aplicación del Derecho de la Competencia plantea en los sectores caracterizados por el uso de las TIC (*Tecnologías de la Información y las Comunicaciones*), que en parte coinciden con el uso de Internet como base del modelo empresarial (*web-based economy*), habitualmente operan sobre plataformas (*multi-sided markets*) y en todo caso se distinguen por tratarse de modelos de negocio innovativos y dinámicos.

Hace ya casi treinta años, la administración antitrust americana emprendió la que sería su primera gran “cruzada” contra un gigante tecnológico, líder indiscutido –entonces- de la industria informática, la compañía *IBM*. Visto con la perspectiva de estos tres lustros, y teniendo

---

<sup>5</sup> Vid., entre otros, MANNE, G. and WRIGHT, J., “Google and the Limits of Antitrust: The Case Against the Antitrust Case Against Google” (March 24, 2010), *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Vol. 34, No. 1, Winter 2011. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1577556>

<sup>6</sup> Hasta el punto de que autorizadas voces en el ámbito académico, después de analizar las últimas actuaciones contra empresas como Google han pedido a las autoridades antitrust, literalmente, que “den un respiro” al sector; EVANS, D., “A few Reflections on the FTC’s Decision on Google”, *Competition Policy International* 2012 (1), disponible en: <http://www.competitionpolicyinternational.com>

<sup>7</sup> Vid. “Will the computer industry ever escape its antitrust problems?”, *The Economist*, 7 May 2009.

en cuenta los cientos de miles de documentos examinados, las miles de horas de interrogatorio de testigos y expertos, y los millones de dólares invertidos en el caso, nadie duda ya que ha sido “uno de los mayores despropósitos en la historia de la litigación antitrust”<sup>8</sup>.

Al igual que aquella actuación ha merecido en la doctrina la calificación de “arrogante”<sup>9</sup>, nuestra propuesta, en línea con un amplio sector doctrinal que ha estudiado esta cuestión<sup>10</sup>, es la de una actitud de prudencia y cautela a la hora de aplicar las prohibiciones contenidas en la normativa antitrust a prácticas empresariales y mercados cuyo funcionamiento interno y dinámicas propias las autoridades todavía no conocen bien. Para ello tomaremos como referencia, además del análisis de las actuaciones de la Comisión Europea o el Tribunal de Justicia, los procesos que en Estados Unidos se han seguido contra las mismas empresas (*Intel*, *Microsoft* y *Google*) aunque, como veremos, con resultados bien distintos.

Las razones que nos llevan a proponer este enfoque de prudencia, análisis y actuación sobre la base de sólidos fundamentos legales y económicos, y que han apuntado ya numerosos autores<sup>11</sup> son de diversa índole:

1) Una aplicación desenfocada del Derecho de la Competencia supone un elevado volumen de recursos –tanto económicos como humanos- desperdiciados, lo que implica una pérdida grande en términos de coste-oportunidad para la autoridad de competencia que la lleva a cabo;

2) Los errores<sup>12</sup> a la hora de implementar la prohibición del abuso de posición dominio cuestionan el sentido y alcance de una figura que ya de suyo está bastante discutida, establecen precedentes que dificultan su aplicación en el futuro y aumentan la confusión sobre una norma que ya ofrece demasiadas dosis de falta de seguridad jurídica e impredecibilidad económica;

3) Sobre todo, una equivocada aplicación del art. 102 a mercados tan dinámicos y cambiantes puede resultar en un perjuicio para los consumidores, al agostar la innovación y el desarrollo de nuevos productos y servicios.

---

<sup>8</sup> BOUDIN, M., “Book Review: Forensic Economics”, 97 *HARV. L. REV.* 835 (1984), pág. 838.

<sup>9</sup> LOPATKA, J., “United States v. IBM: A Monument to Arrogance”, 68 *Antitrust L. J.* 145 (2000).

<sup>10</sup> *Vid.*, por todos, BALTO, D. and COFFMAN, B., “Using antitrust enforcement prudently in High-Tech markets”, disponible en: <http://www.dcantitrustlaw.com/assets/content/documents/2012.pdf>.

<sup>11</sup> HOUCK, S., “The Microsoft case and Google”, *Competition Policy International*, May 2012 (1), p. 2.

<sup>12</sup> Aunque, como veremos a lo largo de estas páginas, “el error es prevalente en este campo, ya que el Derecho antitrust está llamado de forma habitual a dar respuestas a problemas insolubles”, DEVLIN, A. y JACOBS, M., “Antitrust Error”, *William & Mary Law Review*, Vol. 52, Issue 1, (2010) pág. 79, disponible en: <http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol52/iss1/3>.

Para ello en este trabajo se seguirá el siguiente esquema. Tras este apartado introductorio, se lleva a cabo una somera caracterización de los mercados tecnológicos en el Apartado II, al hilo de la “fijación” que las autoridades de competencia manifiestan en abrir expedientes contra empresas como *Intel*, *Microsoft* o *Google*. Este análisis se completa en el Apartado III cuestionando la idoneidad de las clásicas categorías del Derecho antitrust para el análisis y tratamiento de estos mercados; a nuevos mercados, nuevas reglas, no las mismas de siempre. Se hará especial referencia al modo distinto –más bien, opuesto- en que se han resuelto las mismas problemáticas por los tribunales y órganos antitrust a ambos lados del Atlántico.

Todas las cuestiones planteadas en este trabajo se ilustran, en el Apartado IV con el análisis de jurisprudencia reciente. En este apartado haremos especial énfasis en las enseñanzas que se extraen de los casos *Microsoft* y *Google*; nos detendremos particularmente en este último, ya que además de ser más reciente, resulta especialmente paradigmático de los errores que pueden cometerse, así como del diferente enfoque llevado a cabo en EE.UU. y por parte de la Comisión Europea. Finalmente en el Apartado V se ofrecen una serie de conclusiones y valoración crítica.

## II. ¿Por qué la persecución contra empresas como *Google*, *Intel* o *Microsoft*?

La caracterización de los mercados que operan sobre la base de plataformas de dos o más lados, con un amplio apoyo en sistemas *on-line* y alto grado de innovación tecnológica, presenta –en líneas generales- una serie de rasgos que los distinguen de los mercados tradicionales, que históricamente han sido objeto de escrutinio antitrust. En el primer subapartado de este epígrafe se describen esos rasgos, para en el siguiente señalar la complejidad que ello significa a los efectos de aplicación del instrumental de análisis y evaluación del Derecho de la Competencia.

### A) Caracterización de los mercados tecnológicos.

1) Estructura de plataforma<sup>13</sup>: aunque no necesariamente es así en todos, muchos de estos mercados altamente tecnológicos suelen estar estructurados sobre la base de plataformas,

---

<sup>13</sup> *Vid.*, para un análisis del peculiar funcionamiento de estos mercados, EVANS, D. y NOEL, M., “Defining Markets that involve Multi-Sided Platforms Businesses: An Empirical Framework With an Application Google’s purchase of DoubleClick”, 4 AEI Brookings Joint Center for Regulatory Studies,

que conectan dos o más mercados distintos. Se distinguen en esto de la configuración clásica en la que un mercado únicamente ajustaba a través de los precios las transacciones entre oferentes y demandantes sobre un bien o servicio.

Así por ejemplo, en el caso de Google, por un lado están los usuarios del motor de búsqueda (que representan en número el núcleo del negocio, pese a que no se les cobra nada por el uso del servicio) y por otro los anunciantes y las empresas que ofrecen sus servicios a través del buscador (a las que sí se cobra por aparecer allí)<sup>14</sup>. Ambos son grupos diferenciados, pero necesarios para la existencia del producto o servicio; de hecho, el valor del bien para el segundo grupo –y su disponibilidad a pagar- aumenta en función del número de usuarios del primero.

Son muchos los aspectos económicos de este tipo de mercados que todavía están por definir, y no hay aún un modelo que explique exactamente cómo funcionan, y de ahí la complejidad de aplicarle las normas de Derecho de la Competencia “tradicionales” y el acerbo jurisprudencial que se ha ido forjando en contextos totalmente distintos, clásicos. Lo que no ofrece muchas dudas es que estas empresas que vamos a estudiar en estas páginas, y sus prácticas comerciales, han cambiado la forma de hacer negocios<sup>15</sup>.

2) Especial configuración de las barreras de entrada: a diferencia de prácticamente cualquier otro mercado o sector, Internet es un entorno empresarial fluido, cambiante, en el que la inversión es mínima y cualquiera puede entrar y amenazar la posición dominante de la empresa líder; es cierto que la existencia de una empresa consolidada dificulta la aparición de nuevos competidores, pero eso es inherente a cualquier mercado, y desde luego no es una barrera de entrada<sup>16</sup> en el sentido que se le da en el Derecho de la Competencia.

---

*Working Paper 07-18* (2007), disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1089073](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1089073); MUSGROVE, J., “Both Sides Now: a brief reflection on the Two-Sided Market Debate”, *CPI Antitrust Chronicle*, June 2013 (1), disponible en: <http://www.competitionpolicyinternational.com>

<sup>14</sup> No todos los autores comparten la opinión de que Google es un mercado-plataforma: *Vid.*, en sentido contrario a lo que aquí mantenemos LUCHETTA, G., *Is the Google Platform a Two-Sided Market?* (April 30, 2012), disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2048683>; a favor de aplicar este enfoque, para el motor de búsqueda y en general para las empresas de la llamada *economía-web*, así como para Microsoft e Intel: PAGE, W. and CHILDERS, S., “Antitrust, Innovation, and Product Design in Platform Markets: *Microsoft and Intel*”, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1914737>; y RYSMAN, M., “The Economics of Two-Sided Markets”, *23 J. ECON. PERSPECTIVES* 125 (2009).

<sup>15</sup> SIMON, P., “The age of Platform: how Amazon, Apple, Facebook and Google have redefined business (Motion Pub. 2011); Fred Vogestein, *Network Effects and Global Domination*, WIRED, May 17, 2012, disponible en: <http://www.wired.com/business/2012/05/network-effects-and-global-domination-the-facebook-strategy/>

<sup>16</sup> *Vid.*, para un análisis exhaustivo de qué se entiende por “barreras de entrada” en el Derecho de la Competencia y cómo afecta a la definición del mercado relevante, así como a la evaluación de posibles prácticas anticompetitivas, CARLTON, W., “Barriers to Entry” (2008), *ISSUES IN COMPETITION LAW AND POLICY*, Vol. 1, p. 601, 2008. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1529799>

3) Costes marginales próximos a cero: los bienes y servicios que se ofertan en el entorno digital y la *web-based economy* tienen un coste marginal próximo a cero. Es cierto que las inversiones iniciales son cuantiosas, pero una vez desarrollado el producto o la aplicación de que se trate, el coste de “fabricar” una unidad adicional es irrisorio.

4) Oferta de servicios gratis: en el caso de Google esto se percibe con claridad, ya que aplica un precio asimétrico por el uso de su buscador, haciéndolo gratuito para los usuarios y cobrando en cambio a las empresas que se anuncian en su web. Lo mismo ocurre en un sinfín de productos y servicios característicos de los mercados altamente sofisticados y que operan con las TIC: redes sociales (*Facebook, Tuenti, Twitter*); mensajería instantánea (*WhatsApp, Line, Messenger, BlackBerry*); correo electrónico (*Gmail, Yahoo, Hotmail*); voz sobre IP (*Skype, Viber*); etc.

Desde siempre el Derecho de la Competencia se ha caracterizado por penalizar más duramente las prácticas restrictivas que se implementaban a través de los precios (*price competition*), frente a otras conductas sobre otros elementos de la prestación (*non-price competition*) por entender que estaban afectando al elemento clave en correcto y libre juego de la oferta y la demanda en el mercado. Así, se persiguen y sancionan con especial énfasis las políticas de descuentos de fidelidad, precios abusivos, discriminatorios, excesivos, etc, frente a otras prácticas anticompetitivas no basadas en precios. Lo que nos lleva a preguntarnos, ¿cómo opera esta prohibición cuando el bien o servicio se ofrece gratis?

5) Los costes de cambio (*switching costs*) para el usuario son mínimos: a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurría en el caso *Microsoft*, que una vez el adquirente tenía instalado Windows en su PC el coste de cambiar de Sistema Operativo era elevado (no tanto por el precio, sino por la incomodidad de desinstalarlo, instalar el nuevo, añadir las aplicaciones, riesgo de perder información relevante, etc.), a un usuario descontento con su buscador no le cuesta lo más mínimo pasarse a otro<sup>17</sup>. De hecho los estudios de mercado demuestran que los usuarios trabajan en ocasiones con varios buscadores (*Google, Bing, etc.*) abiertos a la vez, de la misma manera que mucha gente habitualmente maneja varias cuentas de correo (*Gmail, Yahoo, Hotmail, Outlook, etc.*).

---

<sup>17</sup> Se ha dicho, gráficamente, que a diferencia del método de Microsoft, de “encadenar” al usuario a su sistema operativo (sistema de *lock-in*), en el mercado de búsquedas on-line “*competition is a click away*”.

6) Presencia de efectos de red<sup>18</sup> (*network effects*): derivado de la primera característica que hemos señalado, el mayor número de usuarios de una plataforma atrae a más empresas – sean desarrolladoras de programas, aplicaciones, anunciantes, etc.- lo que hace la plataforma más atractiva, lo que a su vez atrae a más usuarios, etc. Este efecto “decantamiento”<sup>19</sup>, sin embargo, no dura por siempre; la misma naturaleza evolutiva y dinámica de estos mercados, y el resto de rasgos característicos del entorno digital y la innovación como principal arma estratégica llevan a que el ciclo tenga un fin, y la empresa o plataforma que domina el mercado sea sustituida por otra.

En los casos que vamos a examinar en estas páginas observamos la fuerte presencia de estos “efectos de red”: los servidores de grupo y sistemas operativos se benefician de fuertes efectos de red, cuantas más aplicaciones alberguen, mayor número de usuarios atraerán, lo que llevará a los programadores a desarrollar más aplicaciones (*Microsoft*); en el ámbito de los microprocesadores, las cada vez mayores exigencias de I+D+i para el desarrollo de nuevas prestaciones y los ingentes volúmenes de capital y ‘know-how’ acumulado conlleva que sólo las grandes empresas puedan tener sus propias fábricas (*Intel*); en el mercado de las búsquedas on-line, son los usuarios finales los que hacen atractivas las plataformas, lo que atrae a las empresas para anunciarse en ellas, lo que aumenta el valor añadido de las búsquedas, y atrae a más usuarios (*Google*).

