



FACULTADE DE DEREITO

**LA APLICIACIÓN DE
LAS NORMAS
ANTITRUST EN LOS
MERCADOS
DIGITALES: EL CASO
DE *GOOGLE SHOPPING***

TFG Andrea Calleja Castro

Curso académico 2021/2022

Titor Prof. Dr. Ángel García Vidal

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN: la aplicación del Derecho de defensa de la competencia en el ámbito del comercio electrónico.....	4
1. TENDENCIA ACTUAL	4
2. TIPOS DE E-COMMERCE	4
3. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE	6
II. BÚSQUEDAS EN INTERNET Y ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE: EL CASO GOOGLE SHOPPING	8
1. HECHOS E <i>ITER</i> procedimental.....	9
2. LA POSICIÓN DE DOMINIO.....	13
2.1. El concepto de posición de dominio	13
2.2. El análisis de la situación del mercado: la cuota de mercado, el manejo de datos y otras barreras de entrada	15
3. EL ABUSO DE LA POSICIÓN DE DOMINIO.....	21
3.1. Los efectos de la conducta	21
3.2. El apalancamiento abusivo.....	25
3.3. La doctrina de las <i>essential facilities</i> y la competencia en función de los méritos	31
3.4. La presión competitiva de las plataformas de comercio electrónico ...	35
3.5. La correcta delimitación de los efectos del abuso.....	37
III. CONCLUSIONES y PERSPECTIVAS DE FUTURO.....	38

RESUMEN

El presente trabajo se dirige a exponer una concreta problemática que se da en el marco del derecho de la competencia aplicado a las nuevas formas tecnológicas: los buscadores en la red.

En primer lugar, se realizará una pequeña introducción sobre las nuevas formas de interacción en el ámbito de los negocios jurídicos, haciendo hincapié en el fenómeno del *e-commerce*.

Luego, con objeto de explicar la problemática principal, se analizará la reciente sentencia del Tribunal General sobre el asunto de *Google Shopping c. Comisión*. Dentro de este punto, comenzaré explicando los hechos, para continuar con un análisis de la posición de dominio del gigante tecnológico y, por último, finalizar con las conclusiones sobre la abusividad de la conducta que arrojan la investigación de la Comisión y las interpretaciones del Tribunal.

Finalmente, las conclusiones del trabajo en su conjunto se dirigirán a mostrar, mediante la deducción extraída del caso analizado, la importante necesidad de adaptación del ordenamiento al nuevo sistema económico, así como el control de las grandes empresas tecnológicas que, a día de hoy, tienen unas tasas de poder inigualables.

PALABRAS CLAVE

Comercio electrónico, servicios de intermediación, buscadores, poder de mercado, competencia en cuanto al fondo, responsabilidad, abuso de la posición de dominio

ABREVIATURAS

CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
LCE	Ley de Comercio Electrónico
UE	Unión Europea
UNCTAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo
CCo	Código de Comercio
CMT	Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
EEE	Espacio Económico Europeo
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
GAFAM	Google, Amazon, Facebook, Apple y Microsoft

I. INTRODUCCIÓN: LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN EL ÁMBITO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

1. TENDENCIA ACTUAL

En los últimos años, las nuevas tecnologías han ido ganando terreno en diversos ámbitos de la vida cotidiana y, como no podía ser de otro modo, uno de los sectores más afectados ha sido el comercio tradicional.

Así, vemos cómo la regulación del intercambio de bienes y servicios evoluciona hacia una perspectiva diferente, pasando del Derecho Mercantil y de Consumo al Derecho de Internet, que cada vez gana más autonomía propia como disciplina.

A juicio de A. GONZÁLEZ DE LEÓN BERINI, el fenómeno del *e-commerce* va de la mano de la evolución de esta revolución digital, que ha generado – y sigue generando al ritmo que avanza – numerosos cambios en las maneras que tenemos de interactuar económicamente como sociedad, lo cual exige la correspondiente creación de derecho aplicable, no solo para regular en si estas relaciones, sino para garantizar la seguridad en el tráfico del mercado¹.

Como ocurre con todo fenómeno relativamente nuevo, la regulación del *e-commerce* se encuentra en pleno desarrollo, siendo, de hecho, uno de los objetivos más destacados por las políticas mundiales en la actualidad. En este sentido se ha manifestado la Unión Europea (en adelante, UE), en una reciente comunicación, al destacar que “la capacidad para conformar estándares internacionales para productos, procesos y servicios digitales como criterios globales es esencial para la competitividad de la UE”².

2. TIPOS DE E-COMMERCE

Uno de los fenómenos que, en el sentido de lo expuesto, ha revolucionado más la situación del mercado ha sido el del comercio electrónico.

Como cualquier fenómeno extendido (y en expansión), no existe un único tipo de comercio electrónico. En general, las especialidades en las características de las

¹ GONZALEZ DE LEÓN BERINI, A., “La evolución del comercio electrónico en la unión europea y en España”, en CASTELLÓ PASTOR, J.J, GUERRERO PÉREZ, A. Y MARTÍNEZ PÉREZ, M., (Eds.), *Derecho de la Contratación Electrónica y Comercio Electrónico en la Unión Europea y en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 31 y ss. (32).

² COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS, *An EU Strategy on Standardisation Setting global standards in support of a resilient, green and digital EU single market*, Bruselas, 2022, pág. 2.

partes contratantes han dado lugar a que tradicionalmente se diferencien cinco tipos de *e-commerce*³.

En primer lugar, tenemos el comercio electrónico B2B (*Business to Business*). En este tipo de operaciones comerciales se dan transacciones al por mayor, esto es, el vendedor no se dirige a los consumidores finales de sus productos sino a una empresa intermediaria (sea distribuidora final o no).

En segundo lugar, nos encontramos con las operaciones B2C (*Business to Consumer*), que sí que se dirigen directamente al consumidor del producto (es, por tanto, propiamente una operación de comercio minorista). Este es, quizás, el tipo de *e-commerce* en el que todos pensamos cuando leemos el nombre y se están convirtiendo, sin duda, en el medio de consumo más extendido.

En el sentido del párrafo anterior, y en relación con la tendencia actual de este fenómeno, la pandemia por COVID-19 ha impulsado de manera global tanto las compras como las contrataciones de servicios online (aunque de forma desigual, dando preferencia a unas pocas empresas del sector). Este hecho ha sido indicado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), a través de estudios realizados a partir de estadísticas nacionales⁴. Dentro de la clasificación por volumen de negocio, entre las principales empresas de *e-commerce* B2C se encuentran Alibaba y Amazon.

En tercer lugar, existe una clase pensada para “clientes internos”: el modelo B2E (*Business to Employee*). Se trata de relaciones comerciales dirigidas a los empleados de la empresa oferentes, a menudo con descuentos y ventajas por la condición de trabajador del comprador.

