

CAPÍTULO (*)

LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE COMPETENCIA EN LA ERA DIGITAL (Casos *Google, Facebook, Apple/Shazaam*, y el Informe de la Comisión Europea de Abril 2019)¹

FERNANDO DÍEZ ESTELLA

*Profesor Titular acreditado de Derecho Mercantil
Centro Universitario Villanueva*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LOS MERCADOS DIGITALES Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA. 2.1. Caracterización de los mercados digitales. 2.2. Complejidad de la intervención antitrust. 3. LAS PLATAFORMAS DIGITALES: *COMISIÓN EUROPEA c. GOOGLE*. 4. LA DECISIÓN *FACEBOOK*: ¿BIG DATA & ANTITRUST? 5. LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN DIGITALES: EL CASO *APPLE/SHAZAAM*. 6. CONCLUSIONES. 7. BIBLIOGRAFÍA.

“A medida que los datos sean más importantes para la competencia, tendremos que examinar más detenidamente aquellas operaciones que impliquen la acumulación de grandes volúmenes de datos”

M. VESTAGER (*)

1. INTRODUCCIÓN

El pasado 17 de enero de 2019, en una jornada sobre política de competencia en la era digital que reunió en Bruselas a una selecta representación de abogados, economistas, académicos, autoridades de competencia de toda Europa, etc, la Comisaria de Competencia, Margrethe Vestager, anunció en su discurso de bienvenida² la inminente publicación de un informe sobre la aplicación del Derecho de Competencia en los mercados digitales.

Pues bien, dicho informe se ha publicado³ en fechas muy recientes, el pasado mes de abril de 2019, con el título *Competition Policy for the Digital Era* (en adelante, el *Informe*), y es toda una declaración de principios de lo que la Comisión Europea piensa sobre la aplicación del Derecho de Defensa de la Competencia en los nuevos mercados digitales. Éste es precisamente el tema de que se va a tratar en estas páginas, al hilo de las principales conclusiones del propio *Informe*, y de casos recientes que han gozado de cierta popularidad en los medios de comunicación.

Hace unos pocos años se decía, como gran novedad, que estos sectores estaban caracterizados por el uso intensivo de las TIC (*Tecnologías de la Información y las Comunicaciones*), y que en gran medida tenían el uso de Internet como base del modelo empresarial (*web-based economy*).

A día de hoy, y como no podía ser menos en un sector en el que los modelos de negocio son innovativos y dinámicos, “disruptivos”, hay una serie de rasgos añadidos que inciden fuertemente en el mercado y han reconfigurado el panorama: el hecho de que operan sobre plataformas (*multi-sided markets*); la popularidad y extensión de las redes sociales; el fenómeno

¹ El contenido de este trabajo refleja exclusivamente el parecer de su autor y no constituye opinión profesional ni asesoramiento jurídico alguno.

(*) Speech “*Clearing the path for Innovation*”, Web Summit, Lisboa (Portugal), 7 de noviembre de 2017.

² *Shaping Competition Policy in the era of digitalisation*, Bruselas, 17 enero 2019, se puede ver la intervención íntegra de la Comisaria en la propia web de la CE: <http://ec.europa.eu/competition/scp19/>

³ Disponible en: <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>

big data, y el rol que los datos juegan en el proceso competitivo; y, finalmente, que ahora internet no se usa desde un PC, sino a través de aplicaciones desde dispositivos móviles (tabletas, smartphones, etc), dando lugar a lo que se conoce como *app-based economy*.

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 acervo jurisprudencial que se ha ido forjando en contextos totalmente distintos, de la vieja economía. Lo que no ofrece muchas dudas es que los casos antitrust que vamos a analizar en estas páginas hacen referencia a unas empresas muy concretas (conocidas ahora por el acrónimo ‘GAFA’, *Google, Amazon, Facebook y Apple*), cuyas prácticas comerciales han revolucionado el mercado tal como antes lo conocíamos y la forma de hacer negocios⁴.

Vamos a dedicar el siguiente epígrafe de este trabajo a una somera caracterización de estos mercados digitales, con las peculiaridades en cuanto a su estructura competitiva y las estrategias que las empresas desarrollan, los nuevos modelos de negocio que inventan, para seguidamente preguntarnos, ¿es apropiado el empleo de las herramientas que tradicionalmente ha empleado el Derecho de la Competencia, o éstas se revelan como inadecuadas y obsoletas⁵?

El *Informe* caracteriza (Capítulo 2) la economía digital con tres grandes rasgos:

- Retornos “extremos” derivados de las economías de escala
- Efectos de red
- El papel de los datos⁶

Y, en opinión de los expertos que han elaborado el Informe -y entendemos que la Comisión suscribe-, “*no hace falta repensar los objetivos fundamentales del derecho de competencia al hilo de la revolución digital*” (Capítulo 3). Pensamos que aquí el Informe incurre en cierta contradicción interna, pues mientras sigue afirmando en este capítulo que “*el sistema de defensa de competencia, tal cual está contenido en los artículos 101 y 102 TFUE, supone una base sólida y suficientemente flexible para proteger la competencia en la era digital*”, por ejemplo en el Capítulo 5, al hablar de los datos, reconoce la necesidad de “*una actualización del análisis tradicional del derecho de competencia aplicable a los aftermarkets, ya que en su actual estado no tiene en consideración suficientemente las especificidades de los datos*”.

Este debate, en términos más amplios, ya se había planteado en la doctrina⁷ desde hace ya casi veinte años, y la vertiginosa evolución tecnológica y la profunda transformación empresarial que la revolución digital ha supuesto, no hace sino agudizarlo; 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 digitales, y la correcta comprensión de los nuevos modelos de negocio y prácticas empresariales.

Lo que está fuera de discusión, sin embargo, es que estas peculiaridades de los mercados digitales les exima del escrutinio antitrust; como señaló hace pocos años –y en donde se

⁴ 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/> (última consulta el 20 de febrero de 2019).

⁵ GRAGLIA, L. A., “Is Antitrust Obsolete?”, *Harv. J. L. & Pub. Pol’y*, Vol. 23 (1), Otoño 1999.

⁶ El papel crucial de los datos en el proceso competitivo ya había sido reconocido “oficialmente” por las Autoridades francesa y alemana de competencia, en su Informe conjunto en 2016, *Competition Law and Data*, disponible: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.html> (último acceso el 14 de marzo de 2019).

⁷ *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.

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: “los mercados de alta tecnología no tienen una patente de corso, y su impacto sobre la competencia habrá de evaluarse caso por caso”⁸. Como ya tuvimos ocasión⁹ de plantear hace unos años, a raíz de las investigaciones por parte de la Comisión Europea contra *Google*, lo que en todo caso sí es necesario es cuestionarse si nuestras “viejas” reglas del Derecho de la Competencia son adecuadas para estos “nuevos” mercados digitales.

Por ejemplo, parece del todo contraproducente que la evaluación de mercados *dinámicos* se lleve a cabo con herramientas analíticas *estáticas*: v.gr. la definición de mercado relevante que atiende únicamente a la cuota de mercado de una empresa en un momento dado¹⁰. En estos mercados tecnológicos y digitales la cuota de mercado, a los efectos de determinación del poder de mercado de una empresa, puede considerarse como “irrelevante”¹¹ y por tanto el poder de mercado que supuestamente confieren “pasajero”¹².

En este sentido, la línea de razonamiento que siguen los tribunales al otro lado del Atlántico nos parece más acertada que la postura europea que se desprende de los casos que vamos a analizar. Así, como señaló acertadamente el Tribunal de Apelación estadounidense 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”¹³.

Para el análisis de todas estas cuestiones, seguiremos el siguiente esquema: tras este epígrafe de introducción, se llevará a cabo, en el apartado 2º, una somera caracterización de estos nuevos mercados digitales, poniendo de manifiesto lo especialmente complejo que es en ellos la intervención antitrust. En este apartado, naturalmente, habremos de prestar especial atención a las conclusiones que el *Informe* de la Comisión Europea refleja, ya que son la premisa necesaria sobre el debate de la conveniencia o no de modificar la normativa para adaptarla al ecosistema digital. A continuación, en el apartado 3º se examina uno de los fenómenos sin duda más característicos y representativos de estos mercados: las plataformas digitales. Aquí se hará especial mención a las tres millonarias sanciones que la CE ha impuesto a la empresa *Google* en los tres últimos años. Seguidamente, en el apartado 4º, centraremos el análisis en otro de los elementos clave de los mercados digitales, los datos, al hilo también de la reciente decisión de la autoridad alemana de competencia (FCO) a la empresa *Facebook*. El apartado 5º se dedica, con motivo de la reciente fusión *Apple/Shazaam*, a analizar el papel del control de concentraciones en el ámbito digital. Finalmente, en el apartado 6º de este comentario se ofrecen una serie de conclusiones y valoración global de las cuestiones examinadas.

