

La regulación de los mercados en la era digital: ¿*Quo vadis*, Europa?

Fernando Díez Estella,

Profesor Titular (acreditado) de Derecho Mercantil, Universidad Villanueva

RESUMEN: En los últimos diez o quince años los mercados han experimentado vertiginosos cambios derivados, entre otras cosas, de la digitalización de nuevos modelos empresariales y formas de hacer negocio. Pese a que Europa aspira a la creación de un verdadero *Mercado Único Digital*, lo cierto es que en la actualidad las empresas que dominan el panorama (*Google, Facebook, Amazon y Apple*) son todas estadounidenses. En este trabajo se analiza la respuesta regulatoria que la Unión Europea está dando a este reto de la digitalización de los mercados, en algunos aspectos cruciales, como son: el tratamiento del *Big Data*; la evaluación competitiva de las plataformas digitales; la imposición de multas por prácticas de abuso de posición dominante (art. 102 TFUE) a los gigantes tecnológicos; las restricciones verticales en el comercio on-line y el tratamiento de las fusiones y adquisiciones en este ámbito. Especial consideración merece el *Informe sobre Política de Competencia en la Era Digital*, de abril de 2019, que es una auténtica declaración de principios en este terreno, y parte de una infundada desconfianza en las empresas digitales, establece una suerte de presunción de culpabilidad sobre sus prácticas en el mercado, y desde luego no incentiva la innovación y el emprendimiento digital en Europa.

PALABRAS CLAVE: digitalización, defensa de la competencia, Big Data, plataformas digitales.

ABSTRACT: These years have witnessed profound changes in market structure and businesses models, due to the digitization of the economy. Although the European Union aims to create an authentic *Digital Single Market*, truth nowadays is that American companies such as Google, Facebook, Amazon or Apple are the ones leading the path. In this paper we examine what regulatory answer is the EU giving to this challenge of new digital markets. Prominent features of such competitive environment are examined, such as: Big Data, digital platforms, abusive conduct by high-tech companies, vertical restraints in e-commerce distribution and digital mergers. We pay close attention to the recent report issued in April 2019 by the European Commission, *Competition Policy for the Digital Era*. A first glance of the report suggests an unfavourable assessment, given its culpability presumption and unfounded suspicion on digital enterprises, which, certainly, does not support innovation and digital entrepreneurship in the EU.

KEY WORDS: digitization, competition policy, Big Data, digital platforms.

Título en inglés: Regulating markets in the Digital Era: Quo vadis, European Union?

SUMARIO: 1. Introducción: ¿hacia un verdadero mercado digital en Europa? 2. El Informe de la Comisión Europea (abril 2019): *Política de Competencia en la Era Digital*. 2.1. El punto de partida: ¿una actitud adecuada para estos nuevos mercados? 2.2. El papel del Derecho de la competencia ante los mercados digitales 2.3. El “gap transatlántico”: diferentes enfoques EE.UU. / UE. 3. El papel del *Big Data* en los mercados digitales. 4. El interfaz derecho de la competencia y mercados digitales. 4.1. Las plataformas digitales y la economía colaborativa. 4.2. Fusiones y adquisiciones en el mundo digital: ¿hacia un nuevo paradigma? 4.3. Los algoritmos de precios: cuando el cartelista es un robot. 4.4. Restricciones verticales en la distribución on-line y “geo-blocking”. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1. Introducción: ¿hacia un verdadero mercado digital en Europa?

Desde la publicación¹, 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 lo define como “*aquél en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales está garantizada y en el que personas y empresas pueden acceder fácilmente a las actividades y ejercerlas en línea en condiciones de competencia, con un alto nivel de protección de los consumidores, con independencia de su nacionalidad o lugar de residencia*”, y habla de protección de datos personales, el impulso del comercio transfronterizo, promover la creación de empresas, crear empleo, y la normativa de competencia. No concreta las herramientas o políticas específicas para conseguirlo.

En estas páginas nos proponemos hablar de algunos de esos aspectos, desde la perspectiva mercantil, al hilo también de recientes asuntos que implicaban a conocidas empresas tecnológicas, propias de los nuevos mercados digitales, y que han recibido un trato dispar en la Comisión Europea, cuando han sido acusadas de prácticas anticompetitivas, de infringir la normativa de protección de datos, o han solicitado autorización para fusionarse o adquirir otras empresas.

Entre sus objetivos se encuentra el impulso del comercio electrónico a través de la prohibición de bloqueo geográfico, la modernización de las normas sobre derechos de autor, actualizar las normas de la Unión Europea en materia audiovisual, la consolidación de la Agencia Europea de las Redes y de la Información (ENISA), liberar el potencial de una economía de datos, garantizar a todos los ciudadanos una conexión óptima a internet, adaptar las normas sobre privacidad y contribuir a que empresas, administraciones públicas y ciudadanos aprovechen al máximo las nuevas tecnologías².

¹ 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.

² COMISIÓN EUROPEA, *Mercado Único Digital: Derribar barreras para aprovechar las posibilidades que ofrece internet*, disponible en: https://ec.europa.eu/commission/priorities/digital-single-market_es#background (último acceso el 12 de diciembre de 2019).

Como es bien conocido, donde sí se han dado pasos firmes y claros es en el ámbito de la protección de datos, con la aprobación del *Reglamento General de Protección de Datos*³ (en adelante, RGPD), que entró en vigor el 25 de mayo de 2018, así como en el ámbito de la protección de derechos de autor, con la recientísima aprobación por el Parlamento Europeo -el pasado 26 de marzo de 2019- de la nueva *Directiva de Derechos de Autor*⁴ en la Unión Europea. El RGPD ha obligado a una revisión en profundidad de las políticas de protección de datos de las empresas, ha creado la figura del *Delegado de Protección de Datos*, y, en fin, ha llevado -en nuestro país- a la aprobación de una nueva LOPD, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales⁵. Por su parte, la nueva Directiva de Copyright ya se ha proclamado como una indiscutible victoria de los autores y titulares de derechos de propiedad intelectual, frente a las grandes multinacionales de internet -*Facebook, YouTube, Instagram*-, y que sin duda cambiará la manera de actuar on-line.

A su vez, en el mes de abril de 2019, se publicó⁶ con el título *Competition Policy for the Digital Era* (en adelante, el *Informe*) toda una declaración de principios de lo que la Comisión Europea piensa sobre la regulación de los nuevos mercados digitales. En concreto, y como propuesta de partida, aboga por un “endurecimiento” en la aplicación de las normas del Derecho de Defensa de la Competencia, y cuando éstas sean insuficientes, por una mayor regulación sectorial. Este enfoque es el trabajo que vamos a desarrollar en estas páginas, prestando especial atención a la normativa *antitrust*, ya que este derecho en cierta forma es el más completo en cuanto a regulación del mercado se refiere, pues su carácter transversal -frente al sectorial de otras normativas- hace que abarque también a las demás áreas objeto del *Informe*.

Hace unos pocos años se decía, como gran novedad, que estos sectores “tecnológicos” 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 mercado 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 *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*.

³ Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, *DOUE* L 119, 4.5.2016, págs. 1-88.