Una cuarta modalidad de comercio electrónico es el *e-commerce* C2C (*Consumer to Consumer*), destinado no a la reventa lucrativa sino al aprovechamiento de productos destinados al consumo sobrantes o en desuso (es el caso de plataformas como *Vinted* o *Wallapop*). En este supuesto, no obstante, nos encontraríamos dentro del ámbito de la contratación civil, y no mercantil, pues no se cumplen con las exigentes establecidas en el art. 325 del Código de Comercio (CCo) para estos últimos⁵ (adquisición con ánimo de reventa lucrativa).

³ RUIZ GONZÁLEZ, I., Tipos de comercio electrónico: 5 formas de llegar online a tu público objetivo, *Blogs de Shopify*, 13.09.21. <https://www.shopify.es/blog/12621205-los-5-tipos-de-comercio-electronico> [última consulta: 28.02.22]

⁴ UNCTAD, El comercio electrónico mundial alcanza los 26,7 billones de dólares mientras COVID-19 impulsa las ventas en línea, UNCTAD, 03.05.21. <https://unctad.org/es/news/el-comercio-electronico-mundial-alcanza-los-267-billones-de-dolares-mientras-covid-19-impulsa> [última consulta: 28.02.22]

⁵ «Gaceta de Madrid» núm. 289, de 16 de octubre de 1885, páginas 169 a 170 (2 págs.)

Por último, un quinto tipo de *e-commerce* es el sistema G2C (*Government to Consumer*), que se da cuando una institución pública oficial ofrece a los ciudadanos realizar sus trámites en línea.

3. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE

La Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico ⁶ (en adelante, LCE) encuadra el fenómeno de comercio electrónico dentro de los *servicios de la sociedad de la información* (Exposición de motivos, II). En puridad, el *e-commerce* es un tipo de contratación entre ausentes que tiene como característica principal, como su propio nombre indica, el llevarse a cabo a través de medios electrónicos (a día de hoy, principalmente y para el tema que nos ocupa, a través de plataformas en la web). La propia LCE establece que se entiende por contratación electrónica “*todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones*” (Anexo, letra h). En este ámbito, por tanto, se engloba el fenómeno al que nos venimos refiriendo⁷.

En el marco de esta disciplina, deviene importante definir el concepto de comercio electrónico. La CMT lo definió como “*toda compra realizada a través de Internet, cualquiera que sea el medio de pago utilizado*”⁸. Partiendo de esta definición, el comercio electrónico se basa en la contratación electrónica, que tiene, por sus especiales características, una regulación específica.

Al hilo del presente trabajo, conviene explicar también el concepto de servicio de intermediación. En el anexo de la LCE se define como un “servicio de la sociedad de la información por el que se facilita la prestación o utilización de otros servicios de la sociedad de la información o el acceso a la información”. Entre ellos, destacan el particular aquellos que se dedican a “provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet”⁹.

La regulación jurídica en España está marcada por las disposiciones impuestas por los organismos de la UE, lo que, en el sentido global hacia el que se dirige este tipo de transacciones, favorece la seguridad jurídica (desde mi punto de vista). Así, dispone la Directiva 200/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000,

⁶ «BOE» núm. 166, de 12 de julio de 2002, páginas 25388 a 25403 (16 págs.)

⁷ PILOÑETA ALONSO, L. M. *Contratos Mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 62 y ss.

⁸ COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES (CMT), *Informe e-commerce*, 2013, pág. 2.

⁹ Apartado b) del Anexo de la LCE

relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) en su artículo primero que, con la finalidad de “contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior garantizando la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información entre los Estados miembros”, se armonizarán las normativas nacionales relativas, entre otras materias, a “los contratos por vía electrónica” (marco en el que, según la definición expuesta *supra*, se encuentra el comercio online)¹⁰.

Específicamente, dentro del derecho nacional encontramos la LCE que precisamente tiene como objetivo, como se indica en su exposición de motivos, la incorporación a nuestro ordenamiento de la normativa mencionada.

Si bien es cierto que la normativa ha sido reformada, estas no han sido suficientes en sus dos décadas de vigencia. No es difícil de entender teniendo en cuenta lo que ha avanzado la tecnología – sobre todo en los últimos años – que cualquier norma al respecto queda rápidamente desactualizada. El mecanismo que verdaderamente se ha seguido para mantener la aplicabilidad de sus preceptos ha sido el de la interpretación doctrinal y jurisprudencial, incluidos informes de la propia Comisión al respecto (*vid.* Primer informe sobre la aplicación de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, o el más reciente *E-commerce Action plan 2012-2015* de la Comisión¹¹)¹².

Además de estas normas, que regulan el régimen general de los servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico, interesa destacar la normativa de defensa de la competencia que es aplicable a la materia.

El marco básico de la normativa *antitrust* en nuestro sistema jurídico está configurado por las disposiciones de la UE. De hecho, las prácticas consideradas anticompetitivas se expresan ya en los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)¹³. Es una materia, por tanto, susceptible de regulación por los organismos de la Unión, puesto que afecta a al funcionamiento del mercado interior (art. 3.1. b) TFUE). En este sentido (y, sobre todo, en el supuesto al

¹⁰ «DOCE» núm. 178, de 17 de julio de 2000, páginas 1 a 16 (16 págs.)

¹¹ COMMISSION STAFF WORKING document online services, including e-commerce, in the single market, SEC/2011/1641 final

¹² GONZALEZ DE LEÓN BERINI, A., “La evolución del comercio electrónico en la unión europea y en España”, cit., págs. 31 y ss. (50-52).

¹³ Diario Oficial n° C 326 de 26/10/2012 p. 0001 - 0390

que nos venimos refiriendo, caracterizado por operar en un marco geográfico muy amplio), este hecho favorece la protección del mercado, pues no solo supone una regulación unitaria, sino también unas normas de aplicación de las mismas, de desarrollo doctrinal y jurisprudencial, comunes para todo el conjunto de Estados miembros.

II. BÚSQUEDAS EN INTERNET Y ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE: EL CASO GOOGLE SHOPPING

Expuestos los tipos y evolución del comercio electrónico, así como la definición de los intermediarios de la web, pasaremos a analizar los conflictos de competencia que se dan en el marco de la navegación por la web realizada a través de los buscadores. La importancia de su interacción con las normas mencionadas no solo se justifica por su amplio alcance, sino también por la relación que guardan con un gran número de mercados adyacentes¹⁴.

La revolución tecnológica ha generado el cambio de todo el modelo económico mundial, en su conjunto, de manera que “ya no son las grandes petroleras, ya no son las grandes constructoras, por lo tanto, el petróleo, el ladrillo de hoy, no es otra cosa que los datos” (ELOY VELASCO)¹⁵. Entendiendo esto, no es difícil deducir que las empresas con mayores tasas de poder en el mercado van a ser aquellas que consigan manejar la mayor cantidad de datos posibles, puesto que estos son, a día de hoy, uno de los bienes más codiciados.