## **B) Complejidad de la intervención antitrust.**

La peculiar caracterización de estos mercados, que acabamos de reseñar, hace que la evaluación antitrust de las prácticas comerciales que tienen lugar en ellos sea particularmente compleja, por una serie de razones:

1) En primer lugar, porque en estos casos –como en casi todos los que son sometidos a un escrutinio por parte de las autoridades antitrust- nos encontramos ante conductas empresariales que pueden tener efectos tanto positivos como negativos para la competencia en el mercado. Será tarea del regulador analizar las conductas, y prever los posibles resultados

---

<sup>18</sup> *Vid.*, para un estudio en profundidad de este rasgo: DÍEZ ESTELLA, F., “Google, in the Aftermath of Microsoft and Intel: The Right Approach to Antitrust Enforcement in Innovative High Tech Platform Markets?” (June 12, 2012). Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2082882>.

<sup>19</sup> En la Decisión de la CE contra *Microsoft* (COMP/C-3/37.792), el efecto “tipping” fue uno de los argumentos para considerar el empaquetamiento de productos (*SO Windows + Windows Media Player*) como una conducta contraria al entonces artículo 82 del Tratado CE. *Vid.*, § 946, 968, 1017, 1071. Diez años después, y aún en la hipótesis de que la CE no hubiera impuesto, junto con la multa, el “remedy” de vender una versión del Windows sin el WMP, ¿alguien cree que Microsoft iba a dominar el mercado de la música on-line meramente por unir su reproductor multimedia al sistema operativo?

tanto a corto como a largo plazo, y evitar que su intervención comprometa la innovación y el desarrollo de las empresas<sup>20</sup>. En el contexto de mercados dinámicos, en evolución y cambio continuos, y con el empleo de novedosas tecnologías, distinguir entre comportamientos pro-competitivos y anti-competitivos puede resultar una tarea realmente difícil.

A esta dificultad se le añade el hecho de que la aplicación de la prohibición contenida en el artículo 102 TFUE es ya compleja y difusa por sí misma. En efecto, como señalaremos más detalladamente en un epígrafe posterior<sup>21</sup> –al analizar la figura del abuso de posición dominante– se trata ésta de una de las áreas más confusas de todo el Derecho de la Competencia comunitario, y como tal ha sido objeto de críticas por la más autorizada doctrina<sup>22</sup>.

2) En segundo lugar, porque las grandes empresas tecnológicas son habitualmente líderes en sus respectivos sectores, lo que equivale, en términos antitrust, a la categoría de “empresa dominante”, lo que su vez lleva –en ocasiones– a esa especie de sospecha obsesiva por parte de algunas autoridades de la competencia de presuponerles un comportamiento abusivo. En efecto, en estos mercados la competencia es *por* el mercado y no *en* el mercado<sup>23</sup> (*winner-takes-it-all*), y la decisión regulatoria es optar<sup>24</sup> por lo que se ha venido en llamar una innovación “incremental” (que el mercado poco a poco vaya generando las eficiencias) o una innovación “disruptiva” (que una empresa alumbrase un modelo de negocio totalmente nuevo que cambie el paradigma de un día para otro).

Como ha señalado acertadamente un autor estudiando estos mercados: “*Los mercados de alta tecnología están habitualmente caracterizados por ingentes inversiones iniciales en I+D, una intensa competencia por innovaciones ‘rompedoras’, y amplias economías de escala,*

---

<sup>20</sup> JENNY, F., “The CFI Decision in *Microsoft*: Why the European Commission’s guidelines on abuse of dominance are necessary and possible”, *Global Competition Policy*, nº 2, Enero 2008.

<sup>21</sup> *Vid.*, INFRA, III. A) La prohibición del artículo 102 TFUE.

<sup>22</sup> *Vid.*, recientemente, un completo libro que analiza la prohibición del artículo 102 TFUE, tal cual está siendo aplicada por las autoridades comunitarias de competencia, y se hace eco –y lo fundamenta– de las principales críticas y quejas vertidas contra el actual estado de la cuestión: AKMAN, P., *The concept of Abuse in EU Competition Law*, Ed. Hart Publishing, Oxford 2013.

<sup>23</sup> En el caso *Microsoft* es evidente que tanto la Comisión Europea como el Tribunal de Justicia al confirmar la decisión entienden que la competencia en el mercado es preferible a la competencia por el mercado, y de ahí que obliguen a revelar información de la empresa dominante para que otros puedan competir con ella, pese a que ello reduce sus incentivos a la innovación y desarrollo de sistemas y productos que, por ser preferidos por los consumidores, se convierten en el “estándar” en el mercado. *Vid.*, un análisis crítico a esta postura de las autoridades antitrust comunitarias, y sobre la discusión entre la opción de competencia *en* el mercado o *por* el mercado, en PARDOLESI, R. y RENDA, A., “The European Commission’s case against Microsoft: Kill Bill?”, *27 World Comp.* 513 (2004), pág. 524.

<sup>24</sup> Sobre las ventajas e inconvenientes de una u otra opción, *Vid.*, LAROUCHE, P., “The European Microsoft case at the crossroads of competition policy and innovation”, *TILEC Discussion Paper 2008-021* (Mayo 2008), disponible en <http://ssrn.com/abstract=1140165>, pág. 8.

así como efectos de red que generan cuantiosas ganancias en un corto periodo de tiempo para el innovador más exitoso. Estas son las características de los mercados ‘winner-take-all’<sup>25</sup>.

A este respecto, en la reciente sentencia *United States v. Bazaarvoice, Inc.*<sup>26</sup>, en la que se evalúan los efectos sobre la competencia de la fusión entre dos empresas características de estos sectores –plataformas online para hacer ratings de productos financieros- se señala (nn. 19-20) que “este sector está en una fase inicial de desarrollo, rápidamente cambiante, fragmentado, y sujeto a alteración radical por la innovación tecnológica (...)”, por lo que se concluye que “la futura composición del sector en su conjunto es totalmente impredecible”.

3) Por último, la peculiar configuración de las barreras de entrada a la que hemos hecho referencia anteriormente hace que estos mercados sean altamente contestables<sup>27</sup>. La historia muestra que es frecuente que las “posiciones de superioridad aplastante” dejen de serlo de un día para otro, y empresas que parecía que dominaban un mercado sean superadas por un cambio de estándar, la innovación tecnológica, cambios en los hábitos de consumo o gustos –más o menos pasajeros- de los usuarios. Dado que, pese a su aparente liderazgo en un sector determinado, estos gigantes tecnológicos no pueden dormirse en los laureles, sino que han de esforzarse por seguir creciendo, a veces desarrollan agresivas políticas comerciales que atraen la atención de los reguladores<sup>28</sup>. Esto se ve agravado por el hecho –frecuente en el ámbito de las patentes- de que los competidores están empezando a usar las denuncias antitrust contra las empresas líderes del mercado como estrategia competitiva dirigida a erosionar y desestabilizar al rival.

Es en este peculiar contexto en el que tiene que desarrollarse el “juicio” sobre las conductas de las empresas, y su evaluación desde el punto de vista de infracción del Derecho de Defensa de la Competencia. Se entiende por ello cómo el balance entre evitar los errores de tipo I (*falso positivo*, condenar una conducta lícita) y los de tipo II (*falso negativo*, dejar impune una conducta restrictiva de la competencia) es especialmente delicado. A ello nos dedicamos en el siguiente epígrafe.

---

<sup>25</sup> ECONOMIDES, N., “The Economics of Networks”, 14 *J. INT’L J. INDUS. ORG.* 675 (1996), pág. 683.

<sup>26</sup> *United States v. Bazaarvoice, Inc.*, N° 13-cv-00133-WHO, slip op. (N.D. Cal, 8 January 2014).

<sup>27</sup> No faltan autores que opinan todo lo contrario, que el grado de concentración del mercado –por ejemplo, en las búsquedas en Internet que se llevan a cabo a través de Google- irá aumentando con el tiempo, y ello justifica una intervención antitrust; *Vid.*, por todos, POLLOCK, R., *op.cit.*

<sup>28</sup> Se ha señalado igualmente que los reguladores y las agencias antitrust parecen estar empeñadas y exhiben una cierta ansiedad en su peculiar ‘cruzada’ contra estas empresas (Facebook, Apple, Amazon, Microsoft, Intel, etc.) por la visibilidad que este tipo de expedientes tienen; CASS, RONALD A., “Antitrust for High-Tech and Low: Regulation, Innovation, and Risk”, *Journal of Law, Economics & Policy*, VOL.9 [2], pág. 2, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2138254>.

### III. ¿Viejas reglas para nuevos mercados?

En unos mercados así caracterizados, con las peculiaridades en cuanto a su estructura competitiva y las estrategias que las empresas desarrollan, los nuevos modelos de negocio que inventan, ¿es apropiado el empleo de las herramientas que tradicionalmente ha empleado el Derecho de la Competencia, o éstas se revelan como inadecuadas y obsoletas<sup>29</sup>?

La cuestión es válida tanto para el análisis de conductas como el de operaciones de concentración<sup>30</sup>; de hecho, la mayor parte de las herramientas analíticas que se utilizan en el ámbito de las conductas restrictivas de la competencia (acuerdos colusorios, abuso de posición dominante), han sido tomadas del ámbito del control de concentraciones. Sin embargo, para evitar dispersar el foco de análisis, en este trabajo nos limitaremos a las conductas restrictivas de la competencia, y dentro de ellas a las que se le han imputado a *Intel*, *Microsoft* o *Google*: el abuso de posición dominante.

Este debate ya se ha planteado en la doctrina<sup>31</sup> desde hace tiempo, y lo cierto es que a día de hoy no hay un consenso sobre la adecuación del “instrumental” clásico para el análisis y evaluación de los nuevos mercados tecnológicos, y la correcta comprensión de los nuevos modelos de negocio y prácticas empresariales. Está claro, como ha señalado en fechas muy recientes –y en donde se considera que es el corazón de la innovación tecnológica americana, Silicon Valley- la responsable antitrust del Departamento de Justicia Americano, hablando de las operaciones de concentración, que “*los mercados de alta tecnología no tienen una patente de corso, y su impacto sobre la competencia habrá de evaluarse caso por caso*”<sup>32</sup>.

Lo que desde luego es contraproducente es la evaluación de mercados *dinámicos* con herramientas analíticas *estáticas*: v.gr. la definición de mercado relevante que atienda únicamente a la cuota de mercado de una empresa en un momento dado<sup>33</sup>. En estos mercados de alta tecnología la cuota de mercado, a los efectos de determinación del poder de mercado de una

---

<sup>29</sup> GRAGLIA, L. A., “Is Antitrust Obsolete?”, *Harv. J. L. & Pub. Pol’y*, Vol. 23 (1), Otoño 1999.

<sup>30</sup> FISHKIN, J., “Bazaarvoice: Applying Traditional Merger Analysis to a Dynamic High-Tech Market”, *CPI Antitrust Chronicle*, March 2014 (1), disponible en: [www.competitionpolicyinternational.com](http://www.competitionpolicyinternational.com)

<sup>31</sup> *Vid.*, por todos, AHLBORN, C.; EVANS, D. y PADILLA, A. J., “Competition Policy in the New Economy: Is European Competition Law Up to the Challenge?”, *ECLR*, Vol. 22 (5), Mayo 2001.

<sup>32</sup> HESSE, R., *At the Intersection of Antitrust & High-Tech: Opportunities for Constructive Engagement*, Remarks as Prepared for the Conference on Competition and IP Policy in High-Technology Industries, Stanford (CA) 22 de enero de 2014; disponible en: <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/303152.pdf>

<sup>33</sup> Así lo señala, entre otros muchos autores, CASS, R., *op.cit.*, pág. 3: “Los problemas surgen, en parte, porque los efectos de red son *dinámicos*, mientras que las principales herramientas para el análisis antitrust –sobre todo respecto a la definición de mercado relevante- son *estáticas*”.

empresa, puede considerarse como “irrelevante”<sup>34</sup> y por tanto el poder de mercado que supuestamente confieren “pasajero”<sup>35</sup>.

Como señaló acertadamente el Tribunal de Apelación en *Microsoft*:

“[L]os veloces cambios tecnológicos llevan a sectores en los que las empresas compiten, a través de la innovación, por un dominio temporal del mercado, del cual pueden ser desplazados por la siguiente oleada de nuevos desarrollos de productos”<sup>36</sup>.

Este epígrafe estará estructurado en tres apartados: A) la prohibición contenida en el artículo 102 TFUE, en el que se exponen –muy someramente- las reglas y principios del abuso de posición dominante; B) el análisis coste-error, que es la propuesta que en este trabajo se va a plantear como el enfoque más adecuado para la intervención antitrust en mercados tecnológicos; y, C) el caso *Intel*, que ilustra las problemáticas descritas, y es un antecedente necesario para el análisis posterior de los casos *Google* y *Microsoft*, y que en fechas muy recientes ha sido objeto de un histórico pronunciamiento por parte del Tribunal General.

#### **A) La prohibición del artículo 102 TFUE.**

A diferencia del ámbito de los acuerdos colusorios, en el que, además del Reglamento 1/2003, se han publicado importantes documentos orientativos y directrices tanto en el ámbito de los verticales como horizontales o el control de concentraciones, que se ha visto sustancialmente modificado con la reforma operada por el Reglamento 139/2003, que también entró en vigor el 1 de mayo de 2004, faltaba por modernizar en el Derecho comunitario de la competencia el entonces artículo 82 del Tratado CE –actualmente artículo 102 TFUE-, sobre el abuso de posición dominante, la práctica en la que habrían incurrido *Google*, *Intel* y *Microsoft*.

A esta necesidad de “clarificación” dio respuesta la Comisión Europea con un proceso de reforma, cuyo pistoletazo de salida fue la publicación, en Diciembre de 2005, de su *Discussion Paper* sobre la aplicación del Artículo 82 del Tratado CE a los abusos de exclusión<sup>37</sup>, que fue sometido a consulta pública hasta marzo de 2006.