⁸ 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> (última consulta el 24 de enero de 2019).

⁹ Díez Estella, F.: “Google, Internet y Derecho de la Competencia: ¿viejas reglas para nuevos mercados?”, *CEF Legal – Revista Práctica de Derecho*, núm. 163-164, Agosto-Septiembre 2014.

¹⁰ Así lo señala, entre otros muchos autores, CASS, R., “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>.

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*”.

¹¹ 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>.

¹² HESSE, R., *op.cit.*, pág. 5.

¹³ *U.S. v. Microsoft*, 253 F.3d 35 (D.C. Circuit 2001), n. 49.

2. LOS MERCADOS DIGITALES Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Tanto en las jurisdicciones americana como europea, hay dos rasgos que caracterizan el habitual enfoque de las autoridades a la hora de aplicar la normativa antitrust en este ámbito: por un lado, una especie de fijación¹⁴ 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 la emergencia de estos nuevos modelos de negocio, y en consecuencia limitar el desarrollo económico de las empresas y los países.

Así mismo, y pese a que no faltan tampoco autorizadas publicaciones¹⁵ 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 aspecto concreto no será analizado aquí, ya que en este trabajo se abordarán las cuestiones desde ópticas más técnicas y jurídico-económicas.

Hace ya casi cuarenta 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 cuatro lustros, y teniendo en cuenta los cientos de miles de documentos examinados, los miles de horas de interrogatorio de testigos y expertos, y los millones de dólares invertidos en el caso, nadie duda ya que fue “uno de los mayores despropósitos en la historia de la litigación antitrust”¹⁶.

Al igual que aquella actuación ha merecido en la doctrina la calificación de “arrogante”¹⁷, nuestra propuesta, en línea con un amplio sector doctrinal que ha estudiado esta cuestión¹⁸, 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 todavía no son del todo conocidas por los economistas, y pensamos que por eso despiertan recelos y sospechas entre las autoridades de competencia.

Las razones que nos llevan a abogar por este enfoque de prudencia, análisis y actuación sobre la base de sólidos fundamentos legales y económicos, y que han propuesto ya numerosos autores¹⁹ 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 errores²⁰ 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

¹⁴ Hasta el punto de que autorizadas voces en el ámbito académico, después de analizar las últimas actuaciones contra empresas como Google pidieron -ya se ve que con poco éxito- 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> (última consulta el 30 de marzo de 2019).

¹⁵ *Vid.* “Will the computer industry ever escape its antitrust problems?”, *The Economist*, 7 May 2009.

¹⁶ BOUDIN, M., “Book Review: Forensic Economics”, 97 *HARV. L. REV.* 835 (1984), pág. 838.

¹⁷ LOPATKA, J., “United States v. IBM: A Monument to Arrogance”, 68 *Antitrust L. J.* 145 (2000).

¹⁸ *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>.

¹⁹ HOUCK, S., “The Microsoft case and Google”, *Competition Policy International*, May 2012 (1), p. 2.

²⁰ 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> (última consulta el 30 de noviembre de 2018).

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 sectores tan dinámicos y cambiantes como son los mercados digitales puede resultar en un perjuicio para los consumidores, al agostar la innovación y el desarrollo de nuevos productos y servicios.

2.1. Caracterización de los mercados digitales

La caracterización de gran parte de los mercados digitales, 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.

1) Estructura de plataforma²¹: aunque no necesariamente es así en todos, muchos de estos mercados altamente tecnológicos suelen estar estructurados sobre la base de plataformas, 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.

A esta cuestión dedica el *Informe* todo el Capítulo 4, destacando la importancia (para preservar un grado de competencia aceptable en los mercados en los que estas plataformas operan) de promover tanto la competencia *por* el mercado (evitando las estrategias de las empresas dominantes que impidan la entrada de nuevas plataformas, o se expandan a mercados vecinos) como la competencia *en* el mercado (dentro de la propia plataforma, en la que ella misma actúa como regulador de mercado, estableciendo normas de actuación para sus usuarios).

2) Especial configuración de las barreras de entrada: a diferencia de prácticamente cualquier otro mercado o sector, el ecosistema digital 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 constituye una barrera de entrada²² en el sentido que se le da en el Derecho de la Competencia.

3) Costes marginales próximos a cero: los bienes y servicios que se ofertan en el entorno digital y la *app-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. Por esto habla el *Informe* (Capítulo 3) de los “extremos” retornos, y cómo el coste de producción de los servicios y productos digitales es mucho menos que proporcional al número de clientes servidos.

4) Oferta de servicios gratis: en el caso seguido por la CE contra *Google*, que analizaremos en el siguiente epígrafe, 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

²¹ *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, *Working Paper 07-18* (2007), disponible en 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> (última consulta el 24 de enero de 2019).

²² *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>

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, Instagram, Twitter*); mensajería instantánea (*WhatsApp, Line, Messenger, BlackBerry*); correo electrónico (*Gmail, Yahoo, Hotmail*); voz sobre IP (*Skype, Viber*); etc.

Como es bien sabido, 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 del 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) Multihoming: dado que en el ecosistema digital los costes de cambio (*switching costs*) para el usuario son mínimos a un usuario descontento con un producto o servicio no le cuesta lo más mínimo pasarse a otro. 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 nuevo²³, añadir las aplicaciones, riesgo de perder información relevante, etc.). 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*) o tiene perfil en varias redes sociales (*Facebook, LinkedIn, Instagram, etc.*).

6) Presencia de efectos de red²⁴ (*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”²⁵, sin embargo, no dura por siempre; la misma naturaleza evolutiva y dinámica de estos mercados, y el resto de los 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. La postura, en este punto, del *Informe*, es más bien la contraria.

Tantos los efectos de red *directos* (dentro de un grupo de usuarios) como *indirectos* (entre diferentes grupos de usuarios) han merecido la atención tanto de la doctrina como de las autoridades de competencia, para evaluar hasta qué punto constituyen una barrera de entrada al mercado o de expansión de los incumbentes que no son la plataforma dominante. Se ha señalado²⁶ acertadamente, que al igual que el poder de mercado, el potencial anticompetitivo de los efectos de red es “una cuestión de grado”, y de la práctica decisoria de la Comisión Europea pueden extraerse los criterios (p.ej. el grado de interoperabilidad de la plataforma, el tipo de uso que se haga de estas externalidades o su función) para su evaluación antitrust.

7) Papel del Big Data: por último, y no menos importante, está el papel de los datos en la nueva economía digital. A día de hoy puede decirse que “digital” equivale a *data-driven*, por lo que la relevancia competitiva que se otorgue a este factor será lo determinante del enforcement

²³ 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*”.

²⁴ *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>.

²⁵ 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.

²⁶ ROBLES MARTÍN-LABORDA, A.: “Merger control and Online Platforms: the relevance of Network Effects”, *Market and Competition Law Review*, Vol. 1, nº 2 (October 2017), pág. 79.

antitrust en estos mercados. El impacto de los datos en el poder de mercado de una empresa digital ya ha sido estudiado por la doctrina²⁷. Por otro lado, y como veremos en el último epígrafe de este trabajo, esto tampoco es una novedad en la praxis decisoria de la Comisión Europea, que ya desde hace más de una década ha prestado considerable atención al *Big Data* en el proceso competitivo y ha analizado su papel específico en concentraciones de empresas digitales, como por ejemplo el caso²⁸ *Google/DoubleClick* o el caso²⁹ *TomTom/TeleAtlas*.

En el *Informe* se habla de las “especificidades de los datos” en el Capítulo 6. Pues bien, trataremos, en estas páginas, de extraer una pauta de cómo la Comisión Europea y destacadas autoridades de competencia de Estados miembros las tienen en cuenta a la hora de evaluar comportamientos y mercados. De menos a más, veremos como en el ámbito del control de concentraciones a la CE no le parece que la acumulación de datos suponga un riesgo competitivo (caso *Apple/Shazaam*). En cambio, en el ámbito de las conductas restrictivas, el hecho de que una empresa posea una ingente cantidad de datos que sus competidores no pueden replicar sí se considera una barrera de entrada de la que se deduce -junto con otros factores- una posición dominante (caso *Google Shopping*). Finalmente, en un caso extremo (*Facebook*), el Bundeskartellamt ha considerado que la forma de recabar datos y emplearlos es una conducta abusiva contraria al Derecho de la Competencia.