Los buscadores web, por las propias características de los servicios que ofrecen a los usuarios, se encuentran en una posición enormemente ventajosa para poder adquirir este tipo de datos. Así, a través de las búsquedas que realizan los internautas, los buscadores pueden deducir gran cantidad de información, como sus gustos, necesidades, deseos, e incluso cuestiones más personales como el nivel económico, la edad o el sexo. Siguiendo este esquema, no será sino el motor con mayor número de usuarios el que obtenga datos en mayor cantidad y de mejor calidad, con lo que tendrán un interesante valor añadido para las personas que contraten con ellos. Y es en este marco,

¹⁴ Sobre esta afirmación, en el apartado sobre el abuso de la posición de dominio se explicará la relación que guardan los buscadores, tanto generales como específicos, con las plataformas que integran el sector de lo que se entiende estrictamente por comercio electrónico (como son las plataformas comerciales de ventas).

¹⁵ VELASCO, E. (2018, enero). Derechos fundamentales en la era digital [video]. Conferencias TED. https://www.youtube.com/watch?v=d_cuFAmp5ws

precisamente, donde se mueve el asunto de *Google Shopping c. Comisión* (vid. la Sentencia del Tribunal General¹⁶ y la Decisión de la Comisión¹⁷).

1. HECHOS E *ITER* PROCEDIMENTAL

Google, perteneciente al grupo Alphabet, Inc., es comúnmente conocido como el motor de búsqueda en la web por excelencia. No obstante, además de este servicio, que ofrece gratuitamente a cualquiera, cuenta con servicios de búsqueda especializados. Específicamente, en el apartado de *compras*, Google ofrece un servicio de comparación en línea mediante el cual contrasta las ofertas de un mismo tipo de producto, que es el introducido por el usuario en el buscador, y lo redirige a la página web correspondiente para proceder a su compra. Lo relevante, a efectos del caso, es que la búsqueda comparativa aparece incluso cuando el usuario realiza la búsqueda de un producto en el buscador general, y aparece ordenada por la aplicación de algoritmos específicos, y no los utilizados en el procedimiento del buscador general¹⁸.

A través del motor general, el usuario introduce la búsqueda que desee y los resultados aparecen en la pantalla del dispositivo a través de enlaces a los sitios web correspondientes. Este servicio se ofrece de manera gratuita para los usuarios y para los titulares de esos sitios web. Los servicios especializados como el mencionado también se ofrecen de manera gratuita para el usuario del buscador y, en ocasiones, incluso para los titulares de los sitios web. No obstante, en el marco de estas búsquedas se encuentran los enlaces o anuncios patrocinados, para los cuales es necesario que medie un contrato oneroso entre Google y el titular del enlace que eventualmente desee tener una posición más privilegiada.

El modo en el que se mostraban los resultados de las búsquedas de productos en el buscador general fue evolucionando a lo largo del tiempo. Así, pasa de un primer proceso en el que, al hacer *clic* en el resultado, el usuario era redirigido a la página de búsqueda especializada (actual Google Shopping), hacia el modelo actual, en que la visualización de la búsqueda da a elegir al usuario entre ser redirigido a la página web del vendedor, directamente, o a la página de búsqueda especializada, si desea seguir realizando comparaciones¹⁹.

¹⁶ Sentencia del Tribunal General de 10 de noviembre de 2021, *Google y Alphabet/Comisión*, T-612/17, ECLI: EU:T:2021:763

¹⁷ Decisión C(2017) 4444, CASE AT.39740 *Google Search (Shopping)*

¹⁸ STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apds. 1 a 9

¹⁹ STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apds. 10 a 20

IMAGEN 1²⁰

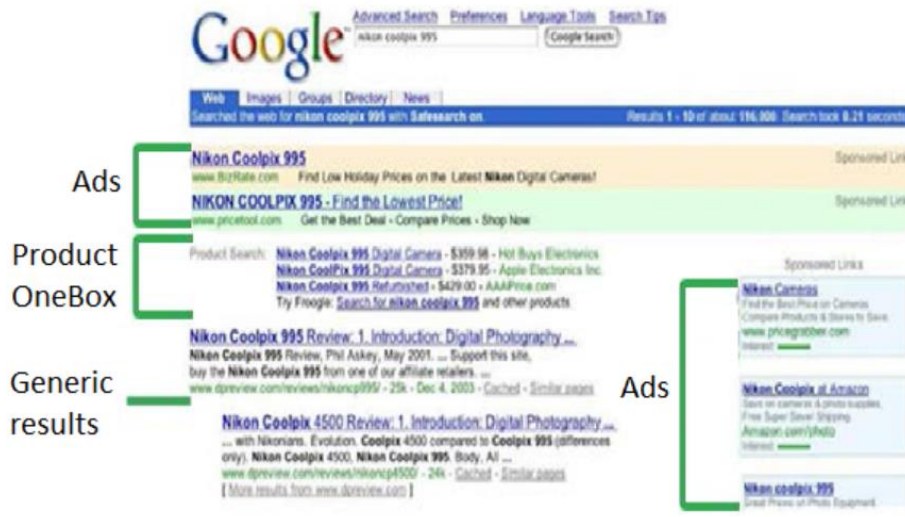


IMAGEN 2²¹



En este punto, conviene destacar varios extremos de la situación, que están directamente relacionados. Por un lado, Google, desde que comienza a ofrecer a los internautas el servicio de comparación de precios, lo hace aplicando unos algoritmos específicos que no se aplican al contenido general de la web (aunque se esté partiendo del motor de búsqueda general), sino a una base de datos específica, denominada

²⁰ Imagen extraída del del cuerpo de la STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apds. 8 a 9. Como se expone en el apd. 9, cuando el usuario hacía clic en los enlaces correspondientes a *OneBox* (esto es, el recuadro dedicado a la búsqueda especializada, actual *Google Shopping*), era redirigidos, directamente, a la página del vendedor.

²¹ Imagen extraída del del cuerpo de la STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apds. 13 a 14. Con esta nueva visualización, que acompaña al nuevo nombre del servicio (*Product Universal*), se le da la opción al usuario de acceder al servicio de búsqueda especializada o, directamente, acudir al sitio web del vendedor.

“índice de producto”, que se nutre de los datos que aportan los propios vendedores. Y, por otro lado, debe tenerse presente que la búsqueda, si bien aplica estos algoritmos específicos, sigue siendo a través del mecanismo general, por lo que no puede entenderse directamente que el usuario desee usar el servicio de comparación de Google para decidir de qué vendedor adquiere el producto²².

Partiendo de esto, en noviembre de 2009 comienzan a presentarse denuncias ante la Comisión Europea por parte de empresas y asociaciones de empresas y de consumidores. En 2010 la Comisión inicia el procedimiento contra Google y, después de una primera evaluación y análisis jurídico, concluye que las actividades mencionadas podrían ir en contra de los artículos 102 TFUE y 54 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo²³. Google, en respuesta, presentó tres conjuntos de compromisos que la Comisión, ante las objeciones de varios demandantes a los mismos, no entiende como suficientes para ser aceptados²⁴.