⁴ Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 26 de marzo de 2019, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital, COM (2016) 0593 – C8-0383/2016 – 2016/0280(COD). La edición provisional puede descargarse en la propia página web del Parlamento Europeo: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2019-0231+0+DOC+PDF+V0//ES>

⁵ *BOE* núm. 294, de 6 de diciembre de 2018, páginas 119788 a 119857.

⁶ Disponible en: <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>

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 regulatorias “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 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 negocios⁷.

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 regulatoria. 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 de mercado para adaptarla al ecosistema digital. A continuación, en el apartado 3º se examina uno de los elementos clave de los mercados digitales: los datos. Sobre esta cuestión, se analizará también la reciente decisión de la autoridad alemana de competencia (FCO) sobre la conducta en relación con los datos personales de sus usuarios de la empresa *Facebook*. Seguidamente, en el apartado 4º, centraremos el análisis en algunos de los fenómenos sin duda más característicos y representativos de estos mercados: las plataformas digitales y la economía colaborativa (apartado 4.1); cómo en el ámbito digital la evaluación de las fusiones y adquisiciones de empresas se dirige hacia un nuevo paradigma (apartado 4.2); la creciente utilización en todo tipo de sectores de los algoritmos para la fijación del precio de venta de los productos (apartado 4.3); y, por último, la incidencia del comercio on-line en las nuevas restricciones verticales y la práctica del “geo-blocking” (apartado 4.4). Finalmente, en el apartado 5º de este comentario se ofrecen una serie de conclusiones y valoración global de las cuestiones examinadas.

2. El Informe de la Comisión Europea (abril 2019)

2.1. El punto de partida: ¿una actitud adecuada para estos nuevos mercados?

El *Informe* caracteriza (Capítulo 2) la economía digital con tres grandes rasgos: retornos “extremos” derivados de las economías de escala; efectos de red; y, el papel de los datos⁸. Y, en opinión de los expertos que han elaborado el Informe, “*no hace falta repensar los objetivos fundamentales del derecho de competencia al hilo de la revolución digital*” (Capítulo 3).

⁷ 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 diciembre de 2019).

⁸ 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 diciembre de 2019).

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*”.

Una de las premisas que nos parece más objetable del Informe de la Comisión es la contenida en este Capítulo 2, cuando al caracterizar estos mercados afirma que “*la experiencia señala que los grandes operadores digitales ya instalados son muy difíciles de desplazar*”.

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 es suficiente que se concluya la frase anterior con el caveat “*aunque hay poca evidencia empírica del coste en eficiencias que supone esta dificultad*”. Porque de esta premisa se sigue 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”⁹.

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 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.

En este sentido, señalaba un reciente artículo¹⁰ de la prestigiosa revista *The Economist*, tras analizar precisamente todos los asuntos que vamos a examinar en estas páginas, que no sorprendía que, con semejante planteamiento, de las 20 mejores compañías del mundo en el ámbito digital, 15 sean americanas, y sin embargo sólo una europea. Y, como duramente concluía, en el ámbito digital, Europa es vista por muchos como “*un yermo para el emprendimiento empresarial y la cuna espiritual de la burocracia*”.

⁹ Informe de la Comisión (abril 2019), *cit.*, pág. 3 (traducción propia)

¹⁰ “Europe takes on the tech giants”, *The Economist*, March 23rd – 29th 2019, págs. 19 y ss.

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 fijación¹¹ 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”¹² 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 publicaciones¹³ 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”¹⁴.

Al igual que aquella actuación ha merecido en la doctrina la calificación de “arrogante”¹⁵, nuestra propuesta, en línea con un amplio sector doctrinal que ha estudiado esta cuestión¹⁶, 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. Y actuación sobre la base de sólidos fundamentos legales y económicos¹⁷, y no una suerte de “intuiciones” o palpitos, que es lo que a veces parece guiar algunas actuaciones de las autoridades de competencia cuando afrontan decisiones en estos mercados.

¹¹ 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 noviembre de 2019).

¹² Nos parece muy sugerente -y acertada- la propuesta, a este respecto, de IBÁÑEZ-COLOMO, P. y DE STEFANO, G.: “The Challenge of Digital Markets: First, Let Us Not Forget the Lessons Learnt Over the Years”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Nº 4, 2018 (Editorial, pp. 1-2).

¹³ *Vid.* “Will the computer industry ever escape its antitrust problems?”, *The Economist*, 7 May 2009.

¹⁴ BOUDIN, M., “Book Review: Forensic Economics”, 97 *HARV. L. REV.* 835 (1984), pág. 838.

¹⁵ LOPATKA, J., “United States v. IBM: A Monument to Arrogance”, 68 *Antitrust L. J.* 145 (2000).

¹⁶ *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>.

¹⁷ HOUCK, S., “The Microsoft case and Google”, *Competition Policy International*, May 2012 (1), p. 2.

2.2. El papel del Derecho de la competencia ante 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. Hemos tenido ocasión de desarrollar esta caracterización en publicaciones recientes¹⁸, y a ellas nos referimos aquí para no reiterar el análisis. Nos centraremos en este apartado en los puntos que señala, a este respecto, el *Informe* de la Comisión Europea.

Se empieza por destacar la estructura de plataforma¹⁹ de gran parte de estos mercados, y a ello 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). Serán objeto de análisis más detallado en el epígrafe 4.1 de este trabajo.

Se habla igualmente en 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. Esto es así porque 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.

La peculiar caracterización de estos mercados 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 judicial²⁰– por una serie de razones ya muy asimiladas por la doctrina, aunque no siempre aceptadas por las autoridades de competencia: 1) dificultad de distinguir las conductas pro-competitivas de las anti-competitivas²¹; 2) el hecho de que las compañías tecnológicas son habitualmente líderes²² en sus

¹⁸ DÍEZ ESTELLA, F.: “La aplicación del Derecho de la Competencia en la era digital: casos *Google, Facebook, Apple/Shazaam* y el Informe de la Comisión Europea de abril de 2019”, *Anuario de la Competencia 2019*, Ed. Civitas Thomson Reuters, Madrid 2019, págs. 145-183.

¹⁹ *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).

²⁰ *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 Publicações*, nº 36 (2018), disponible en la web de la autoridad portuguesa: http://www.concorrenca.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Documents/CR36_CruzVilaca.pdf

²¹ 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.

²² “*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*

sectores, y en estos mercados la competencia es *por* el mercado y no *en* el mercado, lo que dificulta especialmente la aplicación del art. 102 TFUE en el “ecosistema digital”²³; y, 3) el éxito de estas empresas parece atraer la atención de los reguladores invirtiendo la presunción de inocencia para establecer -como hemos visto que hace el *Informe* de la Comisión Europea- una suerte de presunción de comportamiento abusivo.

Esta “presunción”, y la sospecha que el *Informe* arroja sobre las empresas que operan en estos nuevos mercados digitales, junto con la propuesta que se hace de invertir la carga de la prueba, y que no sea la autoridad de competencia que instruye el expediente sancionador la que demuestre los efectos anticompetitivos sino la empresa, han sido ya duramente criticados²⁴.