---

<sup>34</sup> PATTERSON, M., “Google and Search Engine Market Power”, *Fordham University School of Law WP Series* (April 27, 2012), pág. 3 y ss.; disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2047047>.

<sup>35</sup> HESSE, R., *op.cit.*, pág. 5.

<sup>36</sup> *U.S. v. Microsoft*, 253 F.3d 35 (D.C. Circuit 2001), n. 49.

<sup>37</sup> <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/index.html>.

Hay cierta unanimidad en la doctrina en cuanto a que dicho objetivo no se logró<sup>38</sup>, o por lo menos en los términos y alcance en que estaba planteado<sup>39</sup>, no quedando claro además si este proceso se trataba de una revisión o una reforma<sup>40</sup> del entonces artículo 82, aunque desde luego marcaba una esperanzadora pauta de convergencia<sup>41</sup> con la aplicación de la prohibición del abuso de posición dominante contenida, en EE.UU., en la Sección 2ª de la Sherman Act.

A los pocos años se publicó otro documento, las *Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*<sup>42</sup>, largamente anhelado por la doctrina, pero que más que orientar han venido a enturbiar<sup>43</sup> aún más el marco analítico de los abusos excluyentes –nada se dice de los explotativos- y en absoluto ha contribuido a arrojar mayor seguridad jurídica y previsibilidad a la prohibición del abuso de posición dominante en el Derecho comunitario de la competencia.

Queda, por tanto, mucho camino que recorrer, y ya hemos hecho referencia a autores que han señalado puntos concretos, como por ejemplo la artificial diferenciación entre abusos eliminatorios y explotativos<sup>44</sup>. Sin embargo, lo más problemático es sin duda el enfoque formalista que, pese a lo predicado en las *Orientaciones* de 2009, sigue impregnando la aplicación de esta prohibición a las prácticas empresariales de empresas dominantes.

Un ejemplo reciente lo tenemos en el ámbito de los descuentos de fidelidad<sup>45</sup>. En la Sentencia *Hoffmann-La Roche c. Comisión*<sup>46</sup> ya se estableció, sin ningún género de duda, la ilegalidad en el derecho comunitario de la competencia de estos descuentos cuando quien los

---

<sup>38</sup> DÍEZ ESTELLA, F., “El *Discussion Paper* de la Comisión Europea: ¿reformas en la regulación del artículo 82 del Tratado CE?”, *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, nº 242, Mayo 2006.

<sup>39</sup> Vid. una visión crítica en DIBADJ, R., “Art. 82: gestalt, myths, questions”, *Santa Clara Computer High Technological L.J.*, Vol. 23, 2007, págs. 615-641.

<sup>40</sup> ALLENDESALAZAR CORCHO, R., “El abuso y sus efectos. Modernización del artículo 82 TCE: Revisión o Reforma”, en MARTÍNEZ LAGE, S. y PETITBÓ JUAN, A. (dir), *El abuso de la posición dominante*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2006, págs. 155 y ss.

<sup>41</sup> McDAVID, J. y COUMES, J-M., “Prospects for Convergence in the United States and the EC Approach to Dominant Single Firms”, *Global Competition Policy*, Octubre 2008 (2).

<sup>42</sup> COM 2009/C 45/02, *DOUE C 45/7*, 24 de febrero de 2009.

<sup>43</sup> GERADIN, D., “Is the Guidance Paper on the Commission’s Enforcement Priorities in Applying Article 102 TFEU to Abusive Exclusionary Conduct Useful?”, (March 12, 2010), disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1569502>.

<sup>44</sup> AKMAN, P., *The concept of Abuse in EU Competition Law*, Ed. Hart Publishing, Oxford 2013, páginas 180 y ss.

<sup>45</sup> Que son, como no podía ser de otra manera, los “protagonistas” del caso *INTEL* y la reciente Sentencia del TG, que se analiza en el epígrafe correspondiente (Vid., INFRA, III. C) El caso *INTEL*).

<sup>46</sup> Sentencia del TJCE, de 13 de febrero de 1979, *cit.*: “*lo mismo se predica si la empresa, sin vincular a sus compradores bajo un compromiso formal aplica, bien por los términos de los acuerdos concluidos con dichos compradores o unilateralmente, un sistema de descuentos de fidelidad, esto es, descuentos condicionados a que el cliente obtenga todo o la mayoría de sus suministros –da igual que la cantidad que compre sea grande o pequeña- de la empresa en posición dominante*” (Apartado 89).

aplica es una empresa en situación de dominio. Igualmente, en la Decisión *Virgin – British Airways*, la Comisión ha vuelto a insistir (recogiendo expresamente la doctrina *Hoffmann y Michelin*) en la ilegalidad de los programas de descuentos y comisiones cuando “*están claramente relacionados con la fidelidad y no con la mejora de los rendimientos*”<sup>47</sup>.

Naturalmente, este enfoque no ha estado exento de críticas, y la doctrina se ha preguntado si “¿está justificado un tratamiento tan hostil de los sistemas de descuentos? La aplicación del Derecho antitrust en este campo parece aproximarse a una prohibición *per se* de los descuentos que no estén relacionados con los costes aplicados por las empresas en situación de dominio. Ese tipo de política es a la vez confusa y motivo de confusión”<sup>48</sup>. En idénticos términos se han pronunciado otros autores<sup>49</sup> al estudiar esta materia, con motivo concretamente de la Sentencia<sup>50</sup> del Tribunal General en el asunto *Tomra*.

Este asunto sobre descuentos de fidelidad es el primero que se decide tras haberse iniciado el proceso de “modernización” de la prohibición de abuso de posición dominante al que se ha hecho referencia anteriormente, y su análisis supone por ello un buen ejercicio para comprobar hasta qué punto este proceso está suponiendo un abandono del enfoque formal y legalista que durante años ha seguido el *enforcement* comunitario en esta materia para abrazar un enfoque más económico y basado en efectos.

Al hilo de lo manifestado por el TG en su sentencia, “*a los efectos del establecimiento de una infracción del artículo 102 TFUE, no es necesario demostrar que el abuso en cuestión haya tenido un impacto real en los mercados relevantes. Es suficiente, a este respecto, demostrar que la conducta abusiva de la empresa en posición dominante tiende a restringir la competencia o, en otras palabras, que dicha conducta es capaz de tener dicho efecto*”<sup>51</sup>, la conclusión es que –desgraciadamente– no se ha abandonado todavía del todo el enfoque formalista previo al *Discussion Paper* de 2005 y las *Orientaciones* de 2009.

En efecto, el TG consideró que, teniendo en cuenta la superioridad tecnológica de *Tomra* en el sector en el que operaba, unido a su elevada cuota de mercado -61%- su política de descuentos de fidelidad y de acuerdos de exclusiva era abusiva, y contraria al artículo 102

---

<sup>47</sup> Decisión 2000/74/CE, de 14 de julio de 1999, *cit.*, considerando 102.

<sup>48</sup> RIDYARD, D., “Foreclosing Reason? The EC Commission’s Policy on Dominant Firms Discounts”, *NERA Competition Brief*, nº 11, Marzo 2000, pág. 1.

<sup>49</sup> MIRALLES MURCIEGO, G., “Tomra, fidelity rebates and new approaches to abuse of dominant position”, Ponencia presentada en el *I Congreso Internacional de Derecho de la Unión Europea*, Universidad Autónoma de Madrid, 14 y 15 de julio de 2011.

<sup>50</sup> Sentencia del TG, de 2 de septiembre de 2010, Asunto T-155/06, *Tomra Systems ASA y otros c. Comisión Europea*.

<sup>51</sup> Sentencia del TPI de 17 septiembre 2007, As. T-201/04, *Microsoft/Comisión*, Apartados 289 y 290.

TFUE, dado que provocaba un efecto de “cierre de mercado” (*foreclosure*), que es el gran enemigo a vencer en el análisis de abusos de tipo excluyentes o eliminatorios.

## B) El análisis coste-error.

En nuestra opinión, el marco analítico adecuado para evaluar la intervención antitrust en los mercados de alta tecnología e intensa innovación es la propuesta por el profesor EASTERBROOK en su clásica formulación<sup>52</sup> del *análisis coste-error*, que se construye sobre dos premisas:

- 1) Los falsos positivos (errores de tipo I) son más costosos que los falsos negativos (errores de tipo II) ya que éstos pueden autocorregirse con el tiempo, y sus efectos sobre el mercado mitigarse; aquellos no, y sus efectos son más difíciles de rectificar.
- 2) Ambos tipos de errores son inevitables, ya que la “dificultad de distinguir entre prácticas procompetitivas y prácticas anticompetitivas”<sup>53</sup> es inherente al análisis de la conducta unilateral de las empresas dominantes.

Otros autores han aplicado este mismo enfoque a la llamada “Nueva Economía”<sup>54</sup> y a los mercados –como los que estamos comentando en este trabajo– en los que la innovación<sup>55</sup> como estrategia competitiva es un rasgo esencial, con resultados plenamente satisfactorios. Naturalmente, hay autores<sup>56</sup> que se manifiestan contrarios a adoptar este enfoque, y en este sentido se trata de un debate abierto en la actualidad y del que todavía no ha salido una postura clara y universalmente admitida.

De lo que no hay duda es que, en Derecho antitrust, más que en ningún otro campo del ordenamiento, el error está presente y es, hasta cierto punto, inevitable: “*Su metodología analítica es desesperadamente imprecisa. Los términos económicos que están en el núcleo de*

---

<sup>52</sup> EASTERBROOK, FRANK H., “The Limits of Antitrust”, 63 *Texas Law Review* 1 (1984).

<sup>53</sup> EVANS, D. y PADILLA, J., “Designing antitrust rules for assessing unilateral practices: a Neo-Chicago approach”, *University of Chicago Law Review*, Vol. 72, Winter 2005, pág. 6; disponible en: <http://ssrn.com/abstract=580882>.

<sup>54</sup> POSNER, R., “Antitrust in the New Economy”, 2 *John M. Olin Law & Econ. Working Paper No. 106*, (2000), disponible en: <http://www.law.uchicago.edu/files/files/106.Posner.pdf>

<sup>55</sup> MANNE, G. y WRIGHT, J., “Innovation and the Limits of Antitrust”, 6 *Journal of Competition and Economics* 153 (2010).

<sup>56</sup> El autor que encabeza el movimiento contrario a esta postura es WILLIAMSON, O., “Delimiting Antitrust”, 76 *Georgetown Law Journal* 271, 280 (1987).

*las principales cuestiones debatidas –“coste”, “mercado”, “poder de mercado”, y “barreras de entrada”- son o muy vagas, o discutibles, o ambas cosas a la vez*<sup>57</sup>.

Por su parte, cuando la Comisión Europea evaluó si *Microsoft* debía revelar información técnica sobre su Sistema Operativo Windows para ganar en interoperabilidad con sus competidores –principalmente, Java y Sun Microsystems- su razonamiento fue el contrario: entre proteger el derecho de la empresa a recuperar sus inversiones y favorecer futuras inversiones mediante el ejercicio de un Derecho de Propiedad Industrial ( “innovación disruptiva”) o permitir que sus competidores tuvieran acceso a esos protocolos y especificaciones del código fuente (la “innovación incremental”) se decantó por lo segundo:

*“[E]n definitiva, el posible impacto negativo que sobre los incentivos a innovar tendría la obligación de revelar la información requerida se ve superado por el impacto positivo en la innovación en el sector en su conjunto (incluida la propia Microsoft). Por tanto, la necesidad de proteger los incentivos de Microsoft para innovar no puede constituir una justificación objetiva que compense las circunstancias excepcionales identificadas”*<sup>58</sup>.

No podemos estar más en desacuerdo con este enfoque de la Comisión Europea, que luego fue refrendado por el hoy Tribunal General (entonces Tribunal de Primera Instancia), y desde luego ha sido valorado muy críticamente por un amplio sector doctrinal<sup>59</sup>, entre otras cosas por los motivos que aquí estamos apuntando. En su núcleo, el enfoque coste-error es un marco analítico simple pero efectivo que exige evidencia<sup>60</sup> empírica para sustentar –sobre la base de argumentos económicos sólidos- la opinión sobre las consecuencias en el mercado de determinadas prácticas empresariales. Además, y a diferencia de otros enfoques más teóricos y difusos, arroja unos resultados óptimos en términos de reglas aplicables, previsibilidad económica y seguridad jurídica.

---

<sup>57</sup> DEVLIN, A. y JACOBS, M., *op.cit.*, pág. 86.

<sup>58</sup> Decisión de la Comisión, de 24 de marzo de 2004, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 82 del Tratado CE (COMP/C-3/37.792 *Microsoft*), § 783.

<sup>59</sup> HAGIU, A. y PADILLA, J., “Los Estados Unidos contra Microsoft: innovación, integración tecnológica y Derecho de competencia”, *Gaceta Jurídica de la Competencia*, nº 215, Septiembre 2001; y, JIMÉNEZ LAIGLESIA, J. M., “El asunto Microsoft: competencia y tecnología”, *Gaceta Jurídica de la Competencia*, nº 215, Septiembre 2001.

<sup>60</sup> En estos mercados de alta tecnología, más que en ningún otro tipo de sectores, esto es una exigencia fundamental para imputar a una empresa una conducta anticompetitiva. *Vid.*, a este respecto, la opinión de un académico –firme defensor en todos sus artículos del enfoque *coste-error*- y que en fechas recientes se ha incorporado a la FTC (Federal Trade Commission): WRIGHT, J., “Evidence-Based Antitrust Enforcement in the Technology Sector”, *CPI Antitrust Chronicle*, March 2013, disponible en: [www.competitionpolicyinternational.com](http://www.competitionpolicyinternational.com).