De este modo, en el año 2015 la Comisión regresó al procedimiento por infracción que se había iniciado en 2010, llegando, en este momento de forma provisional, a la conclusión de que las prácticas expuestas constituían un supuesto de abuso de la posición dominante, contrario al Derecho de la Competencia según el art. 102 TFUE. Finalmente, en el año 2017 la Comisión adopta la Decisión C(2017) 4444 final, relativa a los procedimientos con arreglo al artículo 102 TFUE y al artículo 54 del Acuerdo EEE (asunto AT.39740 – *Google Search (Shopping)*)²⁵, que es recurrida por Google dando lugar al asunto que resuelve el TJUE en la sentencia a la que nos venimos refiriendo²⁶.

Desde el inicio del procedimiento en 2017 hasta la celebración de la vista en febrero de 2020 se llevaron a cabo actuaciones procedimentales generales (*vid.* los escritos de solicitud de intervención, la contestación al recurso y la decisión de sometimiento a la sala ampliada) y especiales por razón del asunto (las peticiones de tratamiento confidencial).

²² STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apd. 8

²³ DO L 1 de 3.1.1994, p. 3/522

²⁴ STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apds. 21 a 26

²⁵ En apoyo de las pretensiones de la Comisión se presentaron la *Bureau européen des unions de consommateurs* (BEUC), *Connexity Inc.*, *Connexity UK Ltd*, *Connexity Europe GmbH*, *Pricegrabber.com*, *Infederation Ltd* (“*Foundem*”), el Órgano de Vigilancia de la AELC y la Iniciativa para un Mercado En Línea Competitivo, *Prestige Gifting Ltd*, *Kelkoo*, *Computer & Communication Industry Association*, *Consumer Watchdog*, *Yelp Inc.*, *Verband Deutscher Zeitschriftenverleger eV* (en lo sucesivo, «VDZ»), *Visual Meta GmbH*, *BDZV – Bundesverband Digitalpublisher und Zeitungsverleger eV*, anteriormente *Bundesverband Deutscher Zeitungsverleger eV*, la República Federal de Alemania, *Open Internet Project* (OIP), *Tweng*, y *FairSearch* – pues la solicitud de *StyleLounge* fue desestimada por falta de presentación en plazo – (STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apds. 80-90).

²⁶ STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apds. 27 a 39

Por otro lado, conviene subrayar, resumidamente, los extremos más importantes de la Decisión que la Comisión adoptó sobre el asunto en el año 2017.

En primer lugar, establecen de manera definitiva lo que ya concluyeran después del primer análisis del caso en el año 2010; que el “posicionamiento y la visualización más favorables por parte de *Google Inc* [...], en sus páginas de resultados de búsqueda generales, de su propio servicio de comparación de compras en comparación con los servicios de comparación de precios competidores, infringe el artículo 102 TFUE y el artículo 54 del Acuerdo EEE”²⁷. Para determinarlo, delimitan la situación de posición de dominio que ostenta Google (que no es, por sí sola, un supuesto de vulneración de la libre competencia, sino un resultado natural de la misma), y justifican su uso abusivo argumentando el mejor posicionamiento que se le da en el buscador general de su propio servicio de comparación especializado, no solo a través de una presentación más llamativa, sino de la aplicación en la página general de los algoritmos específicos, que dificultan la visualización de otros motores de búsqueda específicos que son sus competidores directos en este ámbito²⁸.

La Decisión impugnada explica las consecuencias de la aplicación de los dos tipos de algoritmos a las búsquedas de los usuarios²⁹. El buscador general de Google (Google Search) aplica los algoritmos generales a todo tipo de búsquedas en la web, lo que genera como resultado que en la página de visualización aparezcan ordenados los enlaces de todos los posibles contenidos acordes con la pesquisa introducida. El algoritmo utilizado para elaborar el *ranking* de visualización de los contenidos en la página de resultados se denomina PageRank³⁰. Su funcionamiento pretende plasmar los enlaces de los resultados por una suerte de orden de importancia, de manera que aparecerán en la parte superior aquellas páginas web que tengan mayor cantidad y calidad de enlaces a la misma procedentes de otros sitios web.

Al aplicarse al motor de búsqueda general, que tiene vocación de neutralidad por la propia naturaleza del servicio que ofrece, Google aplica los algoritmos a través del análisis de los propios datos recopilados, por lo que el *ranking* en el que aparecen los resultados no se deriva en ningún caso de la compra de tal puesto por los propietarios de los sitios web.

²⁷ *Summary of Commission decision of 27 June 2017 relating to a proceeding under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 54 of the EEA Agreement (Case AT.39740 — Google Search (Shopping))*, apd. 1

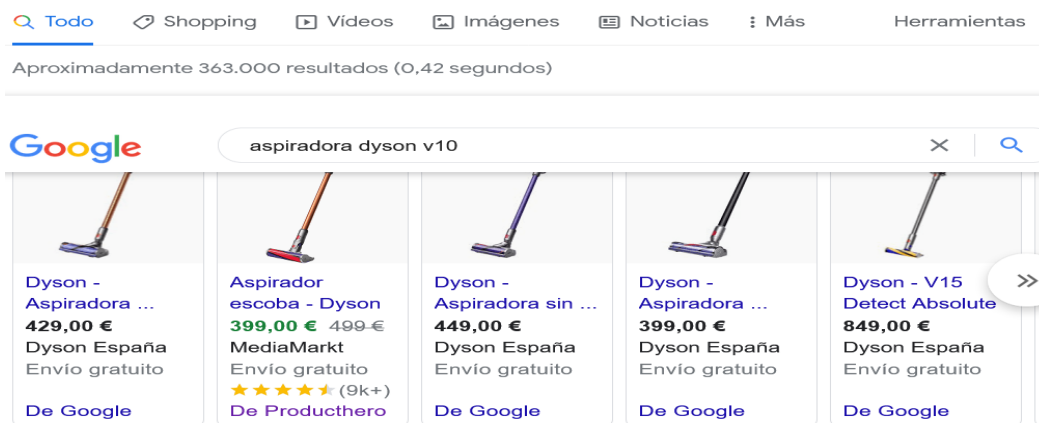
²⁸ Apds. 12 y 13 del Sumario de la Decisión impugnada

²⁹ Apds. 11-25 de la Decisión impugnada

³⁰ Apd. 16 de la Decisión impugnada

Este es el mecanismo que se le aplica a los enlaces de los competidores de Google en el marco de los servicios de comparación de precios en línea, lo cual sería perfectamente competitivo si no se operase además con el algoritmo específico. Este último, como se adelantaba unos párrafos antes, extrae los datos del denominado *product index*³¹, donde la información la facilitan los propios vendedores de los productos a comparar (lo cual es claramente menos neutral que el mecanismo del algoritmo general). El problema, sin embargo, no radica en la existencia de este mecanismo, que es completamente legítimo en el marco de un modelo de libre competencia, sino en la aplicación exclusiva del mismo al motor de búsqueda especializada propio cuando el usuario no está utilizando este, sino el general (con lo cual se deduce que pretende un servicio neutral, y no específicamente el propio del actual Google Shopping).