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*”.

mercados ‘winner-take-all’”, ECONOMIDES, N., “The Economics of Networks”, *14 J. INT’L J. INDUS. ORG.* 675 (1996), pág. 683.

²³ *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.

²⁴ LAMADRID, A.: “Shortcuts and Courts in the era of digitization”, *Competition Policy International - Antitrust Chronicle*, October 2019, pp. 2 y ss.

2.3. El “gap transatlántico”: diferentes enfoques UE / EE.UU.

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 doctrinal²⁵, 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 evidencia²⁶ 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*²⁷, *Linkline*²⁸ y *Trinko*²⁹, 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 critican³⁰ 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.

El debate que hemos apuntado en la introducción, sobre la conveniencia -o no- de actualizar la normativa reguladora de la actividad en el mercado en la UE, en términos más amplios, ya se había planteado en la doctrina³¹ 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

²⁵ 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.

²⁶ 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 2019).

²⁷ 551 U.S. 877, 886 (2007).

²⁸ 129 S. Ct. 1109, 1122 (2009).

²⁹ 540 U.S. 398, 414 (2004).

³⁰ 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 diciembre de 2019).

³¹ *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.

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 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*”³². Como ya tuvimos ocasión de plantear, en esta misma revista³³ 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 atienda únicamente a la cuota de mercado de una empresa en un momento dado³⁴. 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”³⁵ y por tanto el poder de mercado que supuestamente confieren “pasajero”³⁶.

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”³⁷.

³² 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 noviembre de 2019).

³³ 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.

³⁴ 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. 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*”, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2138254>

³⁵ 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>

³⁶ HESSE, R., *op.cit.*, pág. 5.

³⁷ *U.S. v. Microsoft*, 253 F.3d 35 (D.C. Circuit 2001), n. 49.

3. El papel del *Big Data* en los mercados digitales

Pese a que se habla mucho ya del *Big Data*, no siempre se ofrece una caracterización adecuada de este polivalente concepto; a efectos de este trabajo, vamos a definirlo como “*la captura digital de masivos volúmenes de información, susceptible de ser tratada a través de algoritmos*”³⁸.

Ya hemos señalado en la introducción como éste es uno de los pilares del Mercado Único Digital para la Unión Europea, y la preocupación por parte de las autoridades comunitarias sobre el manejo y tratamiento de datos personales va orientada, principalmente, hacia el aspecto de la privacidad, como lo refleja el espíritu y el texto del RGPD. Sin embargo, hay otro aspecto que quizá ha pasado más inadvertido, y es el que vamos a analizar aquí, que es el impacto sobre la competencia en los mercados que tiene el *Big Data*. Esta cuestión queda perfectamente reflejada en el pronunciamiento³⁹ del pasado 7 de febrero de 2019 del Bundeskartellamt (FCO – *Federal Cartel Office*) en el caso *Facebook*.

Esta decisión supone, además, un absoluto desmarque del enfoque tradicional de la prohibición de abuso de posición dominante seguido hasta ahora en el enjuiciamiento de las conductas empresariales que llevan a cabo las empresas líderes en sus respectivos sectores. En efecto, 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.

Sin embargo, 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.

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.

³⁸ FORREST, K.B.: “Big Data and online advertising: emerging competition concerns”, *CPI Antitrust Chronicle*, April 2019, pág. 10.

³⁹ 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 (última consulta el 24 de noviembre de 2019).

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 Munich, 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*”⁴⁰.

Hoy en día 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* antitrust en estos mercados. El impacto de los datos en el poder de mercado de una empresa digital ya ha sido estudiado por la doctrina⁴¹. 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 caso⁴² *Google/DoubleClick* o el caso⁴³ *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.

Puede que la opinión de la Comisaria Vestager haya que matizarla, 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

⁴⁰ 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).

⁴¹ 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.

⁴² 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

⁴³ 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

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.

En un extenso documento⁴⁴ 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 con las barreras de entrada, el FCO considera que éstas son muy altas.

⁴⁴ “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 (última consulta el 24 de noviembre de 2019).

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).

En cualquier caso, y con independencia del recorrido o la influencia que esta decisión tenga en futuros pronunciamientos de las autoridades de competencia –incluida la Comisión Europea- pueden apreciarse las siguientes áreas⁴⁵ en las que el uso de *Big Data* puede plantear problemas competitivos:

- Al poder efectuar una publicidad tan selectiva (*targeted*) les llevará a mantener su dominio en el mercado, e impedir la entrada de nuevos competidores;
- Al conocer las pautas de compra de sus usuarios, y ser capaz de predecir su conducta, pueden discriminar en precios, ofreciéndole a cada uno la cantidad que saben está dispuesto a pagar;
- Al margen ya de las clásicas “reuniones”, el tratamiento de los datos a través de algoritmos permite la colusión de precios y las conductas de fijación de precios.

4. El interfaz Derecho de la competencia y mercados digitales

Una vez sentadas las premisas de cómo se caracterizan estos nuevos mercados digitales, qué actitud ha asumido ante ellos la Comisión Europea en su *Informe* y examinado -someramente- uno de sus rasgos más prominentes y representativos, el *Big Data*, veremos en este epígrafe algunos ejemplos de prácticas y conductas de las empresas protagonistas de esta era digital, y cómo han resuelto las autoridades de competencia el correspondiente escrutinio antitrust.

⁴⁵ FORREST, K.B.: *op.cit.*, págs. 10 y 11.

4.1. Las plataformas digitales y la economía colaborativa

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 el expediente seguido contra la compañía *Google*.

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 ranking 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 acuerdo⁴⁶ entre la empresa y la FTC (*Federal Trade Commission*), y en el ámbito de la UE, pese a repetidos intentos de acuerdo⁴⁷ 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 doctrinal⁴⁸ 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*”⁴⁹.

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

⁴⁶ *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>

⁴⁷ 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).

⁴⁸ *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>

⁴⁹ COASE, R.H., “Industrial Organization: A Proposal for Research”, *Policy Issues and Research Opportunities in Industrial Organization* (1972), nº 59, pág. 67.

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)⁵⁰. 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 primero⁵¹.

Así, y aunque la Comisión en su *Informe* se empeña en decir que sirven las herramientas clásicas⁵² 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 caso⁵³ *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 caso⁵⁴ *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, en marzo de 2019, se conoció la tercera decisión sancionadora, en el caso⁵⁵ *Google AdSense*, con la imposición de una multa de más de €1.500 millones por conductas supuestamente contrarias a la competencia,

⁵⁰ 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).

⁵¹ 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>

⁵² 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).

⁵³ *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

⁵⁴ 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

⁵⁵ *Vid.* Nota de prensa de la CE: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-1770_en.htm

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. Los servicios que las compañías ofrecen (como, por ejemplo, en el caso de Google, *AdSense* y *Android*) son totalmente gratuitos, y extremadamente sustitutivos; ¿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 pronunciamiento⁵⁶ del TJUE -como en el caso *INTEL*- para que la Comisión reconsidere⁵⁷ este tratamiento de las prácticas comerciales de empresas líderes?