Llama la atención, por ello, que las autoridades de Competencia comunitarias adopten una actitud tan agresiva y poco cautelosa, a diferencia de lo que lleva ya años haciendo el Tribunal Supremo americano, que en recientes asuntos como *Leegin*<sup>61</sup>, *Linkline*<sup>62</sup> y *Trinko*<sup>63</sup>, se muestra en cambio contrario a esta interpretación expansiva de la prohibición de abuso de posición dominante. A este respecto, es muy elocuente cómo formula este análisis *coste-error* el Juez Scalia en la última de las Sentencias citadas, recogiendo el razonamiento de otro histórico pronunciamiento, *Matsushita Elec. Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.*<sup>64</sup>:

*“Frente a la más mínima ventaja de una intervención antitrust, tenemos que contraponer una evaluación realista de sus costes. Las inferencias erróneas y su consecuencia, una equivocada condena, ‘son especialmente costosas, porque impiden la conducta que precisamente las leyes antitrust se diseñaron para proteger’. El coste de los falsos positivos sugiere una postura contraria a la excesiva expansión de la responsabilidad antitrust de la Sección 2 [de la Sherman Act]”*<sup>65</sup>.

En este sentido, nunca se podrá insistir suficientemente en la importancia de valorar la relación entre los errores derivados de una imputación de responsabilidad antitrust equivocada, y los costes sociales y económicos de estos falsos positivos en los mercados de alta tecnología<sup>66</sup>, en los que la innovación –en productos, servicios y modelos de negocio- es la esencia del proceso competitivo, y donde una intervención equivocada por parte de los reguladores o las autoridades de competencia puede tener resultados catastróficos:

*“Los economistas han señalado cómo la licencia obligatoria reduce el valor de la invención de la empresa que lo desarrolla, lo que a su vez disminuye los incentivos a innovar. Un régimen antitrust que insista en desconcentrar el mercado, conseguirá miopemente impedir la eficiencia dinámica que es, en el largo plazo, de mucho más valor para los consumidores que la competencia en precios a corto plazo”*<sup>67</sup>.

---

<sup>61</sup> 551 U.S. 877, 886 (2007).

<sup>62</sup> 129 S. Ct. 1109, 1122 (2009).

<sup>63</sup> 540 U.S. 398, 414 (2004).

<sup>64</sup> 475 U.S. 574, 594 (1986).

<sup>65</sup> 540 U.S. 398, 414 (2004).

<sup>66</sup> KATSOULACOS, Y., “Optimal Legal Standards for Refusals To License Intellectual Property: A Welfare-Based Analysis”, 5 *J. COMPETITION L. & ECON.* 269, (2009), págs. 282-83; y PERZANOWSKI, A., “Rethinking Anticircumvention’s Interoperability Policy”, 42 *U.C. DAVIS L. REV.* 1549 (2009), págs. 1558-60.

<sup>67</sup> DEVLIN, A. y JACOBS, M., *op.cit.*, pág. 116.

Esto es así porque la innovación en estos mercados tiene un potencial para magnificar los efectos de estos errores en una doble dirección<sup>68</sup>: por un lado, la actividad innovativa empresarial conlleva, por definición, nuevos modelos de negocio, productos o servicios; por otro –y de ahí la cita de RONALD COASE que encabeza este trabajo- los economistas habitualmente saben menos sobre la relación en términos de competitividad entre innovación y bienestar del consumidor que lo que conocen sobre la competencia en precios estándar.

### C) El caso Intel.

Veremos en el siguiente epígrafe con más detenimiento cómo las autoridades antitrust americanas y europeas han enfocado su intervención en los casos *Microsoft* y *Google*. Para concluir este apartado, nos detendremos ahora –someramente<sup>69</sup>- en el caso *Intel*. El paralelismo entre ellos es claro: además de tratarse de tres empresas tecnológicas líderes en sus respectivos sectores, y cuyo modelo de negocio se fundamenta en la innovación, acreditar que sus políticas de precios, descuentos, etc, son abusos exclusionarios, y por tanto deben ser sancionados, exige demostrar el efecto de cierre de mercado, y el perjuicio para los consumidores. No está tan claro que la Comisión Europea lo haya demostrado<sup>70</sup>, y en esta ocasión, tampoco en el expediente que se siguió contra esta misma empresa en Estados Unidos<sup>71</sup> la FTC demostró con suficiente evidencia empírica que los descuentos de fidelidad concedidos por la empresa a sus clientes tuvieran efectos perjudiciales sobre los consumidores<sup>72</sup>.

El 21 de Septiembre de 2009 la Comisión Europea publicó la versión no-confidencial (y provisional) de la Decisión *INTEL*<sup>73</sup>, que había adoptado el 13 de mayo de ese mismo año, por la que se la declaraba culpable de una conducta de abuso de posición de dominio y se le imponía al gigante de los microprocesadores la más alta multa impuesta jamás a una única empresa en un procedimiento sancionador antitrust, 1.060.000.000 €. El texto de la Decisión es posiblemente el más extenso de cuantos ha adoptado la Comisión Europea en su más de medio siglo de

<sup>68</sup> Vid., a este respecto, WRIGHT, J., “Antitrust, Multi-Dimensional Competition, and Innovation: Do We Have an Antitrust-Relevant Theory of Competition Now?” (2009), *George Mason Law & Economics Research Paper No. 09-44*, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1463732>

<sup>69</sup> Vid., para un análisis en profundidad, Díez, F., “¿Qué queda del nuevo enfoque de la prohibición del abuso de posición dominante en la UE? Comentario a la Decisión INTEL, de 13 de mayo de 2009”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 7, 2010.

<sup>70</sup> GERADIN, D., “The Decision of the Commission of 13 May 2009 in the Intel Case: Where is the Foreclosure and Consumer Harm?” (October 16, 2009), disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1490114>

<sup>71</sup> Administrative Complaint ¶¶ 55, 93-96, *In re Intel Corp.*, Docket No. 9341 (Dec. 16, 2009), disponible en: <http://www.ftc.gov/os/adjpro/d9341/091216intelcmpt.pdf>.

<sup>72</sup> WRIGHT, J., “Does Antitrust Enforcement in High Tech Markets Benefit Consumers? Stock Price Evidence from FTC v. Intel”, 38 *REV. INDUS. ORG.* 387 (2011).

<sup>73</sup> Decisión de la Comisión de 13 de Mayo de 2009, COMP/37-990 *Intel*, disponible en la dirección: <http://ec.europa.eu/competition/sectors/ict/intel.html>

existencia. En efecto, sus 1.803 párrafos distribuidos a lo largo de 517 páginas dan cuenta de su magnitud.

La cuantía de la sanción, que hizo palidecer a la mismísima *Microsoft*, ha conseguido también cierto protagonismo mediático, como suele ocurrir en los casos que estamos analizando en este trabajo, en los que las compañías afectadas pertenecen al sector de las Nuevas Tecnologías.

La Decisión final, adoptada el 13 de mayo de 2009, establece que la compañía INTEL ha infringido el Artículo 82 del Tratado CE mediante una conducta de abuso de posición dominante, consiste en la adopción de una serie de estrategias encaminadas a la eliminación de sus competidores en el mercado de los microprocesadores del tipo *x86*, consistente –entre otras cosas- en conceder sustanciales descuentos a los fabricantes de equipos<sup>74</sup> a condición de que le compraran a ella la totalidad o la práctica totalidad de sus necesidades de aprovisionamiento de microprocesadores para la producción de ordenadores. La duración de la conducta abusiva fue acreditada desde octubre de 2002 hasta diciembre de 2007.

La Comisión rápidamente señala en su Decisión que la sanción impuesta a *Intel* por efectuar descuentos condicionados está en perfecta sintonía con una reiterada jurisprudencia<sup>75</sup> de los Tribunales comunitarios. Sin embargo, es precisamente esta línea jurisprudencial y este enfoque en la aplicación de la prohibición del entonces Artículo 82 del Tratado CE el que ha sido criticado por un amplio sector doctrinal<sup>76</sup>, por considerarlo legalista y formalista, y que adopta una perspectiva *per se* del abuso de posición dominante contradictoria del moderno análisis económico antitrust.

De hecho, *Intel* había argumentado (n. 884 de la Decisión) que: 1) La continuada –y no discutida por ninguna de las partes- bajada de precios de los últimos años en el sector de los CPU era señal inequívoca de que Intel no ostentaba una posición dominante, y que tanto sus clientes como los consumidores finales no habían sufrido ningún tipo de perjuicio competitivo; 2) El significativo grado de poder de compra que los clientes de Intel ostentan, en calidad de

---

<sup>74</sup> Los OEM (*Original Equipment Manufacturers*) identificados en la Decisión como beneficiarios de estos descuentos son las empresas Lenovo, HP, DELL y NEC.

<sup>75</sup> Así, Asunto 85/76, *Hoffman-La Roche v Commission* [1979] ECR 461; Asunto 322/81, *Michelin v Commission* [1983] ECR 3461, §71; Asunto T-203/01, *Manufacture des pneumatiques Michelin v. Commission* (Michelin II), [2003] ECR II-4071 ; Asunto T-219/99, *British Airways v Commission*, [2003] ECR II-5917 y Asunto C-95/04 P, *British Airways v Commission*, [2007] ECR I-2331.

<sup>76</sup> TEMPLE LANG, J. y O'DONOGHUE, R., “Defining Legitimate Competition: How to Clarify Pricing Abuses under Article 82”, (2002) *Fordham International Law Journal*, 83; WAELBROECK, D., “Michelin II: A Per Se Rule against Rebates by Dominant Companies?”, (2005) 1 *Journal of Competition Law and Economics* 149.

principales fabricantes de hardware del mundo, necesariamente significa que Intel no puede comportarse en el mercado “de forma independiente de sus clientes y competidores”, como reza la consabida fórmula de la posición dominante en la jurisprudencia comunitaria.

La prohibición de los descuentos por parte de empresas dominantes es probablemente la cuestión más compleja de toda la figura del abuso de posición dominante, ya que éstos revisten muchas formas y persiguen diferentes finalidades, y no todas son anticompetitivas. Se han prohibido de forma sistemática estas prácticas, por ejemplo cuando se han empleado como método de evitar las importaciones paralelas<sup>77</sup>. La prohibición se aplica tanto al acuerdo con un solo comprador como a las denominadas “*primas de compromiso de grupo –o de lealtad*”<sup>78</sup>, y también alcanza a aquellos sistemas de descuentos de fidelidad y precios discriminatorios a los que se llega a petición no de la empresa en situación de dominio sino de los clientes a los que vincula el acuerdo<sup>79</sup>.

Como puede fácilmente advertirse, el núcleo de lo que el derecho de la competencia intenta evitar es la fidelización de los clientes y la eliminación por este sistema de competidores<sup>80</sup>, lo que supondría una distorsión del sistema competitivo<sup>81</sup>. Especialmente en *British Airways* se formula la ilegalidad de los programas de descuentos y comisiones cuando “*están claramente relacionados con la fidelidad y no con la mejora de los rendimientos*”<sup>82</sup>.

Pese a alguna voz favorable al actual sistema<sup>83</sup>, la mayor parte de la doctrina critica este tratamiento antitrust tan hostil a los descuentos. Por su parte, y como venimos reiterando en estas páginas, la Comisión Europea adopta en la Decisión *Intel* un enfoque netamente *per se*, y

---

<sup>77</sup> Decisión 73/109/EEC, de la Comisión, de 2 de enero de 1973, relativa a un procedimiento de aplicación de los Artículos 85 y 86 del Tratado CEE (IV/26.918 – *European Sugar Industry*), D.O.C.E. L140/17 de 26 de mayo de 1973, Párrafo II. D. (4): “*la compañía SZV ha explotado su posición dominante mediante la concesión de descuentos de fidelidad. La concesión de un descuento que no depende de la cantidad comprada, sino sólo de si los requerimientos anuales son cubiertos exclusivamente por SZV es una discriminación injustificada contra los compradores que también adquieren la azúcar de otras fuentes*”

<sup>78</sup> Decisión 88/518/CEE de la Comisión, *Napier Brown –Irish Sugar*, de 18 de julio de 1988, nº 74.

<sup>79</sup> Sentencia del TJCE de 1 de abril de 1993, *BPB Industries Plc. y British Gypsum Ltd. c. Comisión*, Asunto T-65/89, E.C.R. (1993) p. II-0389, nº 68.

<sup>80</sup> Sentencia *Compagnie maritime belge transports SA, Compagnie maritime belge SA y Dafra-Lines A/S c. Comisión*, de 16 de marzo de 2000, Asuntos C-395/96 P y C-396/96 P, E.C.R. (2000) p. I-1365, en la que se reafirma una vez más esta postura.

<sup>81</sup> Sentencia del TPI (Sala 2ª), de 6 de octubre de 1994, *Tetra Pak internacional S.A. c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Asunto T – 83/91, E.C.R. (1994) p. II-0755, Párrafo nº 120: “*estas prácticas incluían (...) determinadas condiciones contractuales sancionadas, destinadas a obtener la fidelidad de los clientes de Tetra Pak, incitándoles en especial a través de rebajas concedidas mediante la aplicación de una tarificación regresiva de los gastos*”.

<sup>82</sup> Decisión 2000/74/CE, de 14 de julio de 1999, *Virgin – British Airways*, Párrafo nº 102.

<sup>83</sup> SPINKS, S. O., “Exclusive Dealing, Discrimination, and Discounts under EC Competition Law”, 67 *Antitrust L. J.* 641, 2000.

siguiendo esta línea de jurisprudencia comunitaria, concluye (n. 922) que “*a los efectos de acreditar la infracción del Artículo 82 del Tratado CE no es necesario demostrar que el abuso en cuestión ha tenido un efecto concreto sobre los mercados afectados*”.

En fechas muy recientes el TG se ha pronunciado sobre el recurso que planteó la compañía INTEL, y en su Sentencia<sup>84</sup> de 12 de junio de 2014 desestima íntegramente los motivos de la recurrente y confirma prácticamente en todos sus términos la Decisión de la Comisión. Un análisis en profundidad de este importante pronunciamiento excedería con creces el ámbito de este trabajo, con lo que nos limitamos a dejar aquí apuntada esta cuestión, y nos remitimos a los comentarios<sup>85</sup> que la doctrina más atenta ya ha formulado, y que van en el sentido que estamos aquí apuntando, de falta de fundamento económico de las condenas antitrust.

En efecto, esta postura de la Comisión, refrendada ahora por el Tribunal General, contrasta con el tan proclamado “enfoque-basado-en-efectos” a la hora de interpretar el actual artículo 102 TFUE; veamos a continuación qué consecuencias tiene en los casos *Google* y *Microsoft*.