2.2. 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, no sólo para las autoridades de competencia, naturalmente, también en sede de revisión judicial³⁰, 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 tanto a corto como a largo plazo, y evitar que su intervención comprometa la innovación y el desarrollo de las empresas³¹. En el contexto de mercados digitales, en evolución y cambio continuos, y con el empleo de novedosas tecnologías, y modelos de negocio disruptivos, distinguir entre comportamientos pro-competitivos y anticompetitivos puede resultar una tarea realmente difícil.

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 por parte de algunas autoridades de la competencia de presuponerles un comportamiento abusivo. En efecto, en estos

²⁷ LERNER, A. V.: “The Role of 'Big Data' in Online Platform Competition” (August 26, 2014). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2482780>; GRAEF, I.: “Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms”, *World Competition Law and Economics Review*, n° 38 (2015), págs. 473-506.

²⁸ Caso M.4731, *Google / DoubleClick*, 11 de marzo de 2008, conforme al art. 8.1 del Reglamento (CE) 139/2004, disponible en: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4731_20080311_20682_en.pdf

²⁹ Caso M.4854, *TomTom / TeleAtlas*, 14 de mayo de 2008, conforme al art. 8.1 del Reglamento (CE) 139/2004, disponible en: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4854_20080514_20682_en.pdf

³⁰ *Vid.*, a este respecto, la muy elocuente intervención de un Ex Magistrado del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: DA CRUZ VILAÇA, J.L., “Challenges to the judiciary in the enforcement of competition rules in the digital age”, *Revista de Estudos y Publicaciones*, n° 36 (2018), disponible en la web de la autoridad portuguesa: http://www.concorrencia.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Documents/CR36_CruzVilaca.pdf

³¹ JENNY, F., “The CFI Decision in *Microsoft*: Why the European Commission’s guidelines on abuse of dominance are necessary and possible”, *Global Competition Policy*, n° 2, Enero 2008.

mercados la competencia es *por* el mercado y no *en* el mercado³² (*winner-takes-it-all*), y la decisión regulatoria es optar³³ 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 alumbre un modelo de negocio totalmente nuevo que cambie el paradigma de un día para otro)³⁴.

A esta dificultad se le añade el hecho de que la aplicación de la prohibición contenida el artículo 102 TFUE -la herramienta legal que la CE emplea frente a las empresas digitales- es ya compleja y difusa por sí misma³⁵. En efecto, 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 doctrina³⁶. Y esto se ha “agravado” especialmente tras la reciente Sentencia del TJUE en el Caso³⁷ *INTEL*, que ha obligado a un replanteamiento global de la prohibición³⁸.

3) Por último, la peculiar configuración de las barreras de entrada hace que estos mercados sean altamente contestables³⁹. 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 reguladores⁴⁰. Esto se ve agravado por el hecho de que los competidores están empezando a usar las denuncias

³² 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.

³³ Sobre las ventajas e inconvenientes de una u otra opción, *Vid.*, LAROUICHE, 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.

³⁴ “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, 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’”, ECONOMIDES, N., “The Economics of Networks”, *14 J. INT’L J. INDUS. ORG.* 675 (1996), pág. 683.

³⁵ Para un exhaustivo análisis de esta peculiar prohibición, PADILLA, J. y O’DONOGHUE, R.: *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Ed. Hart Publishing, Oxford 2013.

³⁶ *Vid.*, por ejemplo, esta completa y rigurosa obra 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.

³⁷ Sentencia del TJUE, de 6 de septiembre de 2017, Asunto C-413/14P, *Intel Corporation Inc v Commission*.

³⁸ IBÁÑEZ-COLOMO, P.: “The Future of Article 102 TFEU after Intel”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2018, Vol. 9, No. 5, págs. 293 a 303.

³⁹ 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.*

⁴⁰ 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>.

antitrust contra las empresas líderes del mercado como estrategia competitiva dirigida a erosionar y desestabilizar al rival.

El *Informe* dedica todo el Capítulo 3, bajo el título *Objetivos y metodologías del Derecho de la Competencia en la UE para la era digital*, a señalar qué conceptos establecidos, doctrinas y metodologías hay que repensar y adaptar para aplicarlas a las plataformas, los ecosistemas digitales y la economía de los datos. En concreto, se abordan los siguientes:

- El estándar de bienestar del consumidor
- La definición de mercado relevante
- La medida del poder de mercado
- El marco analítico coste-error
- La interacción competencia / regulación

Es en este peculiar contexto en el que tiene que desarrollarse el “juicio” sobre las conductas de las empresas que operan en estos mercados digitales, 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.

Pese a que el *Informe* de partida rechaza los presupuestos del análisis coste-error (que vamos a exponer seguidamente), sin embargo, en el Capítulo 6, al hablar de las fusiones y adquisiciones en el ámbito digital, advierte de la necesidad de minimizar los falsos negativos en el análisis competitivo de una operación de concentración, ya que los costes de incurrir sistemáticamente en estos errores de tipo II, dice, son “*extremadamente altos*”.

En nuestra opinión, sin embargo, 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 formulación⁴¹ 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”⁴² es inherente al análisis de la conducta unilateral de las empresas dominantes.

Otros autores han aplicado este mismo enfoque a lo que hace años se vino en llamar “Nueva Economía”⁴³ y a los mercados –como los que estamos comentando en este trabajo– en los que la innovación⁴⁴ como estrategia competitiva es un rasgo esencial, con resultados plenamente satisfactorios. Naturalmente, hay autores⁴⁵ que se manifiestan contrarios a adoptar este enfoque,

⁴¹ EASTERBROOK, FRANK H., “The Limits of Antitrust”, 63 *Texas Law Review* 1 (1984).

⁴² 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>.

⁴³ 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> (última consulta el 20 de enero de 2019).

⁴⁴ MANNE, G. y WRIGHT, J., “Innovation and the Limits of Antitrust”, 6 *Journal of Competition and Economics* 153 (2010).

⁴⁵ El autor que encabeza el movimiento contrario a esta postura es WILLIAMSON, O., “Delimiting Antitrust”, 76 *Georgetown Law Journal* 271, 280 (1987).

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.

Sin embargo, y como veremos en epígrafes posteriores, la actitud de la Comisión Europea al aplicar la normativa comunitaria en estos sectores se desmarca de esta actitud de cautela, y como tal ha sido valorada muy críticamente por un amplio sector doctrinal⁴⁶, entre otras cosas por los motivos que aquí estamos apuntando. Como ha quedado dicho el propio *Informe*, en su Capítulo 3 expresamente rechaza aplicar este enfoque a partir de un análisis “caso a caso”, y en cambio propone “*trasladar sus conclusiones generales a los tests de legalidad de las conductas*”.

En su núcleo, el enfoque *coste-error* es un marco analítico simple pero efectivo que exige evidencia⁴⁷ 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.

Llama por ello la atención, como venimos advirtiendo, que las autoridades de Competencia comunitarias adopten una actitud tan agresiva y poco cautelosa en este tipo de casos, a diferencia de lo que lleva ya años haciendo el Tribunal Supremo americano, que en asuntos como *Leegin*⁴⁸, *Linkline*⁴⁹ y *Trinko*⁵⁰, se muestra en cambio contrario a esta interpretación expansiva de la prohibición de abuso de posición dominante.

En los primeros análisis que ya se han publicado del *Informe* de la Comisión Europea, destacados académicos del Derecho de la Competencia critican⁵¹ que se estén proponiendo una serie de cambios de cierta entidad en el modelo actualmente vigente cuando no está claro que los mercados digitales sean tan novedosos para justificar ese apartamiento de los principios y criterios ya establecidos, y desde luego falta suficiente evidencia empírica y consenso entre los expertos.

3. LAS PLATAFORMAS DIGITALES: COMISIÓN EUROPEA c. GOOGLE

Ya hemos señalado que la Comisión Europea dedica todo el Capítulo 4 del *Informe* a las plataformas, y aunque en ningún momento se la menciona explícitamente, da la impresión de que se ha redactado esa parte pensando sencillamente en *Google*.