Sin embargo, da que pensar que la Comisión recupere, para el tratamiento antitrust de las plataformas digitales, la teoría de los “recursos esenciales”⁵⁸, construcción doctrinal estadounidense de mediados del siglo pasado, y que en la actualidad tiene una aplicación excepcional⁵⁹ 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 manifiesto⁶⁰, y la multa al gigante norteamericano calificada como una ocasión perdida para ganar en seguridad jurídica en este ámbito⁶¹.

⁵⁶ Sentencia del TJUE, de 6 de septiembre de 2017, Asunto C-413/14P, *Intel Corporation Inc v Commission*.

⁵⁷ 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.

⁵⁸ 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; 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.

⁵⁹ AREEDA, P., “Essential facilities: an epithet in need of limiting principles”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 58, 1990.

⁶⁰ 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>

⁶¹ EBEN, M.: “Fining Google: a missed opportunity for legal certainty?”, *European Competition Journal* (2018), Vol. 14, nº 1, págs. 129 a 151.

Idénticos -o muy parecidos- son los problemas que se está encontrando la Comisión Europea, y la práctica totalidad de autoridades de competencia de los Estados miembros al analizar un fenómeno directamente relacionado con las plataformas digitales: la economía colaborativa (*sharing economy*).

En efecto, gracias a las plataformas de software se permite que los particulares realicen entre ellos las transacciones económicas, sin necesidad de acudir a la intermediación de una empresa profesional. Así, el Comité Económico y Social Europeo la define como “la manera tradicional de compartir, intercambiar, prestar, alquilar y regalar a través de la tecnología moderna y las comunidades”⁶². Más acertado nos parece el concepto que ha acuñado la Comisión Europea en su reciente *Agenda Europea sobre economía colaborativa*, que la define como “todos aquellos modelos de negocios en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas, que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares”⁶³.

En el actual paradigma social, en formulación ya clásica⁶⁴ de los profesores Botsman y Rogers los ciudadanos ya no buscan tanto *poseer* bienes como *acceder* a ellos, y esto transforma⁶⁵ radicalmente la prestación de servicios en cualquier sector que examinemos. La “economía de acceso” es transversal, afecta a casi todos los mercados, también el del alojamiento, ya que es un modelo de negocio especialmente propicio para este sector: modelo en el que los agentes comparten de forma innovadora bienes y servicios infrautilizados, a cambio -o no- de un pago monetario, y valiéndose habitualmente de plataformas digitales a las que acceden a través de internet. Un ejemplo claro, y que en España ha generado un auténtico caos regulatorio, todavía no resuelto, es el de las ya célebres *Viviendas de uso turístico*, (VUT), mercado liderado por plataformas como *Airbnb* y *HomeAway*.

Por su parte, la CNMC, en su Informe *Estudio sobre los nuevos modelos de prestación de servicios en la economía colaborativa*, define ésta manifestando que “engloba un conjunto heterogéneo y rápidamente cambiante de modos de producción y consumo por el que los agentes comparten de forma innovadora activos, bienes o servicios infrautilizados, a cambio o no de un valor monetario, valiéndose para ello de plataformas sociales digitales y, en particular, de internet”⁶⁶.

En este escenario competitivo, habiendo comprobado que la labor que hacen las plataformas de intermediación – por lo menos en el caso de las VUT y *Airbnb*- lleva a que no pueda en rigor hablarse ya de economía colaborativa, pues el papel que en esta relación jurídica tiene la plataforma no es la de un mero prestador de servicios de intermediación en la red, y por tanto no le es de aplicación la exclusión de responsabilidad de las actividades de

⁶² *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI”*, OJ C 177, de 11 de junio de 2014.

⁶³ *Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Agenda Europea para la economía colaborativa*, Bruselas, 2 de junio de 2016, COM (2016) 356 final.

⁶⁴ BOTSMAN, R. y ROGERS, R.: *What’s Mine Is Yours: The Rise of Collaborative Consumption* (2010), Nueva York, Ed. Harper Collins.

⁶⁵ Se habla de “cuarta revolución industrial”, de unos modelos de negocios “disruptivos”, de la nueva “economía digital”, etc.

⁶⁶ COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA (2016), *Resultados preliminares E/CNMC/004/15. Estudio sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa*, pág. 11.

alquiler turístico que, en ese caso, contempla la *Ley de Internet*⁶⁷. Queda por determinar la naturaleza jurídica⁶⁸ de la actividad que desarrollan estas plataformas, en estos peculiares mercados de la economía colaborativa.

Lo que es evidente es que, en el caso de las VUT -como en cualquier otro sector de la economía colaborativa- es que no se puede aplicar a la plataforma la normativa que se aplica a sus actividades o prestaciones subyacentes, el alojamiento turístico en el caso de *Airbnb* o el sector de transporte terrestre en el caso de *UBER*, pese a las dudas y falta de rotundidad que ha puesto de manifiesto la Sentencia del TJUE en el asunto C-434/15, de 20 de diciembre de 2017, resolviendo⁶⁹ una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, ante un litigio que enfrentaba a la popular plataforma contra una asociación del Taxi en la ciudad condal.

En cambio, sí ha sido totalmente contundente el TJUE, que en muy reciente Sentencia⁷⁰ -de fecha 19 de diciembre de 2019- no duda en afirmar que procede calificar de «servicio de la sociedad de la información» (comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/31 sobre el comercio electrónico) un servicio de intermediación, prestado a cambio de una remuneración, destinado a poner en contacto mediante una plataforma electrónica a potenciales arrendatarios con arrendadores, profesionales o no profesionales, que ofrecen servicios de alojamiento de corta duración y que, además, proporciona otras prestaciones accesorias de ese servicio de intermediación.

Por razones de espacio no podemos entrar en este trabajo a analizar esta cuestión en profundidad⁷¹, baste dejarla aquí señalada como uno más de los fenómenos característicos de los nuevos mercados digitales, y a los que las autoridades de competencia o regulatorias tienen que hacer frente.

⁶⁷ Ley 34/2002, de 11 de julio, de la Sociedad de los Servicios de la Información y el Comercio Electrónico, *BOE* núm. 166, de 12 de julio de 2002.

⁶⁸ *Vid.* a este respecto el acertado análisis de MIRANDA SERRANO, L. M^a: “La determinación de la naturaleza jurídica de los servicios que prestan las plataformas digitales en la economía colaborativa. Reflexiones al hilo de la STJUE de 20 de diciembre de 2017 sobre Uber”, *La Ley mercantil*, nº 50, 2018.

⁶⁹ Aunque la Sentencia no es todo lo clara que se podría esperar, sí cabe extraer que el aspecto determinante para que se pueda excluir a las plataformas digitales del cumplimiento de una específica regulación sectorial está en precisar la posición neutral o no de estos intermediarios profesionales respecto de la actividad de sus usuarios. *Vid.* un acertado comentario de este pronunciamiento en TOURIÑO, A.: “Régimen de la responsabilidad de las plataformas que operan en el ámbito de la economía colaborativa”, en *Aspectos legales de la economía colaborativa y bajo demanda en plataformas digitales*, (coord. RODRÍGUEZ MARÍN, S. y MUÑOZ GARCÍA, A.), Madrid (2018), Ed. Bosch, págs. 94-97.