IMAGEN 3³²



2. LA POSICIÓN DE DOMINIO

2.1. El concepto de posición de dominio

Explicados los hechos, debe destacarse que las conductas descritas solamente entrañan un riesgo para la competencia cuando la empresa que las realiza tiene una

³¹ STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apd. 8

³² Actualmente, como puede verse en la imagen, se ha corregido la visualización más favorable que se hacía al propio servicio al buscar a través del motor de búsqueda general. No obstante, la imagen sigue siendo representativa de la forma en la que se mostraban los resultados de *Google Shopping*. Disponible en: https://www.google.com/search?q=aspiradora+dyson+v10&client=firefox-b-d&sxsrf=ALiCzsYHRDkuZeVpPSBA6BSRQJ3evfjQnw%3A1656597607253&ei=Z6y9YsT-Do_ylwTcxID4DA&oq=aspiradora+dyson+v10&gs_lcp=Cgdn3Mtd2l6EAEYADIECCMQJzIECCMQJzIFCAAQgAQyCggAEIAEEIcCEBQyBQgAEIAEMgUIABCABDIFCAAQgAQyBQgAEIAEMgUIABCABDIFCAAQgAQ6BwgAEEcQsANKBAhBGABKBAhGGABQwQdYwQdgghtoAXABeACAabsBiAG7AZIBAzAuMZgBAKABAcgBCMABAQ&sclient=gws-wiz

cierta posición de poder en el mercado, esto es, cuando se encuentra en posición de dominio.

Para el sistema de derecho comunitario, una empresa se encuentra en posición dominante cuando su situación de poder económico le permite “impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de referencia, confiriéndole la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores”³³.

Sin entrar de lleno en el análisis en profundidad, puede verse ya en una visual superficial que el manejo de la tecnología de Google hace que tenga una posición dominante clara que, por la amplitud de mercados que abarca, puede llegar a ser peligrosa para el derecho de la competencia. Esto no significa que el hecho de tener la posición dominante en un mercado sea *per se* algo negativo, pero bien es cierto que dentro del marco en que nos movemos (concretamente, el grupo GAFAM³⁴) cualquier actuación de abuso de poder por parte de estas entidades puede llegar a suponer un riesgo mayor y con mayor alcance de efectos negativos, en comparación de lo que ocurre en cualquier otro sector.

En mi opinión, la gravedad de las violaciones de la libre competencia realizadas por este tipo de empresas no solo se explica por su radio de actuación y su influencia en el mercado, sino también porque, en la mayoría de las ocasiones, son conductas que pasan desapercibidas por el ciudadano medio, que tiende, de hecho, a entender estas actuaciones como beneficiosas para sus propios intereses

En el marco de un proceso sobre el abuso de la posición de dominio por parte de una empresa, es preciso, para iniciar tal investigación, determinar su grado de poder de mercado. Dentro de este punto, en primer lugar, debe delimitarse el mercado de referencia o mercado relevante, con objeto de poder valorar la posición de dicha empresa en el mismo y su influencia sobre la competencia³⁵.

Para analizar la posición dominante de Google para el presente caso la Comisión parte de “las cuotas de mercado de Google, la existencia de barreras a la expansión y a la entrada, el hecho de que los usuarios usan múltiples motores de búsqueda general a la

³³ COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, OJ C 45, 24.2.2009, pp. 7–20

³⁴ El grupo GAFAM hace referencia a las cinco empresas tecnológicas más destacadas en la actualidad: Google, Amazon, Facebook, Apple y Microsoft.

³⁵ BAHAMONDE DELGADO, R., “El poder de mercado y su relevancia en el Derecho de la Competencia europeo”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n. 17, 2013, págs. 487 a 499 (490)

vez (*multihoming*) con poca frecuencia y la existencia de efectos de marca, y la falta de poder de negociación compensatorio de los usuarios”³⁶.

2.2. El análisis de la situación del mercado: la cuota de mercado, el manejo de datos y otras barreras de entrada

La Comisión establece como mercados de referencia a efectos de análisis del caso el mercado de servicios de búsqueda en general (en el que competirían, por ejemplo, con Bing o con Firefox) y el mercado de servicios de comparación de precios en línea (mismos servicios que ofrecen otras como Idealo o Kelkoo)³⁷.

En el primero de los mercados mencionados el comportamiento de la demanda responde a la escasez de sustituibilidad del servicio, pues la oferta se ve limitada por barreras de entrada considerables³⁸.

Una vez delimitados los mercados relevantes objeto de la controversia, la Comisión analiza las barreras de entrada y expansión³⁹. La Comisión define las barreras de entrada y expansión como “unas características específicas del mercado que otorgan a las empresas ya presentes en él unas ventajas sobre sus competidores potenciales”⁴⁰.

Según la opinión doctrinal, las barreras de entrada son “una consecuencia de actuaciones particulares, movimientos estratégicos que emplean las empresas para conseguir crear o mantener ventajas competitivas sobre sus rivales”⁴¹.

Siguiendo esta línea, en un mercado con numerosas barreras de entrada la probabilidad de que una empresa concentre gran cantidad de poder (es decir, pueda actuar con independencia de la competencia y de los consumidores) es alta. Sin embargo, si no existen o son escasas la competencia potencial será mayor, así como la capacidad de expansión de los competidores, por lo que esa concentración de poder será menos probable, con independencia de la cuota de mercado⁴².

³⁶ Apd. 8 del Sumario de la Decisión impugnada

³⁷ Sobre la delimitación del mercado de referencia en el que se produce el abuso, la Comisión comete un error, corregido por el Tribunal, que será explicado en el siguiente apartado del trabajo.

³⁸ STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apds. 45 y 46

³⁹ Adps. 285 y ss. de la Decisión impugnada

⁴⁰ Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (2004/C 31/03), DO C31, de 5.2.2004, apd. 70

⁴¹ DÍEZ DE CASTRO, E. P., LEAL MILLÁN, A., SALGUEIRO LÓPEZ, R., “Barreras de entrada en sectores industriales”, *Revista de Economía y Empresa*, Vol. 10, 1989, págs. 195 a 209 (197)

⁴² BAHAMONDE DELGADO, R., “El poder de mercado y su relevancia en el Derecho de la Competencia europeo”, cit., pág. 498

En primer lugar, la Comisión establece como primera barrera la alta inversión necesaria para lanzar al mercado un sistema general de búsqueda en internet⁴³.

La segunda barrera de entrada se trata de la necesidad de tener acceso a una importante cantidad de datos⁴⁴. Como se expuso al analizar el algoritmo general del buscador de Google (PageRank), el objetivo de un buscador es analizar todos los datos recopilados para poder establecer un orden de visualización de enlaces de la mayor calidad posible, entendiendo esta calidad como directamente derivada de la cantidad de enlaces al mismo procedentes de otros sitios webs.