⁴⁶ 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.

⁴⁷ 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 más tarde se incorporó 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. (última consulta el 30 de diciembre de 2018).

⁴⁸ 551 U.S. 877, 886 (2007).

⁴⁹ 129 S. Ct. 1109, 1122 (2009).

⁵⁰ 540 U.S. 398, 414 (2004).

⁵¹ IBÁÑEZ-COLOMO, P.: “The report on ‘Competition policy for the digital era’ is out: why change the law if there is no evidence? And how?”, 5 de abril de 2019, en el blog *Chillin’ Competition*, disponible en: <https://chillingcompetition.com/2019/04/05/the-report-on-competition-policy-for-the-digital-era-is-out-why-change-the-law-if-there-is-no-evidence-and-how/> (última consulta el 10 de abril de 2019).

En efecto, al hablar de la importancia de promover la competencia *en* el mercado, es decir, dentro de la propia plataforma, y de cómo éstas actúan de reguladores, estableciendo las normas y criterios con los que sus usuarios interactúan entre ellos y con la plataforma, cita como ejemplos de conductas abusivas “*la venta de posiciones monopolísticas a sus negocios clientes, como por ejemplo el ránking en el que los resultados se muestran a los consumidores*”, o el diseño del algoritmo de forma que se incurra en un “*trato autopreferencial abusivo*”.

Como es sabido, en las dos principales jurisdicciones antitrust a ambos lados del Atlántico se han tramitado 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 acuerdo⁵² entre la empresa y la FTC (*Federal Trade Commission*), y en el ámbito de la UE, pese a repetidos intentos de acuerdo⁵³ con la Comisión Europea, llevamos tres sanciones en tres años consecutivos (2017, 2018 y 2019) que arrojan un astronómico saldo total de más de 8.200 millones de euros en multas impuestas a *Google*.

Desde un amplio sector doctrinal⁵⁴ 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 cierto modo supone recuperar aquel lamento manifestado por el Premio Nobel R. Coase hace ya casi medio siglo, y que aún hoy –y en mercados tan novedosos como los que estamos analizando– cobra pleno sentido: “*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*”⁵⁵.

Así por ejemplo, en el caso de *Google*, si entendemos que su modelo de negocio es el de una plataforma, 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)⁵⁶. Ambos son grupos diferenciados, pero necesarios para la existencia del

⁵² *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>

⁵³ 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 (última consulta el 20 de enero de 2019).

⁵⁴ *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>

⁵⁵ COASE, R.H., “Industrial Organization: A Proposal for Research”, *Policy Issues and Research Opportunities in Industrial Organization* (1972), n° 59, pág. 67.

⁵⁶ 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).

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 primero⁵⁷.

Así, y aunque la Comisión en su Informe se empeña en decir que sirven las herramientas clásicas⁵⁸ del Derecho de la Competencia, no le queda más remedio que reconocer (Capítulo 3) que “*en el mundo digital los contornos de un mercado pueden no estar tan claros como en la ‘vieja economía’ . Pueden cambiar muy rápidamente. Más aún, en el caso de las plataformas de varios lados, la interdependencia entre los diferentes ‘lados’ es una parte esencial en el análisis, mientras que el papel tradicional de la definición de mercado relevante era la de aislar los problemas*”.

En la primera de las decisiones sancionadoras de la Comisión Europea, en el caso⁵⁹ *Google Shopping*, el gigante norteamericano fue multado en junio de 2017 con más de €2.400 millones por favorecer sistemáticamente a su propio servicio de comparación de precios y servicios sobre los de sus competidores, que quedaban relegados a la cuarta página de resultados cuando se hacía una búsqueda general on-line. Esta conducta supuestamente dio a Google una ventaja ilegal sobre sus competidores.

Un año después, en julio de 2018, en el caso⁶⁰ *Android*, se impuso la multa más alta a una sola empresa en la historia de la Comisión Europea, más de €4.300 millones, por llevar a cabo conductas supuestamente restrictivas de la competencia, consistentes -entre otras cosas- en la preinstalación de aplicaciones de Google en los móviles con S.O. Android.

Y, finalmente, hace pocas semanas, en marzo de 2019, se ha conocido la tercera decisión sancionadora, en el caso⁶¹ *Google AdSense*, con la imposición de una multa de más de €1.500 millones por conductas supuestamente contrarias a la competencia, de abuso de posición dominante en el mercado de la publicidad on-line relacionada con las búsquedas, consistentes en la imposición de ciertas restricciones a las páginas web de terceros que se anuncian en el portal del popular buscador.

Excedería con creces el ámbito de este trabajo entrar a analizar exhaustivamente estas decisiones, y sus profundas implicaciones desde el punto de vista de la política de competencia implementada desde Bruselas, y las naturales reacciones críticas que han suscitado al otro lado del Atlántico. Lo cierto es que, en la línea de las propuestas del *Informe* de la Comisión Europea, resulta complicado definir los parámetros de estos mercados digitales emergentes. Ya hemos señalado en el epígrafe sobre la caracterización de la economía digital que los servicios que las compañías ofrecen (como por ejemplo, en el caso de Google, *AdSense* y *Android*) son

⁵⁷ Como se ha puesto de manifiesto en un elevado número de publicaciones científicas, esta interdependencia debe tenerse en cuenta a la hora de definir el mercado relevante, evaluar el poder de mercado, y acreditar la existencia de prácticas restrictivas de la competencia; *Vid.*, por todos, BROOS, S. y MARCOS RAMOS, J.: “Google, Google Shopping and Amazon: The Importance of Competing Business Models and Two-Sided Intermediaries in Defining Relevant Markets” (November 27, 2015), *The Antitrust Bulletin*, Vol 62, Issue 2, (2017). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2696045>

⁵⁸ En el ámbito del control de concentraciones, como demuestra la literatura jurídica y económica que ha estudiado el tema con profundidad, el instrumental “clásico” sencillamente no sirve ni para el punto de partida necesario, la definición de mercado relevante en una plataforma digital; *Vid.*, por todos, EVANS, D. y SCHMALENSEE, R.: “Market Definition and Merger Analysis for Multi-Sided Platforms”, *Competition Policy International* (2012), disponible en: <https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/Uploads/MSP11-13-3.pdf> (último acceso el 20 de marzo de 2019).

⁵⁹ *Caso AT.39740*, de 27 de junio de 2017, en un procedimiento conforme al art. 7 Reglamento 1/2003, disponible en: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf

⁶⁰ No hay todavía una versión pública de la Decisión, por motivos de confidencialidad; pueden consultarse documentos varios relativos al expediente en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4581_en.htm

⁶¹ *Vid.* Nota de prensa de la CE: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-1770_en.htm

totalmente gratuitos, y extremadamente sustitutos; ¿cabe entonces hablar de precios abusivos? ¿cómo se acredita la existencia de una práctica predatoria o de precios excesivos?

Por otro lado, y refiriéndonos ahora en concreto al caso *Google Shopping*, ¿es aplicable la teoría del daño clásica de las conductas exclusionarias -también conocidas como eliminatorias, o anticompetitivas- a ese “trato auto-preferencial” que describe el *Informe* en su capítulo 4? Hemos de agradecer que la Comisión Europea nos recuerde que el artículo 102 TFUE no impone una prohibición *per se* de este tipo de conductas, sino sujeta a un análisis de efectos. ¿Hará falta un pronunciamiento del TJUE -como en el caso *INTEL*- para que la Comisión reconsidere este tratamiento de las prácticas comerciales de empresas líderes?

Sin embargo, y con esto concluimos este apartado, da que pensar -y con estremecimiento- que la Comisión recupere, para el tratamiento antitrust de las plataformas digitales, la teoría de los “recursos esenciales”⁶², construcción doctrinal estadounidense de mediados del siglo pasado, y que en la actualidad tiene una aplicación excepcional⁶³ y muy restringida. En cualquier caso, la consideración del motor de búsqueda de *Google* como un “recurso esencial” tiene serias objeciones, tanto desde el punto de vista económico como jurídico, y que han sido oportunamente puestas de manifiesto⁶⁴, y la multa al gigante norteamericano calificada como una ocasión perdida para ganar en seguridad jurídica en este ámbito⁶⁵.