⁷⁰ STJUE (Gran Sala), de 19 de diciembre de 2019, Asunto C-390/18, *Airbnb Ireland* (ECLI: EU:C:2019:1112).

⁷¹ Para un análisis más detallado, se pueden consultar, entre otras, las siguientes publicaciones: ESTUPIÑÁN CÁCERES, R.: “Reflexiones sobre la defensa de la competencia y las plataformas de economía colaborativa”, *La Ley mercantil*, nº 48 (junio), 2018, pág. 3 y ss.; VELASCO SAN PEDRO, L. y HERRERO SUÁREZ, C.: “Mercados electrónicos, marcas y Derecho de la competencia”, en VELASCO, ECHEBARRÍA y HERRERO (Dirs.), *Acuerdos horizontales, mercados electrónicos y otras cuestiones actuales de competencia y distribución*, Ed. Lex Nova, Pamplona (2014), págs. 565 y ss.

4.2. Fusiones y adquisiciones en los mercados digitales: ¿hacia un nuevo paradigma?

Otro ámbito de especial interés y trascendencia práctica es la aplicación del derecho de la competencia al control de concentraciones, del que además contamos -para ilustrarla- con 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 *Shazam* -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 Bundeskartellamt 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 en el mercado. Pues bien, en el ámbito del control de concentraciones en mercados digitales, sorprendentemente, estos enfoques se suavizan hasta el extremo de autorizar (incluso en Fase I) operaciones empresariales por las que empresas de estos sectores adquieren ingentes cantidades de datos.

Este análisis reviste especial interés porque, al igual que en el ámbito mercantil una operación de fusión/adquisición compendia en cierto modo aspectos contractuales, societarios, etc, el análisis competitivo de una concentración implica la evaluación del mercado relevante, poder de mercado, efectos red, costes de cambio, etc⁷². Y, de cara al tema que nos ocupa, ver hasta qué punto la acumulación de *Big Data* entre la empresa adquirente y la adquirida se erige como una barrera de entrada competitiva al mercado en el que operan, o lleva a que sus usuarios queden “cautivos”, o simplemente constituye un “recurso esencial”⁷³ que obligatoriamente tendrán que compartir o al que tendrán que dar acceso para garantizar un mercado competitivo.

En efecto, el pasado 6 de septiembre de 2018 la Comisión Europea autorizó⁷⁴ 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

⁷² Vid. un reciente -y acertado- análisis de todas estas cuestiones en: TUCKER, C.: “Online advertising and Antitrust: network effects, switching costs, and data as an essential facility”, *CPI Antitrust Chronicle*, April 2019, págs. 30 a 35.

⁷³ ABRAHAMSON, Z.: “Essential Data”, *Yale Law Journal*, nº 124 (2014), págs. 867 y ss.

⁷⁴ 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

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 cambiasen 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”*.

- 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*”⁷⁵.

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 autores⁷⁶, 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.

⁷⁵ SLAUGHTER & MAY: “Apple/Shazaam: Big Data, Big Tech and M&A – what’s the big deal?”, *Antitrust Bulletin*, September 2018, pág. 3.

⁷⁶ 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).

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 autorizadas en primera fase, en los asuntos *Facebook/Whatsapp*⁷⁷, *Microsoft/Skype*⁷⁸, y *Microsoft/LinkedIn*⁷⁹.

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 pretender 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”*⁸⁰.

A este respecto, en la sentencia *United States v. Bazaarvoice, Inc.*⁸¹, en la que se evalúan los efectos sobre la competencia de la fusión entre dos empresas características de estos mercados digitales 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 un volumen de negocio muy bajo, a pesar de contar con un alto valor de adquisición⁸² y un impacto real o potencial considerable en el mercado. Para evitar esta situación, ya en la Consulta Pública sobre Control de Concentraciones finalizada

⁷⁷ Decisión *Facebook / WhatsApp*, Caso n° COMP/M.7217, de 3 de octubre de 2014.

⁷⁸ Decisión *Microsoft / Skype*, Caso n° COMP/M.6281, de 7 de octubre de 2011.

⁷⁹ Decisión *Microsoft / LinkedIn*, Caso n° COMP/M.8124, de 6 de diciembre de 2016.

⁸⁰ Decisión *Facebook / WhatsApp*, párrafo n° 130; Decisión *Microsoft / LinkedIn*, párrafo n° 342.

⁸¹ *United States v. Bazaarvoice, Inc.*, N° 13-cv-00133-WHO, slip op. (N.D. Cal, 8 January 2014).

⁸² 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*, n° 6 (2015), págs. 627-628.

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.

4.3. Los algoritmos de fijación de precios: cuando el cartelista es un robot

Hemos rubricado este epígrafe con el título de un pionero trabajo⁸³ del prof. ROBLES MARTÍN-LABORDA, en el que con acertada intuición planteó un problema que hoy es protagonista de intensos debates⁸⁴ en el marco de la aplicación del derecho de la competencia a los nuevos mercados digitales: ¿qué ocurre cuando la fijación de precios -sancionada por el artículo 101 TFUE como una de las más graves conductas anticompetitivas- es fruto de la “actuación” automática de los algoritmos?

A nadie escapa que las aplicaciones derivadas de la inteligencia artificial y el empleo de programas informáticos -que expresan el lenguaje que las máquinas pueden leer, entender, y llevarlas a la “toma de decisiones”- en las empresas ha proporcionado significativos beneficios para la competencia, en cuanto que reducen costes de producción, minimizan riesgos, y en múltiples mercados suponen la práctica eliminación de costes de transacción, lo que redundará en la oferta de nuevos y mejores servicios y productos, y a mejores precios para el consumidor.

Pocos fenómenos caracterizan tanto a los nuevos mercados digitales, y las innovaciones disruptivas empresariales como el empleo de este tipo de algoritmos, que unidos al desarrollo de las tecnologías de la información y el *Big Data* permiten a la empresa que los utiliza -o a empresas especializadas contratadas por ella a tal efecto- monitorizar los precios en el mercado y establecer los suyos propios. Y lo mismo que vamos a señalar aquí de los algoritmos puede perfectamente aplicarse al *blockchain* y los llamados ‘smart contracts’⁸⁵.

Como puede fácilmente apreciarse, esto plantea inmediatamente la pregunta sobre si estas técnicas pueden servir para facilitar la colusión, al propiciar la ejecución de una concertación previa, favorecer una suerte de colusión tácita, o -en la situación más extrema, si acaso todavía futurista- que los algoritmos de precios se puedan concertar por sí mismos, y llevar a cabo -sin intervención humana alguna- una conducta anticompetitiva de fijación de precios.

⁸³ ROBLES MARTÍN-LABORDA, A.: “Cuando el cartelista es un robot. Colusión en mercados digitales mediante algoritmos de precios”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Tomo 38, 2017-2018, págs. 77-103.

⁸⁴ *Vid.*, recientemente, ABRANTES METZ, R.: “Pricing Algorithms and Implications for Competition”, *Competition Policy International*, May 2019.