Si bien es cierto que la principal fuente de financiación de los buscadores son los anunciantes que pagan por promocionarse a través del mismo, también lo es, consecuentemente, que el nivel de ingresos obtenidos por la publicidad va a ser proporcional al número de internautas que utilicen sus servicios. Realizando un análisis deductivo sobre este comportamiento, apreciamos que, a mayor número de usuarios, mayor cantidad de datos se va a poder extraer, mejor análisis se va a poder realizar y, por tanto, mayor cantidad de visualizaciones de consumidores potenciales va a tener el anuncio.

Para explicar la importancia del manejo de los datos como barrera de entrada conviene explicar, resumidamente, como opera la técnica conocida como el *Big Data* (en la que Google es un claro líder) que, si bien a día de hoy es conocida, no es fácilmente manejable y precisa de una gran inversión. El uso de la tecnología mencionada (en castellano, macrodatos o datos masivos) supone diversidad de procesos, dirigidos, al fin, a extraer información de los datos que se derivan del uso de internet (búsquedas, *clicks*, visualizaciones, tiempo de los usuarios en las páginas, etc.) que pueda ser útil para un negocio⁴⁵.

Esta tecnología no solamente se refiere al volumen de datos que se pueden adquirir (aunque es un gran distintivo), sino también a la variedad (los datos provienen de distintas fuentes y se encuentran en formatos diversos) y velocidad (se crean rápidamente, debido a la cantidad de interacciones diferentes que realizamos cuando visitamos un sitio *web*). Estas tres características integrarían las *tres "V"* que tradicionalmente definen a los macrodatos⁴⁶.

⁴³ Apd. 286 de la Decisión impugnada

⁴⁴ Apd. 287 de la Decisión impugnada

⁴⁵ INSTITUTO DE INGENIERÍA DEL CONOCIMIENTO (*s.f.*). “Big Data. Aprovecha los datos para extraer información de valor para tu negocio”, *Instituto de Ingeniería del Conocimiento*. <https://www.iic.uam.es/big-data/>

⁴⁶ GARCÍA VIDAL. A., “Big data e internet de las cosas: su impacto en el Derecho de la competencia y de la propiedad industrial e intelectual”, en GARCÍA VIDAL, A., *Big data e internet de las cosas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 23 y ss. (25)

A estas notas distintivas podemos añadir cuatro más: la veracidad (el nivel de confianza que arrojan los datos recibidos), la viabilidad (la capacidad de la empresa en cuestión de manejarlos), la visualización (la representación de los resultados que muestra el procesamiento de tal manera que puedan ser analizados) y, por último, el valor (es decir, el grado de beneficio que se puede obtener a partir de todo el proceso)⁴⁷.

Todas las características mencionadas justifican sobradamente el hecho de la dificultad que entraña, y la inversión que supone, el uso de esa técnica. Google (específicamente, Google Chrome), al ser el motor de búsqueda en la red más utilizado por los usuarios de internet⁴⁸, se encuentra en una posición muy favorable para poder aplicar esta tecnología. De hecho, la importancia de Google como empresa no proviene ni se calcula a partir de un volumen de ventas – como podemos hacer con cualquier entidad que se integre dentro del modelo tradicional –, sino por la cantidad de usuarios que accedan a dicho intermediario para navegar en la web. Así lo ha señalado la Comisión en el marco de este asunto, al afirmar que “aunque los internautas utilizan gratuitamente el servicio, se comprometen a permitir que el gestor del motor de búsqueda recoja datos que les conciernan, que posteriormente puede monetizar, particularmente con los anunciantes que desean mostrar anuncios en las páginas de resultados”⁴⁹.

Esta última afirmación de la Comisión se refiere a la importancia que tienen los datos en la publicidad basada en el comportamiento. Como ya se expresó al final de la introducción de este trabajo, los buscadores web pueden deducir gran cantidad de información personal a partir de las búsquedas que realizan los usuarios. Esta información, debidamente analizada, es la que utilizan los anunciantes que contratan con el motor de búsqueda determinado para dirigir el anuncio concreto a los usuarios que muestren rasgos de interés con el contenido del mismo⁵⁰.

La empresa objeto del asunto, tanto por su mencionado número de usuarios como por la gran capacidad tecnológica, tiene en su poder todos los ingredientes necesarios para poder manejar con éxito esta tecnología. De esta forma, otorga un gran valor añadido a sus servicios de búsqueda específicos y a su servicio de publicidad, que presta de manera onerosa.

⁴⁷ INSTITUTO DE INGIENERÍA DE CONOCIMIENTO (s.f.). *Las 7 V del Big Data: Características más importantes*. Instituto de Ingeniería del Conocimiento. <https://www.iic.uam.es/innovacion/big-data-caracteristicas-mas-importantes-7-v/>

⁴⁸ BÉLIX, D. «Cuáles son los navegadores y buscadores más usados en España (2022)», *MARKETING ECOMMERCE*, 15.02.2022, <https://marketing4ecommerce.net/cuales-son-los-navegadores-y-buscadores-mas-usados-espana/> [última visualización: 25.02.2022]

⁴⁹ STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apd. 43 (traducción propia)

⁵⁰ MAROÑO GARGALLO, M. M., “La publicidad comportamental en línea”, en GARCÍA VIDAL, A., *Big data e internet de las cosas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 197 y ss. (203)

Como paréntesis en este asunto, conviene mencionar la posibilidad existente de adquisición de datos procedentes de bases de datos elaboradas por terceros a través de una recopilación propia. En este sentido, una empresa que no tenga acceso a la magnitud de información necesaria para poder acceder con éxito al mercado de búsqueda general podría, en principio, adquirirla de empresas conocidas como *brokers del data*⁵¹. Si se opta por adquirir los datos de esta forma, se ahorra el coste que supone la infraestructura necesaria para manejar correctamente esta técnica⁵², por lo que, en cierto modo, se reduce la magnitud de las barreras de entrada.

Sin perjuicio de que, en principio, esto sea legal, volvemos a encontrarnos en un punto que no es nuevo en el marco de las nuevas tecnologías: una colisión de derechos. Por un lado, podemos entender estas bases de datos como un producto de mercado como otro cualquiera, pues son elaboradas por las empresas a través de medios y tecnología propias. Sin embargo, por otro lado, debe tenerse presente que estos datos son personales, en tanto muestran información de los usuarios que pertenece a la esfera de su intimidad (recordando, gustos, necesidades, capacidad económica, etc.). Por tanto, si una empresa pretende o se dedica a ceder bases de datos creadas a través de información obtenida de sus usuarios (véanse las *cookies* de terceros, que ya comienzan a eliminarse en diversas plataformas) es necesario que estos últimos acepten la cesión de los mismos y se les comunique expresamente qué destino se les va a dar⁵³.

No obstante, y aun existiendo esta posibilidad, está claro que el precio de compra de esta información será, como en cualquier producto de mercado, proporcional a la confluencia entre la oferta, la demanda y la calidad, con lo que las barreras de entradas económicas seguirían siendo elevadas. Además, a mi juicio, no resulta comparable el manejo de la tecnología de los macrodatos propia con la adquisición de bases de datos de terceros, pues el primer supuesto permite la realización de un análisis más ajustado a las necesidades del operador, mientras que en el segundo caso se depende en exclusiva del tipo de información que se oferte.