4. LA DECISIÓN *FACEBOOK*: ¿BIG DATA & ANTITRUST?

A diferencia de las multas por conducta presuntamente abusiva que la Comisión Europea ha impuesto a *Google*, en las que por lo menos puede argumentarse que las categorías tradicionales del derecho de la competencia para enjuiciar este tipo de prácticas anticompetitivas (conductas exclusionarias, restricciones contractuales, uso de efectos de red para consolidar una posición dominante en el mercado, etc.) son propias tanto de los mercados “clásicos” como de los nuevos mercados digitales, el pronunciamiento⁶⁶ del pasado 7 de febrero de 2019 del Bundeskartellamt (FCO – *Federal Cartel Office*) en el caso *Facebook* supone un absoluto desmarque del enfoque tradicional de la prohibición de abuso de posición dominante.

En efecto, en esta “disruptiva” decisión, la autoridad alemana de competencia ha considerado acreditado que la popular red social usaba sus servicios filiales (las plataformas de mensajería *WhatsApp* y de compartir fotografías *Instagram*) para recabar datos de sus usuarios, incluso a través de los clásicos botones de “me gusta” o “compartir” que sin necesidad de que sus usuarios los clicaran cuando visitaban páginas web de terceras empresas, transmitían información, a través del servicio “*Facebook Analytics*”, y todos estos datos eran empleados con fines comerciales y a efectos de publicidad selectiva.

⁶² 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; LAO, M., “Search, Essential Facilities, and the Antitrust Duty to Deal”, *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, Vol. 11, Issue 5 (2013), págs. 287 y ss.

⁶³ AREEDA, P., “Essential facilities: an epithet in need of limiting principles”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 58, 1990.

⁶⁴ 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>.

⁶⁵ EBEN, M.: “Fining Google: a missed opportunity for legal certainty?”, *European Competition Journal* (2018), Vol. 14, nº 1, págs. 129 a 151.

⁶⁶ No hay todavía disponible una versión oficial de la decisión, puede consultarse la nota de prensa en: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html?nn=3599398

La particularidad de este asunto es que representa una notable expansión de concepto clásico de dominancia, en cuanto que el Bundeskartellamt -que, recordemos, no es una agencia reguladora de protección de datos, como en España puede ser la AEPD- considera que la tenencia y empleo de datos personales de los usuarios es un elemento determinante para considerar que se detenta poder de mercado, en un ecosistema digital.

Naturalmente, ya se han alzado voces críticas contra este pronunciamiento, señalando que se ha puesto más el foco en cuestiones de privacidad que en el concreto impacto sobre la competencia en el mercado. Sin embargo, lo que no ofrece ninguna duda, es que supone un paso hacia novedosas consideraciones del poder de mercado y los datos personales, que de consolidarse y ser acogida por la Comisión Europea, supondría un impacto más que significativo en el *enforcement* antitrust en toda la Unión Europea.

Hace apenas tres años, en una conferencia en Múnic, tras recalcar la importancia de los datos en la industria digital, y las eficiencias derivadas de su acumulación y uso, a la vez que alertaba frente a algunos de los riesgos inherentes al manejo de *Bid Data*, afirmaba con toda seguridad la Comisaria Vestager que “*no creo que tengamos que acudir a la normativa de competencia para resolver los problemas de privacidad*”⁶⁷.

Puede que ya haya cambiado de opinión, porque algo de esta nueva *interface* entre la protección de datos y el derecho de competencia se puede constatar en el *Informe*, que dedica a este tema todo el Capítulo 5, y aborda múltiples ángulos de esta conexión... ¡ninguno de los cuales es el enfoque adoptado por el FCO! En efecto, una vez ha dejado claro que hay muchos tipos de datos, y que sus usos son también muy variados, y la forma en que son recabados reviste igualmente múltiples variantes, la Comisión Europea destaca los siguientes aspectos:

- Acceso a los datos personales: se quiere evitar la situación de bloqueo de los datos (*lock-in*) de un consumidor, a través de la portabilidad, en relación -explícita- con el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD).
- *Data sharing*: es evidente que en muchas ocasiones es necesario compartir y poner en común datos, para prestar un servicio más eficaz y competitivo, el enfoque que se da al carácter anticompetitivo de esta conducta es a través de la prohibición de intercambios de información del art. 101 TFUE, tal como ha sido matizada por la jurisprudencia reciente y está contemplada por las Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal.
- Negativa de conceder acceso a los datos bajo el art. 102 TFUE: haciendo uso de la ya consolidada doctrina comunitaria del “*duty-to-deal*”, en los supuestos restrictivos que la jurisprudencia ha fijado, la negativa a dar acceso a los datos será considerada una conducta de abuso de posición dominante.
- Datos y *aftermarkets*: cuando el fabricante de un producto que se nutre de datos de sus usuarios (piénsese, por ejemplo, en los coches autónomos, los navegadores de mapas, etc.) no les deja acceso a esos datos, ello puede suponer una conducta de cierre de mercado (*foreclosure*) en un mercado secundario.

Falta todavía tiempo -y pronunciamientos de las autoridades de competencia- para evaluar el calado y recorrido de esta conexión entre la protección de datos y el derecho de competencia. Lo que desde luego ya es cuando menos discutible es la definición de mercado adoptada por el FCO y la consideración de que *Facebook* es dominante en ese mercado.

⁶⁷ VESTAGER, M.: “Competition in a Big Data world”, Speech at *DLD 16*, Munich, 17 de enero de 2016, disponible en: https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-big-data-world_en (último acceso el 20 de marzo de 2019).

En un extenso documento⁶⁸ relativo al caso, el Bundeskartellamt define el mercado relevante como el de “las redes sociales en Alemania”, dejando fuera servicios como *Snapchat*, *YouTube* o *Twitter*, y no considerando otras redes sociales (cuyo uso tiene un carácter más de tipo “profesional”) como *LinkedIn* o *Xing*, en la medida en que todas estas plataformas son diferentes de *Facebook*, por lo menos desde la perspectiva del consumidor, ya que proporcionan servicios específicos que sólo son una fracción de lo que la red social sirve a sus usuarios.

Desde el punto de vista geográfico el mercado considerado es Alemania, y en él Facebook alcanza una cuota del 95% de usuarios activos, a diario, y más del 80% en usuarios activos a lo largo del mes. Además de estas elevadas cuotas, la dominancia se establece a partir de los efectos de red directos (las redes sociales son más atractivas para sus usuarios en la medida en que tengan más número de usuarios) e indirectos (la red es más valiosa para las empresas de publicidad en la medida en que aumente su base de usuarios). En relación a las barreras de entrada, el FCO consiera que éstas son muy altas.

En un sector tan dinámico como éste, con la fluidez característica de los ecosistemas digitales, y los hábitos tan cambiantes de los usuarios finales, especialmente los jóvenes, y prestaciones tan parecidas de otras plataformas, la definición de mercado adoptada por el FCO nos parece demasiado estrecha, y la supuesta dominancia de *Facebook* más que objetable.

Y no menos objetable la calificación de su conducta -recabar datos de terceros e incorporarlos al perfil del usuario, a través de varios medios informáticos así como imponer una serie de “términos y condiciones de uso” tanto a los usuarios como a las web de terceros que interactúan con la propia *Facebook*- como constitutiva de un abuso de posición dominante (conforme a la normativa alemana, aunque se ha insistido en que el resultado hubiera sido similar si se hubiera aplicado el art. 102 TFUE). Y esto entronca directamente con una de las premisas que nos parece que es más objetable del *Informe* de la Comisión, cuando señala en el Capítulo 2 que “*la experiencia señala que los grandes operadores digitales ya instalados son muy difíciles de desplazar*”.

En nuestra humilde opinión, lo que la experiencia señala es precisamente lo contrario (basta pensar, en redes sociales, en *MySpace*; o en buscadores, en *Yahoo*; o en navegadores, en el *Explorer*). No basta que se concluya la frase anterior con el caveat “*aunque hay poca evidencia empírica del coste en eficiencias que supone esta dificultad*”. Porque de esta premisa se sigue la siguiente conclusión, que es -una vez más, en nuestra opinión- aterradora para el desarrollo de los mercados digitales en Europa:

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

Decimos que nos parece sencillamente “aterrador” esta postura manifestada en el *Informe* (recordemos que no es todavía una política oficial adoptada por la Comisión Europea, pese a que se titule *Competition Policy for the digital era*, ya que a ella no le corresponde esa tarea, sino al Parlamento y al Consejo) por dos motivos: en primer lugar, porque es una suerte de inversión de la presunción de inocencia, de modo que a partir de ahora la carga de la prueba de que una práctica realizada por una empresa dominante del sector digital no es anticompetitiva

⁶⁸ “Background information on the Bundeskartellamt’s Facebook proceeding”, disponible en: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook_FAQs.pdf?__blob=publicationFile&v=6

le corresponde a ella. En segundo lugar, porque -ahondado en el gap transatlántico- la política de competencia en Europa sigue estando amedrentada por la obsesión con el *underenforcement*, y el afán intervencionista y regulador, mientras que en Estados Unidos ocurre totalmente lo contrario.