⁸⁵ SCHREPEL, T.: “Collusion by Blockchain and Smart Contracts”, *33 HARV. J.L. & TECH.* (2019).

Veremos en el epígrafe siguiente cómo, en el ámbito de los acuerdos de distribución verticales ya se han dado casos en los que los algoritmos de precios han servido para ejecutar una concertación previa entre operadores. Por su parte, en la Sentencia *Eturas*⁸⁶, del TJUE de 21 de enero de 2016, y como señala el prof. ROBLES, “las empresas que los utilizan son responsables de cualquier infracción cometida mediante programas de inteligencia de precios cuando éstos hayan sido configurados expresamente, por indicación de aquéllas, para ejecutar o facilitar una concertación prohibida. Pero, además, la especial estructura de los mercados digitales y la especialización necesaria para la programación de algoritmos de precios favorecen en estos casos la posible responsabilidad, como facilitadores de la infracción, tanto de los proveedores de los programas que incorporan algoritmos de precios (Uber, Accenture, Webtaxi) como de la propia plataforma en la que operan las empresas que los utilizan (Eturas)”⁸⁷.

Naturalmente, y esto ya se ha puesto de manifiesto por la doctrina⁸⁸ más atenta, las dificultades de aplicar las nociones y herramientas clásicas del Derecho de la Competencia a esta nueva forma de colusión, llevan -una vez más- a replantearse si el arsenal con que en la actualidad cuentan las autoridades es suficiente para hacer frente a este reto. Además de las clásicas dificultades sobre la detección de estas conductas, se suma ahora una de mayor calado⁸⁹, la relativa a la culpabilidad del sujeto infractor, ¿cabe hablar de conducta antijurídica cuando el precio “colusorio” es fruto de un proceso automático?

El *Informe* de la Comisión Europea se limita a hacer alguna referencia aislada a esta cuestión en el Capítulo 5, cuando examina el papel que los datos juegan en los nuevos mercados digitales, y su tratamiento empleando algoritmos. No hace, sin embargo -y esto es decepcionante- la Comisión expresa mención de que la inteligencia artificial y las decisiones de colusión adoptadas por máquinas puedan ser susceptibles de constituir un acuerdo anticompetitivo contrario al art. 101 TFUE.

⁸⁶ SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta), de 21 de enero de 2016, Asunto C-74/14 (ECLI: EU:C:2016:42).

⁸⁷ ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., *Op.cit.*, pág. 84.

⁸⁸ LIÑÁN HERNÁNDEZ, P.: “Límites del derecho de la competencia al uso de la inteligencia artificial en el comercio online. Primeros casos y perspectivas de futuro”, en RECUERDA GIRELA, M.A. (Dir): *Anuario de Derecho de la Competencia 2019*, Ed. Civitas Thomson Reuters, Madrid 2019, págs. 193 a 216.

⁸⁹ *Vid.* una interesante y acertada reflexión sobre este problema en PÉREZ HERNÁNDEZ, A.: “Algoritmos y derecho de la competencia: un estudio sobre la alineación automática de precios”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 311 (2019), págs. 8 y ss.

4.4. Restricciones verticales en la distribución on-line y “geo-blocking”

Llegamos al último apartado de este trabajo, en el que brevemente se expondrá cómo la irrupción de las nuevas tecnologías y el desarrollo de nuevos modelos de distribución, especialmente a través de comercio *on-line* en sus diferentes modalidades (web propia de la empresa, plataformas de terceros, etc.) ha dado lugar a un nuevo escenario en el que surgen problemáticas hasta ahora desconocidas en la aplicación del derecho de la competencia.

Como es bien sabido, esta materia está regulada por el Reglamento⁹⁰ (UE) núm. 330/2010, de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, y las Directrices⁹¹ que lo acompañan.

El avance imparable del comercio on-line⁹², la aparición de las nuevas plataformas de venta -los *marketplaces*- y también el desarrollo de la teoría económica que ha llevado a un mejor entendimiento sobre el potencial procompetitivo de las “restricciones” verticales, han llevado a la Comisión Europea a lanzar una consulta pública para la reforma o actualización del Reglamento 330/2010 (cuya expiración tendrá lugar el 31 de mayo de 2022), a la vez que ha encargado un extenso estudio y análisis del sector europeo del comercio electrónico. Fue publicado, en mayo de 2017, con el título de *Final report on the E-commerce Sector Inquiry*⁹³.

Veremos a continuación, a raíz de dos conocidos asuntos, el caso *COTY* y la decisión *GUESS*, cómo se ha plasmado esto en la jurisprudencia del TJUE y la praxis decisoria de la Comisión Europea, y qué lecciones cabe extraer para diferenciar las prácticas procompetitivas de las anticompetitivas⁹⁴ en el concreto sector de la distribución on-line de productos de lujo, y en cierta medida, también para aquellos productos de marca, sin que necesariamente tengan la consideración de *luxury-brand*.

En efecto, este pronunciamiento⁹⁵ es de gran trascendencia ya que clarifica hasta qué punto la normativa antitrust permite o no a un fabricante de productos de marca imponer restricciones a las ventas on-line de su red de distribución, especialmente la de aquellos ligados por un contrato de distribución selectiva: sólo cuando haga referencia a plataformas de terceros (*marketplaces*) que sean claramente discernibles por los consumidores. Además, y aunque sobre esto no hay consenso, la Sentencia de 2017 supone una clarificación importante de la

⁹⁰ *DOUE* L 102/1, de 23 de abril de 2010.

⁹¹ Directrices relativas a las restricciones verticales, *DOUE* C 130/1, de 19 de mayo de 2010.

⁹² Habrá que ver si hay en verdad tanta transformación como se afirma, o bien, y en este sentido se han manifestado ya autorizadas publicaciones doctrinales, *nihil novum sub sole*; Vid. CRESPO LASSO DE LA VEGA, D. y MARTÍNEZ MATA, Y.: “Las restricciones verticales en internet: ¿Qué hay de nuevo bajo el sol?”, en RECUERDA GIRELA, M. A. (Dir.), *Anuario de Derecho de la Competencia 2019*, Ed. Thomson Reuters, Madrid 2019, págs. 263 a 278.

⁹³ REPORT FROM THE COMMISSION TO THE COUNCIL AND THE EUROPEAN PARLIAMENT, Bruselas, COM (2017) 229 final, 10 de mayo de 2017.

⁹⁴ Puede verse un completo y acertado análisis de estas prácticas, con abundantes referencias a jurisprudencia no sólo comunitaria sino de autoridades de diferentes Estados miembros de la UE, en VALDÉS BURGUI, A.: “La distribución de bienes de consumo ante los cambios tecnológicos. Tendencias en la práctica de los órganos de defensa de la competencia”, en RECUERDA GIRELA, M. A. (Dir.), *Anuario de Derecho de la Competencia 2018*, Ed. Thomson Reuters, Madrid 2018, págs. 69 a 95.

⁹⁵ STJUE de 6 de diciembre de 2017, *Coty Germany*, C-230/16, ECLI:EU:C:2017:941.

doctrina *Pierre Fabre*⁹⁶, del mismo TJUE, que en 2011 había establecido que la prohibición absoluta de vender por internet impuesta por el fabricante a los distribuidores se consideraba una restricción de la competencia que en ningún caso estaba justificada por la necesidad -aducida por los fabricantes- de proteger la imagen de prestigio y el área de lujo de sus productos.