Por otro lado, otra de las barreras de entrada que me parecen destacables es el efecto *look-in*. Según el mismo, la cantidad de esfuerzo que realizamos para poder habituarnos a una determinada tecnología – en este caso, a un buscador – hace que, como usuarios, nos volvamos dependientes del mismo, pues a mayor cantidad de

⁵¹ RODRÍGUEZ RODRIGO, J., “Big data, poder de mercado y abuso de la posición de dominio”, en GARCÍA VIDAL, A., *Big data e internet de las cosas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 326 y ss. (326 y 327)

⁵² RODRÍGUEZ RODRIGO, J., “Big data, poder de mercado y abuso de la posición de dominio”, cit. pág. 328

⁵³ MUÑOZ DEIROS, E. “¿Puedo comprar o vender una base de datos?”, *Eva Muñoz Deiros*, 29.04.2015, <https://evamunoz.es/puedo-comprar-o-vender-una-base-de-datos/> (consultado en 20/06/2022)

esfuerzo más peso tendrá en la balanza la permanencia en lo conocido frente al cambio, por mucho que este último pueda ser beneficioso⁵⁴. Por este motivo, aquellas compañías que incorporen a sus servicios elementos que generen este tipo de dependencia van a permanecer en el mercado, y en una mejor posición, por un tiempo mucho más prolongado. Y en este ámbito Google resulta ser un experto. Como ejemplo más significativo destaca la cantidad de información que recopilamos entre el correo electrónico (Gmail), el almacenamiento en la nube (Google Drive) y demás servicios que el mismo buscador ofrece, y que podemos localizar cómodamente si utilizamos este motor.

Otros buscadores, véase Bing (de Microsoft), si bien son muy utilizados, no llegan a procesar la cantidad de datos a la que tiene acceso el gigante de Alphabet, pues no tienen la cantidad de usuarios del primero. Y, al fin y al cabo, en el modelo de negocio que ofrecen estos buscadores, la importancia – como se indicó *supra* – se mide a partir del número de usuarios (que no clientes, que serían en su caso las empresas que contrataran sus servicios onerosos) y la cantidad de datos que de ellos pueden extraer.

En tercer lugar, la Comisión destaca las inversiones que requiere la constante mejora de los servicios de búsqueda (acompañada con el desarrollo tecnológico), lo que también dificulta en gran medida la posibilidad que tendría un nuevo competidor para alcanzar los niveles de desarrollo de las empresas ya asentadas en el mercado⁵⁵.

La Comisión también se refiere a otros factores adicionales que provocan dificultades de acceso, como son la progresiva salida de este mercado de diversas compañías y la incapacidad de otros de mantenerse al día con los avances tecnológicos existentes. De esta forma, indican, resumidamente, que solamente uno de los competidores de Google en este campo (Microsoft, con su buscador Bing) tiene cifras capaces de rivalizar con *Google Search*⁵⁶.

Por otro lado, la Comisión define el servicio de comparación de precios en línea como aquellos que permiten a los usuarios buscar productos y comparar sus precios y características a través de las ofertas de diferentes comerciantes en línea y plataformas de compra online, así como mostrar los enlaces que llevan a ese sitio web en cuestión⁵⁷.

⁵⁴ DAMSGAARD, J. “Managing an internet portal”, *Communications of the Association for Information Systems*, 2002. <https://aisel.aisnet.org/cais/vol19/iss1/26/>

⁵⁵ Apd. 291 de la Decisión impugnada

⁵⁶ Apds. 297 y ss. de la Decisión impugnada

⁵⁷ Apd. 191 de la Decisión impugnada

En lo referente a este mercado, la Comisión destaca su autonomía respecto a otro tipo de buscadores especializados desde el punto de vista de la demanda y desde el punto de vista de la oferta⁵⁸.

En el primer supuesto, se distingue de otros servicios porque se trata de una búsqueda específica, esto es, el usuario pretende comparar los distintos precios de un mismo producto que ofrecen diversos proveedores para elegir el que mejor se adapta a sus necesidades. Por otro lado, dispone que “desde el punto de vista de la oferta, los criterios de selección de respuestas, el contenido de las bases de datos, la naturaleza y el ámbito de actividad de los operadores de sitios web a los que un servicio de búsqueda especializado puede dirigir a los usuarios y las relaciones contractuales con dichos operadores son tan variados en función del tipo de búsqueda especializada de que se trate que sería difícil para el proveedor de un servicio de búsqueda especializado ofrecer a corto plazo y sin incurrir en costes adicionales significativos, un tipo diferente de servicio de búsqueda especializado y, por lo tanto, competir en ese sentido”⁵⁹. En resumen, las barreras de entrada existentes en el mercado de búsqueda especializada sobre comparación de precios en línea son tan o más elevadas como las que se dan en el mercado de los motores generales de búsqueda (de hecho, y como se expondrá a continuación al analizar el abuso de la posición de dominio, el éxito en este segundo mercado puede reducir los costes de entrada en el de búsqueda especializada).

Por lo que se refiere al ámbito geográfico de los mercados de referencia (esto es, el servicio de búsqueda general y el servicio de búsqueda especializada de comparación de precios), la Comisión concluye que abarca el ámbito nacional. Sostienen esta afirmación por la existencia de barreras lingüísticas y motores de búsqueda de carácter nacional (representados por dominios específicos)⁶⁰.

Por otro lado, para constatar la existencia de la posición de dominio debe analizarse la cuota de mercado. A estos efectos, “las cuotas de mercado proporcionan una primera indicación útil para la Comisión en lo que respecta a la estructura de mercado y a la importancia relativa de las distintas empresas activas en el mercado”⁶¹. Los datos que arroja el texto de la decisión demuestran que, desde 2008, las cuotas de Google en los mercados nacionales de todos los países del EEE rondan el 80%, excepto

⁵⁸ STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apd. 49

⁵⁹ *Ibidem* (traducción propia)

⁶⁰ STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apd. 53

⁶¹ Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes (Texto pertinente a efectos del EEE), *OJ C 45, 24.2.2009, p. 7–20*

en República Checa (aunque este mercado se consiguen cuotas de mercado superiores al 70% desde 2011)⁶².

La doctrina y la tendencia jurisprudencial reciente apoyan el hecho de que la tenencia de cuotas de mercado altas no es por sí solo un indicador fiable de la existencia de posición dominante⁶³. Como en el presente caso, estos datos deben ser analizados en confluencia con otros factores, como son la existencia de barreras de entrada y expansión y la diferenciación de los productos.

En conclusión, analizados la cuota de mercado, las barreras de entrada existentes y los costes que tienen sus competidores para mantenerse en el mercado, podemos afirmar que Google cuenta con una posición de dominio patente, tanto dentro del mercado de búsqueda general como de comparación de precios (de manera derivada), cumpliéndose las notas que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) establece para el estudio de este estatus⁶⁴.

La afirmación a la que llega la Comisión sobre la efectiva posición dominante de la empresa no es discutida por Google, y el Tribunal parte de esta para realizar los análisis de la sentencia⁶⁵.