Como señalaba un reciente artículo⁶⁹ de la prestigiosa revista *The Economist*, tras analizar precisamente todos los asuntos que hemos ido viendo en estas páginas, no sorprende por ello que de las 20 mejores compañías del mundo en el ámbito digital, 15 sean americanas, y sin embargo sólo una europea.

Esta consideración -con la que terminamos este apartado- trasciende el ámbito puramente de Derecho de Competencia, pero consideramos que es oportuno traerla aquí a colación: desde la publicación⁷⁰, en mayo de 2015, de la *Estrategia para el Mercado Único Digital en Europa*, se han sucedido muchos acontecimientos en nuestro Viejo Continente, y veloces cambios y transformaciones que no podían ni sospecharse hace sólo 5 o 10 años. Este documento programático habla de protección de datos personales, impulso del comercio transfronterizo, promover la creación de empresas, crear empleo, y normativa de competencia. No concreta las herramientas o políticas específicas para conseguirlo. ¿El resultado? Como duramente afirma *The Economist*, en el artículo al que antes hacíamos referencia, en el ámbito digital, para muchos Europa es vista como “*el estercolero del emprendimiento empresarial y la cuna espiritual de la burocracia*”.

5. LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN DIGITALES: EL CASO APPLE/SHAZAAM

Llegamos al último apartado de nuestro estudio, en el que analizaremos la aplicación del derecho de la competencia en los mercados digitales en un ámbito que no es el de las conductas restrictivas, sino en el ámbito del control de concentraciones, y al hilo de un asunto también reciente, la adquisición por parte de la empresa *Apple* -que a través de *Apple Music* es el segundo servicio de *streaming* del mundo, detrás de *Spotify*-, de la popular aplicación *Shazaam* -líder mundial de reconocimiento de canciones-.

Es, como veremos, un ejemplo paradigmático de lo que se analiza en el Capítulo 6 del *Informe*, al abordar las fusiones y adquisiciones en los mercados digitales, cuando se señala -y parece como si estuviera describiendo esta operación- que un aspecto crucial del actual debate sobre el papel del control de concentraciones en la era digital son “*las adquisiciones por parte de plataformas dominantes de pequeñas start-ups con una base de usuarios que crece a gran velocidad y un gran potencial de ejercer presión competitiva*”.

Ya hemos apuntado que hay una cierta inconsistencia en la consideración del “riesgo competitivo” que los datos entrañan por parte de la CE y otras autoridades de la competencia de la UE. Así, el FCO concluyó que *Facebook* abusó de su posición dominante en el mercado de las redes sociales en Alemania con la forma en que recababa y usaba los datos de sus usuarios. Sin llegar a esos extremos, la Comisión consideró en el caso *Google Shopping* que la acumulación de datos del gigante norteamericano, no replicable por sus competidores, era una barrera de entrada y la situaba en posición dominante. Pues bien, en el ámbito del control de concentraciones en mercados digitales, sorprendentemente, estos enfoques se suavizan hasta el

⁶⁹ “Europe takes on the tech giants”, *The Economist*, March 23rd – 29th 2019, págs. 19 y ss.

⁷⁰ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa*, Bruselas, 6 de mayo de 2015, COM (2015) 192 final.

extremo de autorizar (incluso en Fase I) operaciones empresariales por las que empresas de estos sectores adquieren ingentes cantidades de datos.

En efecto, el pasado 6 de septiembre de 2018 la Comisión Europea autorizó⁷¹ sin condiciones la operación *Apple/Shazam*. Como es bien conocido, Shazam identifica la música que se está reproduciendo a partir de una muestra de grabación hecha a través del teléfono móvil. La muestra se compara con una base de datos para encontrar coincidencias de información como el título de la canción, el artista, el álbum y sugerencias de canciones relacionadas. Igualmente, el servicio ofrece a sus usuarios enlaces de interés a plataformas como *Apple Music*, *Youtube*, *Spotify* o *Deezer*, donde puede escucharse o adquirirse la pieza de música identificada.

A pesar de no alcanzar los umbrales de notificación previstos por el Reglamento 139/2004, de Control de Concentraciones, la CE estableció que revisaría la operación (en virtud del derecho de remisión previsto en el artículo 22.1 del Reglamento), a petición de las autoridades de competencia de Austria, Francia, Islandia, Noruega, España y Suecia, al considerar que la operación podría afectar negativamente a la competencia en el ámbito de la UE.

Tras la oportuna notificación por parte de la sociedad absorbente, la CE acordó analizar los efectos de la operación sobre la competencia en más detalle (segunda fase). En particular, lo que se quería verificar eran dos aspectos cruciales desde el punto de vista competitivo y de la protección de datos:

- si Apple tuviera acceso a datos comerciales sensibles sobre clientes de sus competidores, que podría utilizar para incentivar a que cambiaran su servicio por Apple Music; y,
- si los competidores de Apple Music podrían verse perjudicados en caso de que Shazam dejara de redirigir a sus usuarios, a través de enlaces de interés, a las aplicaciones competidoras de Apple Music en beneficio de esta última.

Tras prácticamente medio año de investigación, y en el que la CE ha contado con aportaciones y propuestas de diferentes agentes de la industria musical, se consideró que el servicio de *streaming* ofrecido por Apple y la aplicación de reconocimiento de canciones Shazam son servicios complementarios y por tanto no compiten entre sí. Asimismo, se concluyó que la entidad resultante de la absorción no tendría capacidad de excluir a los competidores directos de Apple, como Spotify o Deezer, que participan también en el mercado de servicios de música on-line en *streaming*.

En particular, la Comisión señaló los siguientes aspectos en su Decisión:

- La nueva entidad no tendría capacidad para excluir a los competidores de Apple accediendo a datos comerciales sensibles de sus clientes.
- El acceso a los datos de Shazam no aumentaría sustancialmente la capacidad de Apple para dirigirse a aficionados de la música y que *“cualquier conducta con el objetivo de incentivar a los consumidores a cambiar tendría únicamente un efecto insignificante. En consecuencia, los competidores que participan en el mercado de servicios de streaming no serían expulsados del mercado”*.
- La nueva entidad no tendría capacidad para excluir a los competidores de Apple restringiendo el acceso a la aplicación Shazam ya que ésta no es un *“punto de entrada clave al mercado de servicios de streaming”*.

⁷¹ Caso M.8788, *Apple / Shazam*, 6 de septiembre de 2018, conforme al art. 8.1 del Reglamento (CE) 139/2004, disponible en: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8788_1279_3.pdf

- La integración de la base de datos de Apple y Shazam “no otorgarían una ventaja única a la nueva entidad”. Los datos de los que dispone Shazam no son únicos, de modo que sus competidores tendrían la oportunidad de acceder y utilizar bases de datos similares.

A la luz de todo lo que hemos manifestado ya en estas páginas, puede fácilmente comprenderse que el interés de la CE por la operación y las conclusiones alcanzadas en su análisis refuerzan las tesis que hemos venido defendiendo sobre la importancia de los datos en la economía digital. En este caso, además, se unen las profundas implicaciones desde la perspectiva del Derecho de Competencia derivadas de la concentración de operadores con acceso a grandes cantidades de datos e información comercial sensible.

En relación también a lo que se ha comentado sobre la dificultad -especialmente en este tipo de mercados y operaciones- de distinguir entre los efectos pro y anticompetitivos, se ha puesto de manifiesto al hilo de esta decisión: “*Los casos que impliquen Big Data pueden ser complejos. La razón por la que se argumenta que pueden causar un daño (la naturaleza única y comercialmente ventajosa desde un punto de vista competitivo de los datos adquiridos) es habitualmente la misma razón por la que pueden tener efectos procompetitivos*”⁷².