En referencia explícita a los resultados del *E-Commerce Inquiry*, el TJUE señala⁹⁷ que el 90% de los comercios que habían respondido al cuestionario seguían teniendo su propia web como canal principal de venta de los productos en el régimen de distribución selectiva, pese a constatar igualmente la creciente importancia de las plataformas de terceros como canal alternativo.

Por eso, y para “tranquilidad” de las empresas de retail, que en una lectura un tanto alarmista de esta Sentencia han visto peligrar su negocio on-line, señala el TJUE que “*los distribuidores autorizados pueden vender en línea los productos objeto del contrato tanto a través de sus propios sitios de Internet, si disponen de un escaparate electrónico de la tienda autorizada y se preserva el carácter lujoso de los productos, como mediante plataformas de terceros no autorizadas si la intervención de éstas no es evidente para los consumidores*”⁹⁸.

Una de las primeras decisiones de la Comisión tras el pronunciamiento COTY ha sido la sanción⁹⁹ de 40 millones de euros impuesta a la compañía GUESS, el 17 de diciembre de 2018, por una serie de conductas que restringían o impedían la capacidad de sus distribuidores de anunciarse en internet, así como de realizar ventas transfronterizas a clientes de otros Estados miembros, a través de mecanismos de *geo-blocking*.

Este tipo de conductas, que han quedado acreditadas gracias también a la colaboración de la propia empresa (y que, por ir más allá de lo estrictamente necesario, le ha valido una reducción del 50% de la cuantía de la multa original), se ha considerado que revestían especial gravedad ya que atentaban contra uno de los principios “sagrados” en el *enforcement* de la política de competencia en la UE, pues conllevaban la fragmentación del mercado único, en este caso el anhelado “*Mercado Único Digital*”, al que venimos haciendo referencia desde el principio de este trabajo.

En efecto, y como pone de manifiesto la aprobación del Reglamento¹⁰⁰ 2018/32, una actuación empresarial en ese sentido es un atentado directo contra los principios en los que la UE está trabajando con más empeño en la actualidad. De ahí que se haya señalado acertadamente¹⁰¹, la prohibición del “geo-blocking” es una exigencia esencial para la construcción de un verdadero mercado único digital. Como tal, ha sido ya analizado por la doctrina

⁹⁶ STJUE de 13 de octubre de 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmetique*, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649.

⁹⁷ Sentencia COTY (2017), párrafo nº 54.

⁹⁸ Sentencia COTY (2017), párrafo nº 53.

⁹⁹ Decisión de la Comisión Europea, de 17 de diciembre de 2018, Asunto AT.40428 – *GUESS*. Texto disponible en: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40428/40428_1205_3.pdf

¹⁰⁰ Reglamento (UE) 2018/302 del Parlamento y del Consejo, de 28 de febrero de 2018, sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior.

¹⁰¹ MARTÍ MOYA, V.: «Hacia un verdadero mercado único digital: la prohibición del bloqueo geográfico en las compras online transfronterizas», *Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 47/2018, págs. 5 y ss.

más atenta¹⁰², especialmente en cuanto a sus implicaciones desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado¹⁰³.

En relación con algunos de los problemas que los nuevos mercados digitales plantean al Derecho de la Competencia, el 24 de julio de 2018, la Comisión Europea sancionó a cuatro fabricantes de productos electrónicos (*Asus*¹⁰⁴, *Denon & Marantz*¹⁰⁵, *Philips*¹⁰⁶ y *Pioneer*¹⁰⁷) con una multa conjunta total de 111 millones de euros por fijación de precios mínimos o fijos de reventa a distribuidores online de sus productos.

Una vez más esta investigación tiene -en parte- su origen en el *e-commerce sector inquiry*, a raíz del cual la Comisión constató que un elevado número de distribuidores manifestó ser objeto de restricciones en cuanto al precio de reventa. En el caso en cuestión, la conducta de las cuatro empresas de productos electrónicos afectaba principalmente a los distribuidores on-line que vendían sus productos a un precio más bajo que el recomendado por los fabricantes. Conforme detallan las decisiones de la Comisión, los distribuidores que no aplicaban los precios de reventa recomendados por los fabricantes recibían amenazas o sanciones, como la denegación de suministro. A esto hay que añadir -y aquí nos remitimos a lo dicho en un epígrafe precedente- que los fabricantes utilizaron mecanismos muy sofisticados (software de diferente tipo, algoritmos, “robots araña”, etc.) para monitorizar los precios de reventa, con los que podían intervenir rápidamente ante una reducción del precio.

Finalmente, a los pocos meses de la decisión GUESS, la Comisión ha vuelto a sancionar a otra empresa precisamente por esa misma práctica anticompetitiva de provocar una fragmentación del mercado en la UE a través de restricciones en el comercio *on-line*: se trata de la multa¹⁰⁸ de 12,5 millones de euros impuesta a NIKE por prohibir a sus distribuidores la venta de productos sujetos a licencia a otros países del Espacio Económico Europeo. Esta restricción afecta especialmente a los productos de “merchandising” de algunos de los clubs y federaciones de fútbol más conocidos de Europa (el FC Barcelona, Manchester United, Juventus, Inter de Milán y AS Roma), de los que Nike tiene la licencia.

¹⁰² URÍA MENÉNDEZ, *El nuevo Reglamento (UE) 2018/302 sobre «bloqueo geográfico»*, Dic-2018, en: https://www.uria.com/documentos/circulares/1028/documento/8324/nota_bloqueo_geolocalizacion.pdf (última consulta el 12 de diciembre de 2019).

¹⁰³ PAREDES PÉREZ, J.I.: «Medidas contra el bloqueo geográfico injustificado: el reglamento 2018/302 y su incidencia en las normas europeas de derecho internacional privado», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 35, 2.018, págs. 4 y ss.

¹⁰⁴ Decisión de la Comisión, de 24 de julio de 2018, Asunto AT.40465 – *ASUS*, disponible en: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40465/40465_337_3.pdf

¹⁰⁵ Decisión de la Comisión, de 24 de julio de 2018, Asunto AT.40469 – *Denon & Marantz*, disponible en: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40469/40469_329_3.pdf

¹⁰⁶ Decisión de la Comisión, de 24 de julio de 2018, Asunto AT.40181 – *Philips*, disponible en: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40181/40181_417_3.pdf

¹⁰⁷ Decisión de la Comisión, de 24 de julio de 2018, Asunto AT.40182 – *Pioneer*, disponible en: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40182/40182_370_3.pdf

¹⁰⁸ Decisión de la Comisión Europea, de 25 de marzo de 2019, Asunto AT.40436 – *Ancillary Sports Merchandise*, disponible en la propia página web de la Comisión (el texto oficial sólo es la versión inglesa): https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40436/40436_949_5.pdf

En idéntico sentido, *Sanrio*, la conocida empresa japonesa propietaria de los derechos de personajes tan populares en el público infantil como *Hello Kitty*, ha sido sancionada¹⁰⁹ el pasado 9 de julio por la Comisión Europea con una multa de 6,2 millones de euros por restringir el comercio transfronterizo entre Estados Miembros y las ventas online de productos de *merchandising* a sus licenciatarios.