#### **IV. Análisis de jurisprudencia reciente.**

Con los perfiles de dos asuntos aparentemente tan parecidos, *Microsoft* y *Google*, hay un riesgo de caer en las comparaciones fáciles, y no advertir las profundas diferencias que hay entre un caso y otro, y así evitar extraer consecuencias del primero que serían aplicables al segundo. Su análisis en profundidad excedería el ámbito de este trabajo, y por ello nos remitimos a la abundante producción académica<sup>86</sup> que este asunto ya ha generado.

---

<sup>84</sup> Sentencia del Tribunal General (Sala 6ª), de 12 de junio de 2014, Asunto T-286/09, *Intel Corp. c. Comisión Europea*.

<sup>85</sup> Es elocuente la siguiente valoración de la Sentencia: “*La reciente sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (TGUE) ratificando la sanción impuesta por la Comisión Europea (CE) al fabricante de microprocesadores Intel por valor de 1.060 millones de euros por abuso de posición de dominio supone un serio revés al papel del análisis económico en la aplicación del derecho de la competencia en Europa. Aunque las conclusiones del TGUE coinciden con las de la CE, los medios para llegar a ellas no. El TGUE califica de superfluo el análisis económico llevado a cabo por la Comisión y basa su argumentación en un análisis puramente formal de las prácticas sancionadas anclado en jurisprudencia de finales de los años 70. Con ello, no sólo la aplicación del derecho de la competencia en Europa se aleja de la norma internacional, sino que se pone en peligro su objetivo último: promover la competencia en beneficio de los consumidores*”, DELGADO, J., “Jueces, Derecho de la Competencia y Economía”, 11 de julio de 2014, en el Blog *Nada es gratis*, <http://www.fedeablogs.net/economia/?p=38420>

<sup>86</sup> DÍEZ ESTELLA, F., “The Google case: a good example of bad antitrust enforcement in ITC industries”, en *International Conference on Technologies and Law (Proceedings)*, IPCA Editions, Portugal (2013); VITZILAIUO, L., “Keywords: Google, European Commission. Anyone feeling lucky?”

En este epígrafe simplemente pondremos de manifiesto cómo la actitud adoptada por las autoridades comunitarias –en contraste con las estadounidenses cuando han tenido que resolver sobre prácticamente las mismas imputaciones de abuso de posición dominante contra el popular buscador de Internet- ponen de manifiesto todas las inconsistencias y errores que hemos señalado en epígrafes precedentes, sobre la intervención antitrust en mercados de alta tecnología e innovación. Contamos, para ello, con la perspectiva del antecedente inmediato, Microsoft, calificado por muchos como el gran “asunto” antitrust de nuestra era. Naturalmente, a la pregunta que está en boca de todos<sup>87</sup>, ¿es Google el próximo Microsoft?, intentaremos dar respuesta en estas páginas.

Dado que en el expediente seguido por la Comisión Europea se han debatido cuestiones que, en nuestra opinión, poco tienen que ver con el Derecho Antitrust –como las acusaciones por parte de editores de prensa de la práctica de obtener contenido en sus búsquedas protegido por derechos de autor, conocida como “scraping”- aquí nos limitaremos a examinar tres aspectos, que ilustran perfectamente los problemas que se han ido señalando previamente en estas páginas.

Y lo haremos conforme al esquema que se sigue en todo proceso de análisis de un expediente de determinación de si una conducta constituye un abuso de posición dominante: A) en primer lugar, la cuestión de la definición del mercado relevante, a los efectos de determinar el poder de mercado de la empresa dominante; B) a continuación, la determinación de la posición de dominio, y a estos efectos, veremos la consideración de los efectos de red como barrera de entrada al mercado; y, finalmente, C) la naturaleza abusiva de la conducta, lo que nos llevará a la discusión sobre la “esencialidad” del motor de búsqueda de Google para competir eficazmente en el mercado *on-line*.

#### **A) Definición de mercado relevante.**

Un paso previo a cualquier actuación en el campo del Derecho de la competencia encaminada a valorar el carácter competitivo o anticompetitivo de una determinada conducta es la definición del mercado relevante -mercado de referencia-, tanto desde el punto de vista

---

disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1750019>; LÓPEZ-TARRUELLA, A. (Dir), *Google and the Law. Empirical Approaches to legal aspects of Knowledge-Economy Business Models*, TMC-Asser-Springer, 2012.

<sup>87</sup> *Vid.*, entre otros muchos, POLLOCK, R., “Is Google the Next Microsoft? Competition, Welfare and Regulation in Internet Search” (April 2009). Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1265521>.

geográfico como de producto. En efecto, en áreas como el abuso de posición de dominio o el control de concentraciones, la definición del mercado constituye, muchas veces, la clave de la legalidad de la práctica en cuestión. Esto es así no porque la definición de mercado sea un fin en sí mismo, sino porque está universalmente admitido que dicha definición provee del marco analítico necesario para determinar la existencia de poder de mercado, que a su vez es esencial en la determinación de si dicha conducta u operación tiene o no capacidad de falsear la competencia o perjudicar a los consumidores.

De ahí que, en la medida en que los intentos que se han llevado a cabo para una evaluación directa del poder de mercado son, hasta el momento, demasiado imprecisos o poco prácticos desde el punto de vista de su aplicación por los Jueces y las autoridades de competencia, la definición de mercado relevante seguirá siendo la cuestión crítica en los temas antitrust y, en última instancia, marcará el resultado final del caso. Así ha sido, desde luego, en el asunto Google, como veremos a continuación.

En un antiguo –y preclaro- texto que tiene carácter de lamento, el Nóbel GEORGE J. STIGLER afirmaba que *“mi queja es que esta batalla de la definición de mercado, que es peleada miles de veces en todas las demandas antitrust, ha recibido muy poca atención de los economistas. Excepto alguna relación puntual con la elasticidad cruzada de demanda y de oferta, la delimitación de los mercados ha permanecido como un área inexplorada de la investigación económica”*<sup>88</sup>.

La Comisión Europea publicó en 1997 la *“Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia”*<sup>89</sup> que recoge numerosos elementos del tratamiento de la figura en el ámbito del Derecho antitrust norteamericano contenido en las *Merger Guidelines*<sup>90</sup>, publicadas por el Departamento de Justicia en 1982, y en sus sucesivas reediciones de 1984, 1992 y las actualmente vigentes de 2010<sup>91</sup>. La publicación de este importante documento tuvo, en general, una buena acogida en la

---

<sup>88</sup> STIGLER, G. J. “The Economists and the Problem of Monopoly”, *72 Am. Econ. Rev.* 1 (1912), pág. 9.

<sup>89</sup> *D.O.C.E.* C 372, de 9 de diciembre de 1997, págs. 5 a 13.

<sup>90</sup> U. S. Dep’t of Justice, *Merger Guidelines*, 4 Trade Reg. Rep. (CCH) § 13,102.

<sup>91</sup> U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines*, que reemplazan a las anteriores, fueron publicadas el 19 de agosto de 2010, y cuyo texto íntegro se encuentra disponible en: <http://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>

doctrina<sup>92</sup>, y pone de manifiesto una vez más en qué medida la Teoría Económica está dando forma a la aplicación del Derecho comunitario de la competencia<sup>93</sup>.

Y es en este primer estadio del análisis donde el instrumental clásico del Derecho de la Competencia se encuentra con serias dificultades cuando se aplica a los mercados altamente tecnológicos, y muy especialmente a la *economía-web* y las TIC.

Tras analizar los errores cometidos –a los que luego nos referiremos en detalle- por las autoridades antitrust en la definición de mercado en los casos *IBM* y *Microsoft*, se ha señalado acertadamente que: “A los contornos de los mercados que con tanta frecuencia se dan por supuestos, habitualmente se les escapan las presiones competitivas más intensas. Esto es válido para los mercados tradicionales (...) pero es aún más cierto en mercados de alta tecnología en los que, prácticamente por definición, las innovaciones desafían a los presupuestos de cómo se hacen las cosas”<sup>94</sup>.

Por las características de estos sectores e industrias, que se han ido señalando anteriormente, es fácil percibir que a una definición de mercado relevante conforme a parámetros clásicos se le escapan algunas de sus características esenciales. El propio dinamismo y fluidez de estos mercados, la especial configuración de las barreras de entrada –que no son tales- y la existencia de una innovación disruptiva, hace que de un día para otro una empresa que era “dominante” deje de serlo y pase a ser reemplazada por otra, que en poco tiempo se convierte en líder indiscutido.

El caso Google ilustra esta problemática a la perfección. Se ha definido el mercado relevante como el de la “búsqueda on-line”, y la posición dominante que supuestamente ostenta parece indiscutible (según datos de la consultora *ComScore*, de febrero de 2014<sup>95</sup>, en Estados Unidos el total de búsquedas que se hacen con ese motor es del 67.5%, seguido a mucha distancia de sus principales rivales, *Microsoft* –con un 18.4%- y *Yahoo* –con un 10.3%-).

---

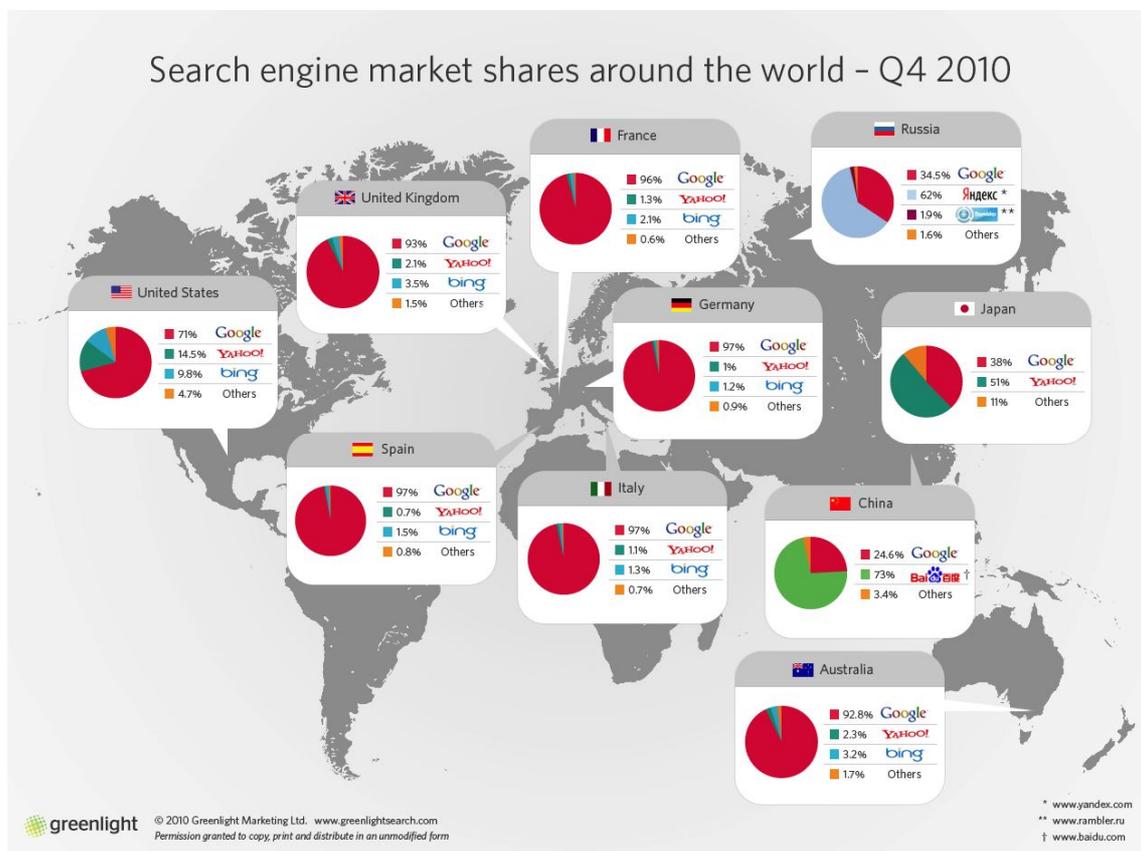
<sup>92</sup> *Vid.*, por ejemplo, los encendidos elogios que se le dedican en BAKER, S. y WU, L., “Applying the Market Definition Guidelines of the European Commission”, *NERA Topics*, nº 21, Febrero 1998.

<sup>93</sup> *Vid.*, DÍEZ ESTELLA, F., “Algunas consideraciones en torno a la Comunicación sobre Definición de Mercado Relevante de la Comisión Europea y las Merger Guidelines del Departamento de Justicia de EEUU”, *Anuario de la Competencia 2000*, Fundación ICO-Marcial Pons, Madrid, 2001, págs. 321 y ss.

<sup>94</sup> CASS, R. (2012), *op.cit.*, pág. 29.

<sup>95</sup> ComScore Explicit Core Search Share Report, Febrero 2014, disponible en: [https://www.comscore.com/Insights/Press\\_Releases/2014/3/comScore\\_Releases\\_February\\_2014\\_U.S.\\_Search\\_Engine\\_Rankings](https://www.comscore.com/Insights/Press_Releases/2014/3/comScore_Releases_February_2014_U.S._Search_Engine_Rankings) (último acceso el 18 de marzo de 2014).

Como se refleja en el siguiente gráfico, al tiempo de iniciarse la investigación<sup>96</sup> por parte de la Comisión Europea (en noviembre de 2010) las cuotas de mercado que ostentaba en otras partes del mundo eran parecidas a la situación en Estados Unidos.



Sin embargo, las redes sociales como *Twitter* o *Facebook* son también competidores en el mercado, ya que ocupan mucho espacio del tiempo que un usuario está en Internet, y cada vez se están usando más para buscar referencias o comentarios, opiniones sobre restaurantes, viajes, películas, libros, etc. Además de la competencia de buscadores genéricos, como *Yahoo!* o *Bing*, están los llamados “buscadores verticales”, aquellos especializados en determinados productos o servicios (*Amazon* en libros, música y consumibles; *Kayak* en viajes; *eBay* en subasta de objetos de segunda mano; *WebMD* en información médica, etc).