Esto quizá explica el diferente tratamiento que la Comisión Europea otorga a los datos en el ámbito del abuso de dominio y en el del control de concentraciones. Como ya han puesto de manifiesto algunos autores⁷³, el análisis propio del control de concentraciones es siempre prospectivo, y predecir *ex ante* qué papel van a jugar los datos en el futuro en el mercado en que la operación se evalúa, es tarea ciertamente compleja. En el ecosistema digital, con modelos cambiantes de plataformas en los que continuamente se ponen a prueba nuevos modelos de negocio, hacer este tipo de “predicciones” es difícil, y peligroso, y llevar a cabo una intervención demasiado pronto pone en serio peligro el desarrollo de mercado y la innovación. En cambio, es cierto que un análisis *ex post* del tipo del que se hace en el ámbito de conductas restrictivas como el abuso de posición dominante, es más fácil evaluar el papel que los datos han jugado en el mercado, y su potencial anticompetitivo.

En la decisión *Apple/Shazaam* la Comisión en cierta forma anticipa lo que luego iba a manifestar en su *Informe*, donde se plantea si es preciso -desde el punto de vista del test sustantivo en el control de concentraciones- revisar la actual teoría del daño, para adaptarla a casos como éste, en el que una plataforma dominante, que se beneficia de fuertes externalidades de red y tiene un amplio acceso a los datos de sus usuarios (lo que puede generar, como efecto combinado de ambos factores, una importante barrera de entrada a ese mercado), adquiere una empresa pequeña, con un volumen de negocio relativamente pequeño, pero una base de usuarios creciente y un alto potencial de mercado futuro.

A este respecto, y quizá como otra muestra más de estos “nuevos tiempos” que se avecinan, no puede dejar de destacarse que ha sido la primera vez que la CE ha abierto una segunda fase de revisión de una operación de concentración con especial atención al impacto de los datos como elemento clave en el análisis de competencia. En efecto, en operaciones igualmente “célebres” que ha examinado anteriormente de estas mismas características, las operaciones fueron

⁷² SLAUGHTER & MAY: “Apple/Shazaam: Big Data, Big Tech and M&A – what’s the big deal?”, *Antitrust Bulletin*, September 2018, pág. 3.

⁷³ KAROLCZYK, P. y LE CROY, K.: “Navigating the digital age: the European Commission’s differing approaches to Merger control and Abuse of Dominance in the digital sector”, *CPI Antitrust Chronicle*, February 2018, disponible en: www.competitionpolicyinternational.com (última consulta el 20 de marzo de 2019).

autorizadas en primera fase, en los asuntos *Facebook/Whatsapp*⁷⁴, *Microsoft/Skype*⁷⁵, y *Microsoft/LinkedIn*⁷⁶.

En una primera aproximación, y a falta de más precedentes, de esta decisión podría deducirse que no se considera perjudicial para la competencia la adquisición de datos por sí misma, sino que es preciso un análisis caso por caso del tipo de datos que se adquieren; de la finalidad y uso que se pretenden hacer de ellos; de su carácter único, es decir, si se pueden replicar fácilmente; y de si otorgarían a la entidad resultante la capacidad para excluir a competidores del mercado.

Por idéntica razón, y en relación a la cuestión de si los efectos de red generados por la operación son una barrera de entrada anticompetitiva, en dichas operaciones ha manifestado la Comisión que “*la existencia de efectos de red, por sí misma, no constituye a priori un problema para la competencia en el mercado afectado por la operación. Estas externalidades pueden suponer un riesgo competitivo en particular si permiten a la entidad resultante de la fusión cerrar el mercado y hacer más complicado a sus competidores expandir su base de usuarios. Los efectos de red tienen que evaluarse caso por caso*”⁷⁷.

A este respecto, en la sentencia *United States v. Bazaarvoice, Inc.*⁷⁸, en la que se evalúan los efectos sobre la competencia de la fusión entre dos empresas características de estos mercados digitales –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*”.

Por último, cabe señalar que si las autoridades de varios Estados Miembros no hubiesen solicitado su remisión, esta operación habría escapado del control de la Comisión Europea, ya que no cumple con los umbrales establecidos en el artículo 1 del Reglamento 139/2004. En efecto, una característica clara de los modelos empresariales típicos del ecosistema digital es que se basan en obtener y analizar datos, y tienen -por lo menos al principio- un volumen de negocio muy bajo, a pesar de contar con un alto valor de adquisición⁷⁹ y un impacto real o potencial considerable en el mercado. Para evitar esta situación, ya en la Consulta Pública sobre Control de Concentraciones finalizada en enero de 2017, la CE planteó la posibilidad de introducir umbrales de notificación adicionales basados en otros parámetros, como el valor de la operación.

De ahí que, y esta es la otra propuesta del *Informe*, en su Capítulo 6, se planteara revisar los umbrales establecidos actualmente en el Reglamento 139/2004, para evitar que este tipo de operaciones “escaparan” al escrutinio antitrust, como se ha hecho en algunos países europeos recientemente (Austria y Alemania), en la línea de añadir al volumen de negocios tradicional, un umbral adicional basado en el valor de la operación. La conclusión de la CE es que es todavía demasiado pronto para modificar los umbrales establecidos.

⁷⁴ Decisión *Facebook / WhatsApp*, Caso nº COMP/M.7217, de 3 de octubre de 2014.

⁷⁵ Decisión *Microsoft / Skype*, Caso nº COMP/M.6281, de 7 de octubre de 2011.

⁷⁶ Decisión *Microsoft / LinkedIn*, Caso nº COMP/M.8124, de 6 de diciembre de 2016.

⁷⁷ Decisión *Facebook / WhatsApp*, párrafo nº 130; Decisión *Microsoft / LinkedIn*, párrafo nº 342.

⁷⁸ *United States v. Bazaarvoice, Inc.*, Nº 13-cv-00133-WHO, slip op. (N.D. Cal, 8 January 2014).

⁷⁹ Sobre la “desproporción” entre el precio de adquisición y el beneficio generado por la empresa adquirida, *Vid.*, ZIMMER, D.: “Digital Markets: New Rules for Competition Law”, *Journal of European Competition Law and Practice*, nº 6 (2015), págs. 627-628.

6. CONCLUSIONES

De todo lo visto en las páginas precedentes, podemos extraer las siguientes conclusiones:

I. El ecosistema digital, con sus múltiples facetas (internet, los modelos de negocio que funcionan sobre plataformas de dos o más lados, el *Big Data*, la *app-economy*, etc) es evidente que ha revolucionado por completo la forma clásica de actuar en el mercado, y ha generado nuevos modelos empresariales, que han puesto de manifiesto indudables eficiencias en el aprovechamiento de los recursos, ahorro de costes, mejor servicio a los consumidores, y también algunos riesgos para el proceso competitivo.

II. Ante este panorama, evolutivo y cambiante, y que fluye con una rapidez que a veces las autoridades de competencia -y los propios economistas que analizan y estudian estos mercados- no son capaces de seguir, es necesario preguntarse: ¿está el Derecho de la Competencia preparado para un adecuado *enforcement* en esta era digital? ¿es suficiente el instrumental “clásico”, o se precisa una adaptación y modernización para ajustarlo a la actualidad?

III. Además de las aportaciones al debate de las propias empresas, sus abogados, y especialmente los académicos, la Comisión Europea está en cierto modo liderando esta reflexión, y un hito sin duda muy relevante ha sido la publicación en el pasado mes de abril de 2019 del Informe *Competition Policy for the digital era*.

IV. Por la especial caracterización de estos mercados -que, en muchos aspectos, difieren sustancialmente de los mercados “tradicionales”- la intervención antitrust reviste una mayor complejidad de lo habitual, especialmente en la evaluación de conductas empresariales que se consideren potencialmente anticompetitivas. La prohibición del abuso de posición dominante del art. 102 TFUE, tanto en sus herramientas de análisis previo (definición de mercado y posición de dominio) como en su aplicación (explotación abusiva) requiere de un enfoque cauteloso, que minimize los falsos positivos. En nuestra opinión, éste no es el enfoque actualmente seguido por la Comisión Europea, y en cambio sí es el adoptado por las autoridades de competencia estadounidenses.