5. CONCLUSIONES

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

I. Europa –no sin razón conocida como el *Viejo Continente*- ha hecho una decidida apuesta, desde 2015, por la creación de un verdadero *Mercado Único Digital*, y a tal efecto la Comisión Europea ha ido publicando estos años todo tipo de declaraciones y documentos en los que expone cuáles son las áreas en las que pretender actuar para conseguir este objetivo.

II. 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.

III. 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: ¿es necesaria una regulación específica para este tipo de mercados?; en concreto, ya que es la rama del ordenamiento más apta para afrontar este reto, ¿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?

IV. 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*. En nuestra opinión, este documento parte de unas premisas incorrectas: desconfianza hacia las empresas digitales, una suerte de presunción de culpabilidad en cuanto a su comportamiento en el mercado, y la opción regulatoria/intervencionista frente a la libertad de mercado.

V. 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

¹⁰⁹ Decisión de la Comisión de 9 de julio de 2017, Asunto COMP/AT.40432 – *Character merchandise* (todavía no está disponible el texto de la decisión).

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.

VI. 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.

VII. 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.

VIII. 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.

IX. El avance imparable del comercio on-line y la transformación digital en los contratos de distribución ha provocado, en el ámbito de las restricciones verticales, que, tras quince años de inactividad en esta materia, la Comisión Europea haya vuelto a sancionar a empresas -como en el caso GUESS- o que el TJUE haya tenido que delimitar – en el asunto COTY- qué prohibición de venta on-line por parte del fabricante a su red de distribución selectiva está permitida y cuál no.

X. Finalmente, y aunque se están dando pasos muy acertados y hay un trabajo intenso y bien encaminado por parte de las autoridades y las instituciones, no es menos cierto, como han puesto de relieve publicaciones especializadas en este ámbito, que la política proyectada por la Comisión Europea, de implementarse tal cual está expresada en el *Informe*, seguirá contribuyendo a que la Unión Europea sea un páramo en cuanto a emprendimiento digital se refiere, las compañías estadounidenses sigan dominando el panorama, y la innovación empresarial europea se tope contra el muro de la burocracia y el intervencionismo.

6.- BIBLIOGRAFÍA

- ABRANTES METZ, R.: “Pricing Algorithms and Implications for Competition”, *Competition Policy International*, May 2019.
- 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>.
- BOTSMAN, R. y ROGERS, R.: *What’s Mine Is Yours: The Rise of Collaborative Consumption* (2010), Nueva York, Ed. Harper Collins.
- 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, 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>.
- 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.: “La aplicación del Derecho de la Competencia en la era digital: casos *Google, Facebook, Apple/Shazaam* y el Informe de la Comisión Europea de abril de 2019”, *Anuario de la Competencia 2019*, Ed. Civitas Thomson Reuters, Madrid 2019, págs. 145-183.
- 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.
- 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.
- ESTUPIÑÁN CÁCERES, R.: “Reflexiones sobre la defensa de la competencia y las plataformas de economía colaborativa”, *La Ley mercantil*, nº 48 (junio), 2018, pág. 3 y ss.

- EVANS, D., “A few Reflections on the FTC’s Decision on Google”, *Competition Policy International* 2012 (1), disponible en: <http://www.competitionpolicyinternational.com>
- FORREST, K.B.: “Big Data and online advertising: emerging competition concerns”, *CPI Antitrust Chronicle*, April 2019, pág. 10.
- GRAEF, I.: “Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms”, *World Competition Law and Economics Review*, nº 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”, *GJ Competencia*, nº 215, Septiembre 2001.
- 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.
- JIMÉNEZ LAIGLESIA, J. M., “El asunto Microsoft: competencia y tecnología”, *Gaceta Jurídica de la Competencia*, nº 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
- LAMADRID, A.: “Shorcuts and Courts in the era of digitization”, *Competition Policy International - Antitrust Chronicle*, October 2019, pp. 2 y ss.
- 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>
- LERNER, A. V.: “The Role of 'Big Data' in Online Platform Competition” (August 26, 2014). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2482780>
- LIÑÁN HERNÁNDEZ, P.: “Límites del derecho de la competencia al uso de la inteligencia artificial en el comercio online. Primeros casos y perspectivas de futuro”, en RECUERDA GIRELA, M.A. (Dir): *Anuario de Derecho de la Competencia 2019*, Ed. Civitas Thomson Reuters, Madrid 2019, págs. 193 a 216.
- LOPATKA, J., “United States v. IBM: A Monument to Arrogance”, *68 Antitrust L. J.* 145 (2000).
- MANNE, G. y WRIGHT, J., “Innovation and the Limits of Antitrust”, *6 Journal of Competition and Economics* 153 (2010).
- MARTÍ MOYA, V.: «Hacia un verdadero mercado único digital: la prohibición del bloqueo geográfico en las compras online transfronterizas», *Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 47/2018, pág. 5 y ss.

- MIRANDA SERRANO, L. M^a: “La determinación de la naturaleza jurídica de los servicios que prestan las plataformas digitales en la economía colaborativa. Reflexiones al hilo de la STJUE de 20 de diciembre de 2017 sobre Uber”, *La Ley mercantil*, nº 50, 2018.
- PAGE, W. and CHILDERS, S., “Antitrust, Innovation, and Product Design in Platform Markets: *Microsoft* and *Intel*”, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1914737>
- PAREDES PÉREZ, J.I.: «Medidas contra el bloqueo geográfico injustificado: el reglamento 2018/302 y su incidencia en las normas europeas de derecho internacional privado», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 35, 2.018, págs. 4 y ss.
- PÉREZ HERNÁNDEZ, A.: “Algoritmos y derecho de la competencia: un estudio sobre la alineación automática de precios”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 311 (2019), págs. 8 y ss.
- ROBLES MARTÍN-LABORDA, A.: “Cuando el cartelista es un robot. Colusión en mercados digitales mediante algoritmos de precios”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Tomo 38, 2017-2018, págs. 77-103.
- 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).
- SCHREPEL, T.: “Collusion by Blockchain and Smart Contracts”, *33 HARV. J.L. & TECH.* (2019)
- VALDÉS BURGUI, A.: “La distribución de bienes de consumo ante los cambios tecnológicos. Tendencias en la práctica de los órganos de defensa de la competencia”, en RECUERDA GIRELA, M. A. (Dir.), *Anuario de Derecho de la Competencia* 2018, Ed. Thomson Reuters, Madrid 2018, págs. 69 a 95.
- VELASCO SAN PEDRO, L. y HERRERO SUÁREZ, C.: “Mercados electrónicos, marcas y Derecho de la competencia”, en VELASCO, ECHEBARRÍA y HERRERO (Dir.), *Acuerdos horizontales, mercados electrónicos y otras cuestiones actuales de competencia y distribución*, Ed. Lex Nova, Pamplona (2014), págs. 565 y ss.
- 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.