Decir que Google domina el mercado, porque los consumidores lo prefieren, es sencillamente penalizar con una sanción antitrust el éxito empresarial. Y, desde luego, como demuestra la historia reciente en Internet, nada impide que en cualquier momento otra empresa le arrebatase su liderazgo, al igual que en su día ocurrió con “gigantes” que parecían

<sup>96</sup> *Antitrust: Commission probes allegations of antitrust violations by Google*, Nota de Prensa IP/10/1624, (Bruselas) 30 de noviembre de 2010.

indestronables en sus respectivos segmentos de mercado, como *Lycos*, *Altavista*, el propio *Yahoo*, *IBM* o *Microsoft*, *Nokia* o portales como *MySpace*.

Una definición de mercado errónea lleva a atribuir a una empresa una posición dominante... ¡que en realidad no ostenta! Ya lo hizo el Tribunal General en el caso *Microsoft*, cuando confirmó el análisis de la Comisión (párrafos 342 y 401 de la Decisión) y definió el mercado relevante como el de sistemas operativos para PC, mientras que la solicitud de información que le había hecho su competidor –Sun Microsystems– y que dio lugar a la denuncia por negativa de suministro era relativa al mercado de especificaciones de interoperabilidad para PC que usaran Windows.

Esta forma “amplia” de definir el mercado tuvo que llevar al TG a auténticos esfuerzos para no tener en cuenta la cuota de mercado cada vez mayor de Linux, y alterar la fórmula<sup>97</sup> “eliminación de toda la competencia” por la más amplia de “eliminación de toda la competencia efectiva”.

En el caso Google, como acabamos de describir, una definición de mercado tan amplia y económicamente poco fundamentado tendrá que obligar a la Comisión Europea a hacer auténticos esfuerzos y malabarismos para acreditar la posición dominante del buscador y a partir de ahí imputarle la conducta abusiva.

## **B) Posición dominante: efectos de red y barreras de entrada.**

El Tribunal de Justicia definió en la Sentencia *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin c. Comisión* la posición dominante prevista por el artículo 102 TFUE como:

*“una posición de fuerza económica de la que goza una empresa que le permite impedir el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante posibilitándole comportarse en una medida apreciable independientemente de sus competidores y clientes y, en definitiva, de los consumidores”*<sup>98</sup>.

Aunque suele citarse esta Sentencia como el punto de referencia para el concepto de posición dominante que maneja el Tribunal, encontramos la misma formulación en

---

<sup>97</sup> *Vid.*, INFRA, epígrafe IV. C), las tres condiciones bajo las cuales se entiende que una negativa de suministro constituye un abuso de posición dominante contrario al artículo 102 TFUE.

<sup>98</sup> Sentencia del TJCE, de 9 de noviembre de 1983, [1983] ECR 3461, §30.

pronunciamientos anteriores, como por ejemplo la Decisión *Chiquita*<sup>99</sup>. Desde luego, como tal es seguida al pie de la letra por la CNC en sus pronunciamientos, como por ejemplo la reciente Resolución *Transporte Televisión*<sup>100</sup>.

En este sentido, el punto de partida de la imputación antitrust contra Google está en decir que, dado el elevado número de usuarios de que goza, los efectos de red que la plataforma genera con respecto a las empresas y anunciantes constituyen una barrera que dificulta –o casi impide– la entrada de nuevos competidores en el mercado de las búsquedas *on-line*<sup>101</sup> y de ahí que goce de una posición dominante en ese mercado, que explota abusivamente impidiendo la competencia. Se trata de una acusación grave en el ámbito de los abusos exclusionarios, que sobre todo se prohíben en orden a impedir el cierre de mercado (*foreclosure*).

En los mercados que hemos caracterizado como “tradicionales”, esta imputación podría jurídicamente sostenerse, y dar pie a acreditar la existencia de una posición dominante y eventualmente unas prácticas abusivas. En los mercados altamente tecnológicos, de elevada innovación, dinámicos y apoyados fuertemente en las TIC, es mucho más cuestionable, por las razones que hemos ido desarrollando en estas páginas.

La supuesta barrera de entrada que estos efectos de red son no es tal, y desde luego no tiene carácter estructural, lo que lleva a concluir que simplemente el mercado está premiando la calidad y efectividad del motor de búsqueda de Google, y el día que deje de ser preferido por los consumidores, nada impide –la competencia está a un “clic” de distancia– cambiar de buscador. Los costes de transacción son cero, no hay ningún tipo de impedimento tanto para usuarios avanzados como inexpertos, y si algo caracteriza la competencia en la economía-web es precisamente el cambio, rápido e incesante, y la innovación continua. Internet es libre, fluido, dinámico, rasgos difícilmente atribuibles a un mercado en el que pueda perdurar una situación de posición dominante o de monopolio<sup>102</sup>.

---

<sup>99</sup> Decisión 76/353/EEC, de la Comisión, de 17 de diciembre de 1975 (IV/26.699 – *Chiquita*), D.O.C.E. L 95, pág. 1, de 9 de abril de 1976, motivo II, Apartado A, n° 2: “*las empresas se encuentran en una posición dominante cuando tiene el poder de comportarse independientemente sin tener en cuenta, en una medida apreciable, a sus competidores, sus compradores y sus proveedores. Este es el caso cuando la cuota de mercado de una empresa, por sí mismo o combinado con su know-how, el acceso a las materias primas, los recursos financieros u otras ventajas como los derechos de marca, le capacita para determinar los precios o controlar la producción o distribución de una parte significativa de los bienes en cuestión*”.

<sup>100</sup> Resolución de la CNC, de 8 de febrero de 2012, Exp. S/0207/09, Fto. Jco. 6°.

<sup>101</sup> BRACHA, O. y PASCUALE, F., “Federal Search Commission? Access, Fairness and Accountability in the Law of Search”, 93 *CORNELL L. REV.* 1149, 1181 (2008).

<sup>102</sup> EVANS, D., “The Web Economy, Two-Sided Markets and Competition Policy”, *e-Concurrences* (May 2010), disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1584363>.

Con todo, parece oportuno señalar que el hecho de que la cuestión de la determinación de la posición dominante haya merecido, en fechas recientes, la atención también de un amplio sector de economistas<sup>103</sup>, ha contribuido sin duda a una mejor delimitación de la figura y aplicación práctica más coherente y rigurosa. Pese a ello, sigue reivindicándose una “racionalización económica”<sup>104</sup> del concepto, que todavía dista de estar conseguida.

En el caso *Microsoft* seguido en EE.UU., el Tribunal de apelación examinó si la práctica denunciada era anticompetitiva, porque perjudicaba a los competidores sin beneficiar a los consumidores. Y concluyó que su conducta no infringía la Sección 2ª de la Sherman Act “*simplemente por desarrollar un producto atractivo, (...) incluso si es incompatible con los productos de sus competidores*”<sup>105</sup>.

En el caso Google, no parece que el buscador sea imprescindible para los proveedores de contenidos o incluso las empresas que quieran anunciarse: no aparecer en un puesto alto en los resultados de búsqueda no es equivalente a no estar en el mercado; existen otros buscadores genéricos, otros medios de anunciarse en el mercado on-line, etc. Unido a los otros factores que ya hemos considerado (la ausencia de barreras de entrada, la facilidad de cambiar de buscador para el usuario, el desarrollo de proveedores de búsquedas alternativos, como *Facebook* o *Twitter*, etc.) nos llevan a concluir que es difícil argumentar sólidamente que existe este cierre de mercado que el Derecho antitrust proscribiera.

### C) El abuso de dominio y la doctrina de los “recursos esenciales”.

Finalmente es preciso señalar que no sólo se cometen errores en la definición del mercado, o la valoración de los efectos de red o su consideración como barreras de entrada; las consecuencias más nefastas de un enfoque demasiado “tradicional” a estos nuevos mercados tienen lugar a la hora de analizar la conducta misma, presuntamente abusiva. Aunque este desenfoque se ve agravado en los mercados tecnológicos, ésta es una cuestión antigua y más amplia en la aplicación del Derecho antitrust comunitario, y la consideración como abusiva de las negativas de suministro, especialmente cuando referencia a un “recurso esencial”.

---

<sup>103</sup> Vid. una de las contribuciones más autorizadas a este debate, en GERADIN, D., HOFER, P., LOUIS, F., PETIT, N. y WALKER, M., “The Concept of Dominance”, *Research Paper on the Modernization of Article 82 EC*, Draft, 10 June 2005, College of Europe (Brugge).

<sup>104</sup> GUTIÉRREZ, I. y PADILLA, J., “Una racionalización económica del concepto de posición de dominio”, en MARTÍNEZ LAGE, S. y PETITBÓ JUAN, A. (dir), *El abuso de la posición dominante*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2006, págs. 15 y ss.

<sup>105</sup> *U.S. v. Microsoft*, 253 F.3d 35 (D.C. Circuit 2001), at 74-75.

La doctrina de los recursos esenciales se orienta a obligar a empresas dominantes a que suministren –o den acceso- a un producto o servicio a terceras partes que lo solicitan. Habida cuenta que esta especie de “obligación de contratar” (*duty-to-deal*) es contraria al principio de libertad contractual y al derecho sobre la propiedad privada, su ejercicio está sometido a unas condiciones muy estrictas.

Estas condiciones han quedado establecidas a partir de la sentencia *Öscar Bronner*<sup>106</sup>, que conforma el *test* de cuándo se considerará que esa negativa es abusiva:

- (1) que la negativa se refiera a un producto o servicio objetivamente necesario para poder competir con eficacia en un mercado descendente;
- 2) que sea probable que dé lugar a la eliminación de la competencia efectiva en el mercado descendente;
- (3) que no exista una justificación objetiva.

De partida, las circunstancias, en las que una negativa de suministro infringe el artículo 102 TFUE son controvertidas<sup>107</sup>, pero el análisis se complica aún más cuando hace referencia a un “recurso esencial”, aquel sin el cual el solicitante no podría competir eficazmente en el mercado. Se establece entonces también la imposición antitrust del *duty-to-deal*, y ello aunque el bien en cuestión esté protegido por un derecho de propiedad intelectual o industrial, en cuyo caso se añadiría una cuarta condición:

- (4) que la negativa impida la aparición de un nuevo producto.

En efecto, en el pronunciamiento que constituye el punto de partida de la ulterior jurisprudencia sobre este tema, la Sentencia *Magill*, el Tribunal de Justicia confirmó<sup>108</sup> que la negativa a conceder una licencia por parte del titular de un derecho de propiedad intelectual, aunque se trate de una empresa en posición dominante, no puede constituir en sí misma un abuso, salvo que concurra dicha circunstancia, que se añade por tanto a las tres anteriores.

---

<sup>106</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de noviembre de 1998, *Öscar Bronner*, C-7/1997.

<sup>107</sup> HUMPE, C. y RITTER, C., “Refusal to Supply”, *Research Paper on the Modernisation of Article 82 EC*, Colegio de Europa (Brujas), versión de 10 de junio de 2005.

<sup>108</sup> Sentencias del Tribunal de Justicia de 6 de abril de 1995, *RTE e ITP/Comisión*, asuntos acumulados C-241/91 P y C-242/91 P-52, apartados 49 y 50.

A pesar de estas restricciones, un amplio sector doctrinal<sup>109</sup> ha mantenido que esta Jurisprudencia comunitaria tendría –en la línea de lo que venimos manteniendo en estas páginas- un efecto disuasorio para la innovación empresarial y originaría falsos positivos. Como ya hemos visto, esto se agrava si cabe en mercados de alta tecnología en los que la innovación constituye la clave de la estrategia empresarial, y es frecuente la aparición modelos de negocio totalmente nuevos. Desde luego, el *test Bronner-Magill* ya no es discutido, y como tal ha sido confirmado por importantes pronunciamientos como *IMS Health*<sup>110</sup>.

Es cierto que todavía no hay un modelo claro que explique las eficiencias derivadas del proceso innovativo, pero sí hay evidencia empírica que demuestra la correlación entre un sistema sólido de protección de los derechos de propiedad intelectual e industrial y el crecimiento empresarial fundamentado en la innovación<sup>111</sup>.

No se trata aquí de desarrollar *in extenso* esta peculiar prohibición del Derecho comunitario de la Competencia, nos remitimos para ello a la abundante literatura que lo estudia<sup>112</sup>. La cuestión aquí es, ¿se le va a dar la consideración a Google –en particular, al *PageRank*, el algoritmo diseñado y desarrollado por sus creadores, núcleo del motor de búsqueda y clave de su éxito- la consideración de un “recurso esencial” (*essential facilities doctrine*)? Considerar el motor de búsqueda de Google como un recurso esencial –a estos efectos- ha sido calificado de “incongruente”<sup>113</sup>. Porque entonces, conforme a esta desafortunada doctrina comunitaria, cualquier negativa de acceso al mismo o de facilitar información relevante podrá ser considerada como abusiva y por tanto constituir una infracción del artículo 102 TFUE. ¿Servirá para algo –como justificación objetiva de la negativa- el hecho de que existe una protección de la Propiedad Intelectual e Industrial (PII)? ¿Está bien delimitada<sup>114</sup> –en este contexto- la legítima capacidad de competir de la empresa dominante?

---

<sup>109</sup> TURNEY, J., “Defining the Limits of the EU Essential Facilities Doctrine on Intellectual Property Rights: The Primacy of Securing Optimal Innovation”, *NJITP*, Vol. 3 (2) Spring 2005, págs 179-202; STOTHERS, C., “Refusal to Supply as Abuse of a Dominant Position: Essential Facilities in the European Union”, *ECLR*, Vol. 22 (7), 2001.

<sup>110</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, *IMS Health*, C-418/2001.

<sup>111</sup> LUNNEY, G., “Patents and Growth: Empirical Evidence from the States”, *87 N.C. L. REV.* 1467 (2009), págs.1470-79, 1486-89, 1516-17.

<sup>112</sup> HUMPE, C. y RITTER, C., “Refusal to Supply”, *Research Paper on the Modernisation of Article 82 EC*, Colegio de Europa (Brujas), versión de 10 de junio de 2005; BROKELMANN, H., “La negativa de suministro y figuras afines”, en MARTÍNEZ LAGE, S. y PETITBÓ, A. (dir), *El abuso de posición dominante*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2006, págs. 341 y ss; GIPPINI FOUNIER, E., “Essential facilities y aplicación del artículo 82 CE a la negativa unilateral a contratar. Algunas consideraciones tras la sentencia Bronner”, *Gaceta Jurídica de la Competencia y la UE*, nº 205, enero/febrero 2000, págs 77-95.