V. Si algún rasgo hay que sea más propio que ningún otro de los mercados digitales, es sin duda ninguna el uso de los datos. Como hemos comprobado en estas páginas, al hilo de casos recientes, en el ámbito del control de concentraciones a la CE no le parece que la acumulación de datos suponga un riesgo competitivo (caso *Apple/Shazaam*). En cambio, en el ámbito de las conductas restrictivas, el hecho de que una empresa posea una ingente cantidad de datos que sus competidores no pueden replicar sí se considera una barrera de entrada de la que se deduce -junto con otros factores- una posición dominante (caso *Google Shopping*). Finalmente, en un caso extremo (*Facebook*), el Bundeskartellamt ha considerado que la forma de recabar datos y emplearlos es una conducta abusiva contraria al Derecho de la Competencia.

VI. El otro rasgo típico, muy ligado al anterior, es el hecho de que muchas de estas empresas operan sobre plataformas, de dos o más lados, y cuyo análisis económico -y, en consecuencia, la evaluación jurídica pro o anticompetitiva de sus efectos- dista mucho todavía de ser pleno. Por ello, una vez más, es aconsejable un enfoque cauteloso, basado en un *análisis coste-error*, a la hora de llevar a cabo el escrutinio antitrust de estas prácticas empresariales. Especialmente habrá de tenerse en cuenta, en este examen, la fuerte presencia de efectos de red, tanto directos como indirectos, así como la estrecha interdependencia entre ambos “lados” del mercado.

VII. Finalmente, y a diferencia del ámbito de conductas, la Comisión Europea sí ha llevado a cabo una evaluación más acorde con la naturaleza digital de las empresas en el ámbito del control de concentraciones, y ha conferido a la acumulación de datos el papel que en cada caso merecían, aprobando o poniendo condiciones en las operaciones que ha analizado, ofreciendo un marco de seguridad jurídica que protege la competencia a la vez que incentiva la innovación.

7.- 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.
- AREEDA, P., “Essential facilities: an epithet in need of limiting principles”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 58, 1990.
- BALTO, D. and COFFMAN, B., “Using antitrust enforcement prudently in High-Tech markets”, en: <http://www.dcantitrustlaw.com/assets/content/documents/2012.pdf>.
- BOUDIN, M., “Book Review: Forensic Economics”, *97 HARV. L. REV.* 835 (1984), pág. 838.
- BROOS, S. y MARCOS RAMOS, J.: “Google, Google Shopping and Amazon: The Importance of Competing Business Models and Two-Sided Intermediaries in Defining Relevant Markets” (November 27, 2015), *The Antitrust Bulletin*, Vol 62, Issue 2, (2017). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2696045>
- 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, R., “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>.
- COASE, R.H., “Industrial Organization: A Proposal for Research”, *Policy Issues and Research Opportunities in Industrial Organization* (1972), nº 59, pág. 67.
- DA CRUZ VILAÇA, J.L., “Challenges to the judiciary in the enforcement of competition rules in the digital age”, *Revista de Estudios y Publicaciones*, nº 36 (2018)
- 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>
- 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.: “Google, Internet y Derecho de la Competencia: ¿viejas reglas para nuevos mercados?”, *CEF Legal – Revista Práctica de Derecho*, núm. 163-164, Agosto-Septiembre 2014.
- EASTERBROOK, FRANK H., “The Limits of Antitrust”, *63 Texas Law Review* 1 (1984).
- EBEN, M.: “Fining Google: a missed opportunity for legal certainty?”, *European Competition Journal* (2018), Vol. 14, nº 1, págs. 129 a 151.
- ECONOMIDES, N., “The Economics of Networks”, *14 J. INT’L J. INDUS. ORG.* 675 (1996), pág. 683.
- 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

- 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>.
- EVANS, D. y SCHMALENSEE, R.: “Market Definition and Merger Analysis for Multi-Sided Platforms”, *Competition Policy International* (2012), disponible en: <https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/Uploads/MSP11-13-3.pdf>
- EVANS, D., “A few Reflections on the FTC’s Decision on Google”, *Competition Policy International* 2012 (1), disponible en: <http://www.competitionpolicyinternational.com>
- GRAEF, I.: “Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms”, *World Competition Law and Economics Review*, n° 38 (2015), págs. 473-506.
- GRAGLIA, L. A., “Is Antitrust Obsolete?”, *Harv. J. L. & Pub. Pol’y*, Vol. 23 (1), Otoño 1999.
- HAGIU, A. y PADILLA, J., “Los Estados Unidos contra Microsoft: innovación, integración tecnológica y Derecho de competencia”, *Gaceta Jurídica de la Competencia*, n° 215, Septiembre 2001.
- 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>
- HOUCK, S., “The Microsoft case and Google”, *Competition Policy International*, May 2012 (1), p. 2.
- IBÁÑEZ-COLOMO, P.: “The Future of Article 102 TFEU after Intel”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2018, Vol. 9, No. 5, págs. 293 a 303.
- IBÁÑEZ-COLOMO, P.: “The report on ‘Competition policy for the digital era’ is out: why change the law if there is no evidence? And how?”, 5 de abril de 2019, en el blog *Chilling’ Competition*, disponible en: <https://chillingcompetition.com/2019/04/05/the-report-on-competition-policy-for-the-digital-era-is-out-why-change-the-law-if-there-is-no-evidence-and-how/>
- JENNY, F., “The CFI Decision in *Microsoft*: Why the European Commission’s guidelines on abuse of dominance are necessary and possible”, *Global Competition Policy*, n° 2, Enero 2008.
- JIMÉNEZ LAIGLESIA, J. M., “El asunto Microsoft: competencia y tecnología”, *Gaceta Jurídica de la Competencia*, n° 215, Septiembre 2001.
- KAROLCZYK, P. y LE CROY, K.: “Navigating the digital age: the European Commission’s differing approaches to Merger control and Abuse of Dominance in the digital sector”, *CPI Antitrust Chronicle*, February 2018, disponible en: www.competitionpolicyinternational.com
- LAO, M., “Search, Essential Facilities, and the Antitrust Duty to Deal”, *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, Vol. 11, Issue 5 (2013), págs. 287 y ss.
- LAROCHE, 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>
- LERNER, A. V.: “The Role of 'Big Data' in Online Platform Competition” (August 26, 2014). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2482780>

- LOPATKA, J., “United States v. IBM: A Monument to Arrogance”, *68 Antitrust L. J.* 145 (2000).
- LUCHETTA, G., *Is the Google Platform a Two-Sided Market?* (April 30, 2012), disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2048683>
- MANNE, G. y 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>
- MANNE, G. y WRIGHT, J., “Innovation and the Limits of Antitrust”, *6 Journal of Competition and Economics* 153 (2010).
- 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>.
- MUSGROVE, J., “Both Sides Now: a brief reflection on the Two-Sided Market Debate”, *CPI Antitrust Chronicle*, June 2013 (1), en: <http://www.competitionpolicyinternational.com>
- PADILLA, J. y O’DONOGHUE, R.: *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Ed. Hart Publishing, Oxford 2013.
- PAGE, W. and CHILDERS, S., “Antitrust, Innovation, and Product Design in Platform Markets: *Microsoft and Intel*”, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1914737>
- PARDOLESI, R. y RENDA, A., “The European Commission’s case against Microsoft: Kill Bill?”, *27 World Comp.* 513 (2004), pág. 524.
- PATTERSON, M., “Google and Search Engine Market Power”, *Fordham University School of Law WP Series* (April 27, 2012), pág. 3 y ss., en: <http://ssrn.com/abstract=2047047>.
- 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>
- ROBLES MARTÍN-LABORDA, A.: “Merger control and Online Platforms: the relevance of Network Effects”, *Market and Comp. Law Review*, Vol. 1, nº 2 (October 2017), pág. 79.
- RYSMAN, M., “The Economics of Two-Sided Markets”, *23 J. ECON. PERSPECTIVES* 125 (2009).
- SIMON, P., “The age of Platform: how Amazon, Apple, Facebook and Google have redefined business (Motion Pub. 2011);
- STOTHERS, C., “Refusal to Supply as Abuse of a Dominant Position: Essential Facilities in the European Union”, *ECLR*, Vol. 22 (7), 2001.
- 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) 2005, págs 179-202.
- WILLIAMSON, O., “Delimiting Antitrust”, *76 Georgetown Law Journal* 271, 280 (1987).
- WRIGHT, J., “Evidence-Based Antitrust Enforcement in the Technology Sector”, *CPI Antitrust Chronicle*, March 2013, en: www.competitionpolicyinternational.com
- ZIMMER, D.: “Digital Markets: New Rules for Competition Law”, *Journal of European Competition Law and Practice*, nº 6 (2015), págs. 627-628.