<sup>113</sup> LAO, M., “Search, Essential Facilities, and the Antitrust Duty to Deal”, *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, Vol. 11, Issue 5 (2013), pág. 287.

<sup>114</sup> LANG, T., “Defining legitimate competition: Companies’ duties to supply competitors, and access to essential facilities”, *Fordham Int’l L. J.*, nº 18, 1997.

Como es sabido, los derechos de PI estuvieron en el núcleo de la Sentencia *Microsoft*, y como consecuencia de este pronunciamiento del TPI<sup>115</sup> que confirmó, en prácticamente todos sus términos, la Decisión de la Comisión, se le obligó a facilitar información sobre los protocolos de funcionamiento del SO Windows a sus rivales –como el denunciante, *Sun Microsystems*- que se los habían pedido para desarrollar aplicaciones que fueran interoperables con las de Microsoft.

Hace diez años, al tiempo que se dictaba la Decisión *Microsoft* de la Comisión Europea el Tribunal Supremo norteamericano emitía su histórico pronunciamiento *Trinko*<sup>116</sup>, que ha constituido una muestra más de las divergencias<sup>117</sup> de aplicación antitrust en EE.UU. y la UE, y un freno a la interpretación excesivamente expansiva<sup>118</sup> de la obligación de contratar y a la denostada<sup>119</sup> doctrina de los recursos esenciales. Y desde luego, con independencia de que la jurisprudencia americana no sea directamente “exportable” a la Unión Europea, lo cierto es que las autoridades antitrust comunitarias sí podrían tomar algunas lecciones de las estadounidenses en cuanto a cómo abordar las negativas de suministro en estos mercados tecnológicos<sup>120</sup>.

El Tribunal Supremo en EE.UU. está, con motivos justificados de carácter legal y económico, limitando la aplicación de esta doctrina, ya que colisiona frontalmente con la recompensa debida a las empresas que invierten en innovación y desarrollo, y generan nuevos productos y servicios en el mercado, en beneficio de los consumidores, como es el caso de los motores de búsqueda en Internet. Como se ha señalado, pensamos que acertadamente, al hablar de los derechos de propiedad intelectual e industrial, de los que la empresa es despojada, “cuando el Derecho de Competencia se inmiscuye en ese terreno, las autoridades antitrust se encharcan en aguas pantanosas. (...) El coste a largo plazo de esa intervención es muy superior al que pueda suponer a corto plazo los precios de monopolio asociados a la exclusividad”<sup>121</sup>.

A este respecto, merece la pena transcribir este más que elocuente párrafo de la Sentencia *Trinko* (nn. 407-408):

---

<sup>115</sup> Sentencia del TPI de 17 de septiembre de 2007, Asunto T-201/04, *Microsoft/Comisión*.

<sup>116</sup> *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398 (2004).

<sup>117</sup> GRIMES, W., “U.S. Supreme Court Rejects Price Squeeze Claim: A High Point for Divergence between US and European Law?” *Southwestern Law School Working Paper No. 1024*, (August 17, 2010). Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1660803>.

<sup>118</sup> AREEDA, P., “Essential facilities: an epithet in need of limiting principles”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 58, 1990.

<sup>119</sup> AREEDA, P. y HOVENKAMP, H., *Antitrust Law*, 3ª Edición (2002), epígrafe 771c, pág. 173: “Es a la vez dañina e innecesaria, y debe abandonarse”.

<sup>120</sup> GERADIN, D., “Limiting the Scope of Article 82 EC: What Can The EU Learn From the US Supreme Court’s Judgment in *Trinko*, in the Wake of *Microsoft*, *IMS*, and *Deutsche Telekom*?”, *Common Market Law Review*, (2004) Vol. 41, Issue 6, pp. 1519 to 1533.

<sup>121</sup> DEVLIN, A. y JACOBS, M., *op.cit.*, pág. 117.

*“Las empresas pueden adquirir un cierto poder de mercado mediante el establecimiento de una infraestructura que les hace ser únicas para atender a las demandas de sus consumidores. Obligar a esas empresas a compartir el origen de su ventaja... puede reducir el incentivo de la empresa dominante, el competidor, o ambos, de invertir en esos recursos económicamente lucrativos. Obligar a compartir exige igualmente que los tribunales antitrust actúen como órganos reguladores, identificando el precio justo, cantidades, y otros aspectos de la transacción –tarea para la cual no están preparados-. Por ello, como regla general, la Sherman Act no restringe el largamente reconocido derecho de un comerciante o fabricante que se dedique a un negocio privado, a libre e independientemente ejercer su discreción sobre con qué contrapartes quiere contratar”*

Pretender que tener éxito o popularidad, o que compañías como Google no puedan dar prioridad en las búsquedas a sus propios contenidos o los de sus empresas filiales, sino que tengan que promocionar los productos y servicios de sus competidores, a la luz de *Trinko* sólo lleva a una conclusión razonable: que no se repita el error cometido en Microsoft<sup>122</sup>, y la no consideración de los motores de búsqueda como un “recurso esencial” al que su dueño tenga que dar acceso obligatoriamente.

Y, sobre todo, habida cuenta de lo controvertido de esta doctrina de los recursos esenciales, si se aplica, ha de hacerse con sumo cuidado y carácter restrictivo, ya que se está emitiendo un juicio sobre un delicado balance: el de proteger la exclusividad de una propiedad empresarial frente al de darle acceso a ese bien a una empresa competidora de su titular. En el fondo, y es en lo que venimos insistiendo desde el principio en estas páginas, el equilibrio entre abrir un mercado concreto (obligando a ello a la empresa dominante) o incentivar a largo plazo la innovación (permitiendo a la empresa dominante a negarse a suministrar o dar acceso).

En este sentido, resulta llamativo que incluso los autores que hemos citado son contrarios al enfoque coste-error que venimos proponiendo en estas páginas, en cambio, en este caso concreto en que está en juego un bien protegido por un derecho de propiedad intelectual o

---

<sup>122</sup> MANNE, GEOFFREY A., “The Problem of Search Engines as Essential Facilities: An Economic & Legal Assessment” (January 17, 2011), *Lewis & Clark Law School Legal Studies Research Paper No. 2011-10*, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1747289>.

industrial, y los incentivos a la innovación, sí que se decantan por la actitud de cautela y de no-intervención antitrust<sup>123</sup>.

Desde luego, es bastante generalizada la opinión<sup>124</sup> de que el Tribunal General, al confirmar la Decisión de la Comisión Europea no llevó a cabo adecuadamente este balance, ya que se separó de la línea jurisprudencial establecida en *Magill* e *IMS Health* y cambió la exigencia de “impedir la aparición de un producto nuevo” por la de “impedir el desarrollo tecnológico”<sup>125</sup>:

*“[L]as circunstancias relativas a la aparición de un producto nuevo, tal como han sido definidas por Magill e IMS Health (...) no tienen por qué ser el único parámetro que determina cuándo la negativa a licenciar un derecho de propiedad intelectual o industrial es susceptible de causar un perjuicio a los consumidores en el sentido del artículo 82.b Tratado CE. Tal como ese artículo establece, ese perjuicio puede tener lugar cuando hay una limitación no sólo de la producción o los mercados, sino también del desarrollo técnico”*<sup>126</sup>.

Como se ha puesto de manifiesto por algunos autores en un conocido blog<sup>127</sup>, la última Sentencia de 2012 sobre *Microsoft*<sup>128</sup> (en la que se le condena por no cumplir debidamente con su obligación impuesta en 2004 de ofrecer información sobre la interoperabilidad) ya no habla de “limitación del desarrollo técnico”, sino que en el párrafo 139 se refiere a la condición original de *IMS Health* de “evitar la aparición de un producto nuevo”, y sorprendentemente afirma<sup>129</sup> en el párrafo 140 que en la Sentencia de 2007 se cumplieron todas las condiciones del test... ¡cosa que hemos visto no fue así!

---

<sup>123</sup> DEVLIN, A. y JACOBS, M., *op.cit.*, pág. 116.

<sup>124</sup> *Vid.*, por todos, HOU, LIYANG, *The Essential Facilities Doctrine – What was Wrong in Microsoft?* (March 19, 2012), disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2025777>

<sup>125</sup> Concepto que, además de no estar contemplado en el diseño del test original y consolidado por la jurisprudencia, adolece de una vaguedad contraria a cualquier viso de previsibilidad y seguridad jurídica. *Vid.*, en este sentido, la opinión del que era presidente del TPI cuando se dictó la Sentencia en 2007, VESTERDOF, B., “Article 82 EC: Where do we stand alter the Microsoft judgement?”, *1 Global Antitrust Review* (2008), págs. 1 a 14.

<sup>126</sup> Sentencia del TPI, As. T-201/04, *Microsoft Corp. c Comisión*, ECR [2007], II-3601, § 647.

<sup>127</sup> *Microsoft v Commission (T-167/08) – The Magill-IMS Health Re-Animator?*, 5 de Julio de 2012, disponible en: <http://www.chillingcompetition.com/2012/07/05>.

<sup>128</sup> Sentencia del Tribunal General (Second Chamber), de 27 de Junio de 2012, Asunto T-167/08, *Microsoft v. Commission*.

<sup>129</sup> Por su interés, y para evitar errores de interpretación o traducción, transcribimos aquí el texto original de la Sentencia, en inglés: “*In that regard, it should be recalled that, in order for the refusal by an undertaking which owns a copyright to give access to a product or service indispensable for carrying on a particular business to be regarded as abuse, it is sufficient that three cumulative conditions be satisfied, namely that that refusal is preventing the emergence of a new product for which there is a potential consumer demand, that it is unjustified and that it is such as to exclude any competition on a secondary market*”.

En definitiva, y ésta es una consideración aplicable en su totalidad al caso Google, las condiciones que la jurisprudencia comunitaria ha establecido para calificar como anticompetitiva una negativa de suministro son relativamente formales, mientras que los economistas<sup>130</sup> suelen debatir esta cuestión en torno a un balance entre la eficiencia *ex ante* y *ex post*. Si a una empresa dominante se le obliga a dar acceso a sus competidores, ello indudablemente fomentará la competencia en un mercado descendente, favoreciendo la eficiencia *ex post*. Por otro lado, sin embargo, esta suerte de “obligación de compartir” mis activos, máxime cuando han sido desarrollados a base de cuantiosos gastos, limita notablemente el retorno económico de la inversión, lo que reduce *ex ante* los incentivos de la empresa para innovar y generar eficiencias.

## V. Conclusiones.

De todo lo dicho anteriormente pueden extraerse las siguientes conclusiones, que se exponen seguidamente para finalizar este trabajo:

En primer lugar, y con carácter general, la prohibición contra el abuso de posición dominante adolece en la actual forma en que está siendo aplicada del necesario análisis de efectos anticompetitivos (de cierre de mercado y perjuicio para los consumidores) que la justifican, y es cuando menos preocupante la facilidad con la que la Comisión Europea o el Tribunal de Justicia de la UE sancionan prácticas a partir de enfoques puramente formalistas y legalistas.

En segundo lugar, el enfoque que el Derecho de Defensa de la Competencia debería adoptar ante mercados cuyo funcionamiento desconoce, o prácticas empresariales y modelos de negocio novedosos, no es la de la sospecha de ilicitud anticompetitiva o la intervención agresiva, sino la de una cierta cautela, sopesando cuidadosamente los pros y los contras de su actuación sobre ese mercado y las empresas que operan en él, para evitar que los efectos conseguidos sean peores que aquellos que se quieren evitar.

En tercer lugar, y como articulación práctica de lo anterior, se propone un enfoque basado en el *análisis coste-error*, que priorice evitar los “errores de tipo I” sobre los de “tipo II”, y que por encima de consideraciones bienintencionadas pero cortoplacistas (de dar acceso a

---

<sup>130</sup> *Vid.*, por todos, ELHAUGE, E., “Defining better monopolization standards”, 56 *Stanford Law Review* 253 (2003), páginas 295-296.

un competidor a un recurso del dominante, para que pueda ofrecer a su vez un servicio a los consumidores finales) tenga en cuenta los incentivos a medio y largo plazo para que las empresas inviertan en I+D+i y asegurar así un crecimiento y una mejora continua, que es en última instancia lo que garantiza que los consumidores tendrán acceso a mejores bienes y servicios y a precios más competitivos.

En cuarto lugar, y estrechamente relacionado con lo anterior, a la hora de ponderar los pros y contras de la intervención antitrust en este mercados, especialmente en lo relativo a obligar a las empresas a compartir activos protegidos por un derecho de propiedad intelectual o industrial, en vez de apoyarse sobre tests más o menos formalistas y que se han desarrollado en casos y contextos totalmente distintos a los del entorno digital y tecnológico, se precisa un ejercicio de balance entre los incentivos *ex post* (generar eficiencias abriendo un mercado) y los incentivos *ex ante* (garantizando a las empresas que van a tener un retorno de sus inversiones, porque no se les va a forzar a que compartan sus activos con los competidores).

En quinto lugar, es llamativa –y no deseable- la dificultad que supone en el ámbito comunitario llegar a cerrar un expediente por terminación convencional (*settlement*), a diferencia de lo que ocurre en la jurisdicción norteamericana<sup>131</sup>, y que se ilustra –como tantas otras cuestiones que se han examinado aquí- a la perfección en los casos *Microsoft* o *Google*. Como lo es el hecho de que se use el Derecho de la Competencia no para proteger al mercado, en beneficio de los consumidores, sino para mantener a los competidores<sup>132</sup> de la empresa dominante, y que sean éstos los que impiden llegar a soluciones distintas de la sanción.

En sexto y último lugar, y habida cuenta de la complejidad de estos mercados, y sus peculiares características que aquí se han descrito, una adecuada intervención antitrust tendrá que fundamentarse sobre evidencia empírica (no sobre impresiones más o menos consolidadas), aplicar fundamentos económicos en su argumentación, y atender a los efectos reales sobre el mercado de las conductas presuntamente anticompetitivas. Este planteamiento debería llevar a las autoridades comunitarias –a ejemplo de lo que están haciendo ya las estadounidenses- a abandonar planteamientos formalistas e inconsistentes como el de la doctrina de los “recursos esenciales” y valorar de otra manera las obligaciones de contratar que se imponen a empresas como *Microsoft* o *Google*.

---

<sup>131</sup> GONZÁLEZ-MAGAZ, J. and GORDON, W., “From Microsoft to Google – Continued Divergence in Transatlantic Antitrust Settlements?”, *Competition Policy International*, March 2013 (3).

<sup>132</sup> Como se desprende de todos los intentos últimos por “torpedear” los esfuerzos por parte de la Comisión de cerrar así el expediente: *Vid.*, entre otros, “Google Faces Fresh Antitrust Complaint in Europe”, *Wall Street Journal*, 16 June 2014, p. 24; “Google’s European Antitrust Woes Are Far From Over”, *New York Times*, 22 June 2014, p. 35.

## BIBLIOGRAFÍA

- AHLBORN, C.; EVANS, D. y PADILLA, A. J., “Competition Policy in the New Economy: Is European Competition Law Up to the Challenge?”, *ECLR*, Vol. 22 (5), Mayo 2001.
- AKMAN, P., *The concept of Abuse in EU Competition Law*, Ed. Hart Publishing, Oxford 2013.
- ALLENDESALAZAR CORCHO, R., “El abuso y sus efectos. Modernización del artículo 82 TCE: Revisión o Reforma”, en MARTÍNEZ LAGE, S. y PETITBÓ JUAN, A. (dir), *El abuso de la posición dominante*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2006, págs. 155 y ss.
- AREEDA, P. y HOVENKAMP, H., *Antitrust Law*, 3ª Edición (2002), epígrafe 771c, pág. 173: “Es a la vez dañina e innecesaria, y debe abandonarse”.
- AREEDA, P., “Essential facilities: an epithet in need of limiting principles”, *Antitrust L. J.*, Vol. 58, 1990.
- BAKER, S. y WU, L., “Applying the Market Definition Guidelines of the European Commission”, *NERA Topics*, nº 21, Febrero 1998.
- BALTO, D. y COFFMAN, B., “Using antitrust enforcement prudently in High-Tech markets”, disponible en: <http://www.dcantitrustlaw.com/assets/content/documents/2012.pdf>.
- BRACHA, O. y PASCUALE, F., “Federal Search Commission? Access, Fairness and Accountability in the Law of Search”, *93 CORNELL L. REV.* 1149, 1181 (2008).
- BOUDIN, M., “Book Review: Forensic Economics”, *97 HARV. L. REV.* 835 (1984), pág. 838.
- CARLTON, W., “Barriers to Entry” (2008), *ISSUES IN COMPETITION LAW AND POLICY*, Vol. 1, p. 601, 2008. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1529799>
- CASS, RONALD A., “Antitrust for High-Tech and Low: Regulation, Innovation, and Risk”, *Journal of Law, Economics & Policy*, VOL.9 [2], disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2138254>
- DEVLIN, A. y JACOBS, M., “Antitrust Error”, *William & Mary Law Review*, Vol. 52, Issue 1, págs. 75 y ss. (2010), disponible en: <http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol52/iss1/3>
- DIBADJ, R., “Art. 82: gestalt, myths, questions”, *Santa Clara Computer High Technological L.J.*, Vol. 23, 2007, págs. 615-641.
- DÍEZ ESTELLA, F., “Google, in the Aftermath of Microsoft and Intel: The Right Approach to Antitrust Enforcement in Innovative High Tech Platform Markets?” (June 12, 2012). Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2082882>.
- DÍEZ ESTELLA, F., “The Google case: a good example of bad antitrust enforcement in ITC industries”, en *International Conference on Technologies and Law (Proceedings)*, IPCA Editions, Portugal (2013).
- DÍEZ ESTELLA, F., “¿Qué queda del nuevo enfoque de la prohibición del abuso de posición dominante en la UE? Comentario a la Decisión INTEL, de 13 de mayo de 2009”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 7, 2010.
- EASTERBROOK, F. H., “The Limits of Antitrust”, *63 Texas Law Review* 1 (1984).
- ECONOMIDES, N., “The Economics of Networks”, *14 J. INT’L J. INDUS. ORG.* 675 (1996), pág. 683.
- ELHAUGE, E., “Defining better monopolization standards”, *56 Stanford Law Review* 253 (2003), páginas 295-296.
- EVANS, D. y NOEL, M., “Defining Markets that involve Multi-Sided Platforms Businesses: An Empirical Framework With an Application Google’s purchase of DoubleClick”, 4 AEI Brookings Joint Center for Regulatory Studies, *Working Paper 07-18* (2007), disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1089073](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1089073).
- EVANS, D., “A few Reflections on the FTC’s Decision on Google”, *Competition Policy International* 2012 (1), disponible en: <http://www.competitionpolicyinternational.com>
- EVANS, D., “The Web Economy, Two-Sided Markets and Competition Policy”, *e-Concurrences* (May 2010), disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1584363>.
- FISHKIN, J., “Bazaarvoice: Applying Traditional Merger Analysis to a Dynamic High-Tech Market”, *CPI Antitrust Chronicle*, March 2014 (1), disponible en: [www.competitionpolicyinternational.com](http://www.competitionpolicyinternational.com)

- GERADIN, D., “Is the Guidance Paper on the Commission’s Enforcement Priorities in Applying Article 102 TFEU to Abusive Exclusionary Conduct Useful?”, (March 12, 2010), disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1569502>.
- GERADIN, D., “Limiting the Scope of Article 82 EC: What Can The EU Learn From the US Supreme Court’s Judgment in *Trinko*, in the Wake of *Microsoft*, *IMS*, and *Deutsche Telekom*?”, *Common Market Law Review*, (2004) Vol. 41, Issue 6, pp. 1519 to 1533.
- GERADIN, D., “The Decision of the Commission of 13 May 2009 in the Intel Case: Where is the Foreclosure and Consumer Harm?” (October 16, 2009), disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1490114>
- GERADIN, D., HOFER, P., LOUIS, F., PETIT, N. y WALKER, M., “The Concept of Dominance”, *Research Paper on the Modernization of Article 82 EC*, Draft, 10 June 2005, College of Europe (Brugge).
- GIPPINI FOUNIER, E., “Essential facilities y aplicación del artículo 82 CE a la negativa unilateral a contratar. Algunas consideraciones tras la sentencia Bronner”, *Gaceta Jurídica de la Competencia y la UE*, nº 205, enero/febrero 2000, págs 77-95.
- GONZÁLEZ-MAGAZ, J. and GORDON, W., “From Microsoft to Google – Continued Divergence in Transatlantic Antitrust Settlements?”, *CPI*, March 2013 (3).
- GRAGLIA, L. A., “Is Antitrust Obsolete?”, *Harv. J. L. & Pub. Pol’y*, Vol. 23 (1), Otoño 1999.
- GRIMES, W., “U.S. Supreme Court Rejects Price Squeeze Claim: A High Point for Divergence between US and European Law?” *Southwestern Law School Working Paper No. 1024*, (August 17, 2010). Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1660803>.
- GUTIÉRREZ, I. y PADILLA, J., “Una racionalización económica del concepto de posición de dominio”, en MARTÍNEZ LAGE, S. y PETITBÓ JUAN, A. (dir), *El abuso de la posición dominante*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2006, págs. 15 y ss.
- HAGIU, A. y PADILLA, J., “Los Estados Unidos contra Microsoft: innovación, integración tecnológica y Derecho de competencia”, *Gaceta Jurídica de la Competencia*, nº 215, Septiembre 2001.
- HOU, LIYANG, *The Essential Facilities Doctrine – What was Wrong in Microsoft?* (March 19, 2012), disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2025777>
- HOUCK, S., “The Microsoft case and Google”, *Competition Policy International*, May 2012 (1), p. 2.
- HUMPE, C. y RITTER, C., “Refusal to Supply”, *Research Paper on the Modernisation of Article 82 EC*, Colegio de Europa (Brujas), versión de 10 de junio de 2005.
- JENNY, F., “The CFI Decision in *Microsoft*: Why the European Commission’s guidelines on abuse of dominance are necessary and possible”, *Global Competition Policy*, nº 2, Enero 2008.
- JIMÉNEZ LAIGLESIA, J. M., “El asunto Microsoft: competencia y tecnología”, *Gaceta Jurídica de la Competencia*, nº 215, Septiembre 2001.
- KATSOULACOS, Y., “Optimal Legal Standards for Refusals To License Intellectual Property: A Welfare-Based Analysis”, *5 J. COMPETITION L. & ECON.* 269, (2009), págs. 282-83.
- LANG, T., “Defining legitimate competition: Companies’ duties to supply competitors, and access to essential facilities”, *Fordham Int’l L. J.*, nº 18, 1997.
- LAO, M., “Search, Essential Facilities, and the Antitrust Duty to Deal”, *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, Vol. 11, Issue 5 (2013), pág. 287.
- LAROUCHE, P., “The European Microsoft case at the crossroads of competition policy and innovation”, *TILEC Discussion Paper 2008-021* (Mayo 2008), disponible en <http://ssrn.com/abstract=1140165>.
- LOPATKA, J., “United States v. IBM: A Monument to Arrogance”, *68 Antitrust L. J.* 145 (2000).
- LÓPEZ-TARRUELLA, A. (Dir), *Google and the Law. Empirical Approaches to legal aspects of Knowledge-Economy Business Models*, TMC-Asser-Springer, 2012.
- LUCHETTA, G., *Is the Google Platform a Two-Sided Market?* (April 30, 2012), disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2048683>.
- LUNNEY, G., “Patents and Growth: Empirical Evidence from the States”, *87 N.C. L. REV.* 1467 (2009), págs.1470-79, 1486-89, 1516-17.

- MANNE, G. y WRIGHT, J., “Google and the Limits of Antitrust: The Case against the Antitrust Case against Google”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Vol. 34, No. 1, Winter 2011.
- MANNE, G. y WRIGHT, J., “Innovation and the Limits of Antitrust”, *6 Journal of Competition and Economics* 153 (2010).
- MANNE, G., “The Problem of Search Engines as Essential Facilities: An Economic & Legal Assessment” (January 17, 2011), *Lewis & Clark Law School Legal Studies Research Paper No. 2011-10*, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1747289>.
- McDAVID, J. y COUMES, J-M., “Prospects for Convergence in the United States and the EC Approach to Dominant Single Firms”, *Global Competition Policy*, Octubre 2008 (2).
- MIRALLES MURCIEGO, G., “Tomra, fidelity rebates and new approaches to abuse of dominant position”, Ponencia presentada en el *I Congreso Internacional de Derecho de la Unión Europea*, Universidad Autónoma de Madrid, 14 y 15 de julio de 2011.
- MUSGROVE, J., “Both Sides Now: a brief reflection on the Two-Sided Market Debate”, *CPI Antitrust Chronicle*, June 2013 (1), disponible en: <http://www.competitionpolicyinternational.com>
- PAGE, W. and CHILDERS, S., “Antitrust, Innovation, and Product Design in Platform Markets: *Microsoft* and *Intel*”, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1914737>.
- PATTERSON, M., “Google and Search Engine Market Power”, *Fordham University School of Law WP Series* (April 27, 2012), disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2047047>.
- PARDOLESI, R. y RENDA, A., “The European Commission’s case against Microsoft: Kill Bill?”, *27 World Comp.* 513 (2004).
- POLLOCK, R., “Is Google the Next Microsoft? Competition, Welfare and Regulation in Internet Search” (April 2009). Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1265521>.
- POSNER, R., “Antitrust in the New Economy”, *2 John M. Olin Law & Econ. Working Paper No. 106*, (2000), disponible en: <http://www.law.uchicago.edu/files/files/106.Posner.pdf>
- RIDYARD, D., “Foreclosing Reason? The EC Commission’s Policy on Dominant Firms Discounts”, *NERA Competition Brief*, nº 11, Marzo 2000, pág. 1.
- RYSMAN, M., “The Economics of Two-Sided Markets”, *23 J. ECON. PERSPECTIVES* 125 (2009).
- SPINKS, S. O., “Exclusive Dealing, Discrimination, and Discounts under EC Competition Law”, *67 Antitrust L. J.* 641, 2000.
- STIGLER, G. J. “The Economists and the Problem of Monopoly”, *72 Am. Econ. Rev.* 1 (1912), pág. 9.
- STOTHERS, C., “Refusal to Supply as Abuse of a Dominant Position: Essential Facilities in the European Union”, *ECLR*, Vol. 22 (7), 2001.
- TEMPLE LANG, J. y O’DONOGHUE, R., “Defining Legitimate Competition: How to Clarify Pricing Abuses under Article 82”, (2002) *Fordham International Law Journal*, 83.
- TURNEY, J., “Defining the Limits of the EU Essential Facilities Doctrine on Intellectual Property Rights: The Primacy of Securing Optimal Innovation”, *NJTIP.*, Vol. 3 (2) Spring 2005, págs 179-202.
- VESTERDOF, B., “Article 82 EC: Where do we stand after the Microsoft judgement?”, *1 Global Antitrust Review* (2008), págs. 1 a 14.
- VITZILAIU, L., “Keywords: Google, European Commission. Anyone feeling lucky?”, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1750019>.
- WAELBROECK, D., “Michelin II: A Per Se Rule against Rebates by Dominant Companies?”, (2005) *1 Journal of Competition Law and Economics* 149.
- WILLIAMSON, O., “Delimiting Antitrust”, *76 Georgetown Law Journal* 271, 280 (1987).
- WRIGHT, J., “Antitrust, Multi-Dimensional Competition, and Innovation: Do We Have an Antitrust-Relevant Theory of Competition Now?” (2009), *George Mason Law & Economics Research Paper No. 09-44*, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1463732>.
- WRIGHT, J., “Evidence-Based Antitrust Enforcement in the Technology Sector”, *CPI Antitrust Chronicle*, March 2013, disponible en: [www.competitionpolicyinternational.com](http://www.competitionpolicyinternational.com).
- WRIGHT, J., “Does Antitrust Enforcement in High Tech Markets Benefit Consumers? Stock Price Evidence from *FTC v. Intel*”, *38 REV. INDUS. ORG.* 387 (2011).