Ahora bien, partiendo de esta afirmación es preciso volver a recordar lo que ya se enunciaba al inicio del apartado: la posesión de tal posición en el mercado no es *per se* limitativa del derecho de la competencia.

3. EL ABUSO DE LA POSICIÓN DE DOMINIO

3.1. Los efectos de la conducta

Google parte de la última afirmación del párrafo anterior para esgrimir las argumentaciones en contra de las conclusiones de la Decisión de la Comisión. Partiendo de la premisa enunciada, se hace bien necesario distinguir las conductas anticompetitivas de las que, precisamente, pretender favorecer la competitividad de los productos o servicios de una empresa. De hecho, dentro del propio sentido del sistema de libre competencia se encuentra el hecho de que esta favorece el desarrollo y la innovación de las empresas, pues tienen que lograr que su producto se diferencie de los

⁶² STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apd. 55

⁶³ FERNANDEZ VICIÉN, C., “Cuota de mercado y poder de mercado”, en MARTÍNEZ LAGE, S. y PETITBÓ JUAN, A., *El abuso de la posición de dominio*, Marcial Pons, Madrid, 2006, págs. 61 y ss. (70)

⁶⁴ OCDE, *Herramientas para la Evaluación de la Competencia Volumen II: Guía*, OECD, 2011, págs. 21 y ss.

⁶⁵ STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apd. 119

sustitutivos y hacerlo así más atractivo para el consumidor, hecho que favorece a este último de manera proporcional (mayor calidad de los productos y servicios).

Una de las líneas argumentales de Google para solicitar la anulación de la Decisión impugnada se basa, precisamente, en fundamentar que las prácticas objeto del litigio son, en realidad, mejoras en la calidad de su servicio introducidas como una medida de competencia en cuanto al fondo o competencia de méritos⁶⁶. Alegan, entre otros motivos, que “no todo efecto excluyente es necesariamente perjudicial para la competencia, ya que la competencia en cuanto al fondo puede conducir a la desaparición o marginación de competidores menos eficientes”⁶⁷. Esta premisa está apoyada por jurisprudencia ya sentada del TJUE, como la mencionada por Google en respaldo de dicho argumento. Así, el Tribunal estableció en esa sentencia que la interpretación del art. 102 TFUE (aunque, en aquel momento, se refirieron al antiguo art. 82 CE) no debe dirigirse a sancionar una posición dominante basada en los méritos de una empresa, y ello supone que “la competencia basada en los méritos puede entrañar la desaparición del mercado o la marginalización de los competidores menos eficaces y, por tanto, menos interesantes para los consumidores, especialmente en cuanto a precios, oferta, calidad o innovación”⁶⁸.

La argumentación de Google a favor de la anulación de la Decisión de la Comisión se deriva del sostenimiento de esta primera interpretación de las prácticas objeto del litigio. Así, el gigante tecnológico, sosteniendo que su conducta constituía un tipo de competencia basada en los propios méritos, expone una serie de motivos que puede sintetizarse de la siguiente manera:

- En primer lugar, denuncian que la Comisión les exige la obligación de suministrar la tecnología y diseño que utilizan en sus servicios de comparación, sin que se cumplan para ello los requisitos establecidos por la jurisprudencia (esto es, que dicho acceso fuera imprescindible para la prestación del servicio, ante el riesgo de eliminar toda la competencia del mercado, según el asunto *Bronner*⁶⁹).

- En segundo lugar, manifiestan que los hechos fueron declarados de forma errónea, pues era precisamente una medida de mejora de calidad del servicio (constituyendo por tanto una forma de competencia en función de los méritos).

- En tercer lugar, que las prácticas referidas no tenían efectos negativos reales en la competencia, sin que la Comisión pruebe la traducción de las mismas en un aumento de los precios para consumidores y vendedores y en una

⁶⁶ STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apd. 139

⁶⁷ STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apd.144

⁶⁸ Asunto C-209/10, *Post Danmark*, ECLI:EU:C:2012:172, apd. 21

⁶⁹ ECLI:EU:C:1998:569

disminución de la innovación (haciendo especial referencia al papel de las plataformas comerciales).

- Por último, sostuvieron que las prácticas controvertidas se basaban en una necesidad objetiva en el mercado.

Tradicionalmente, para determinar el carácter abusivo de las prácticas realizadas por una empresa en posición dominante en el mercado se atendía a la naturaleza de las mismas, sin entrar a considerar los efectos reales o potenciales que esa conducta tuviera en el mercado. De esta forma, estrategias que no tuvieran que ser calificadas necesariamente como anticompetitivas, podían llegar a revestir un carácter abusivo al ser realizadas por una empresa con posición de dominio. Esta interpretación de la norma, a ojos de la doctrina, tiene efectos disuasorios ya no solo de las conductas anticompetitivas, sino también del desarrollo empresarial e incluso de la innovación de las empresas con posición dominante⁷⁰.

No obstante, la tendencia de aplicación del actual artículo 102 TFUE ha evolucionado hacia un análisis de los efectos de las conductas en el mercado. Así, el Tribunal de Justicia sostiene en la actualidad que “el concepto de explotación abusiva es un concepto objetivo que se refiere a las actividades de una empresa en posición dominante que pueden influir en la estructura de un mercado en el que, debido justamente a la presencia de la empresa de que se trate, la intensidad de la competencia se encuentra ya debilitada, y que producen el efecto de obstaculizar, por medios diferentes de los que rigen una competencia normal de productos o servicios con arreglo a las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del nivel de competencia que aún exista en el mercado o el desarrollo de esa competencia”⁷¹.

Esta línea es la que efectivamente sigue la Comisión al entrar a analizar el abuso de la probada posición dominante del gigante de Alphabet. En este caso, la particularidad radica en que las conductas llevadas a cabo por Google no se dirigen a potenciar su posición en el mercado de búsqueda general, sino a aprovechar esta situación para extender el dominio a un mercado relacionado, que es el de comparación de precios en línea. La Comisión, en este punto, indica que el hecho de que los efectos tengan lugar en un mercado diferente a aquel en el que se tiene la posición de dominio

⁷⁰ ORTIZ BAQUERO, I. S., “Vientos de cambio en el ámbito del abuso de la posición de dominio: la aplicación de la “regla de la razón” a los abusos de exclusión en el Derecho europeo de la competencia”, *Revista E-mercatoria*, Vol. 10, No. 1, 2011, pág. 9, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1883790

⁷¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, en el Asunto *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Comisión*, ECLI:EU:C:1979:36, apd. 91

no es un obstáculo para la aplicación de las normas contenidas en los artículos 102 TFUE y 54 Acuerdo EEE⁷².

En cuanto a los efectos de los hechos, descritos en el primer apartado, que son contrarios a la competencia, la Comisión expone tres conclusiones. Primero, que la “conducta tiene el potencial de excluir a los servicios de compras comparativas competidores”, siendo esto perjudicial tanto para el resto de agentes del comercio como para los consumidores, por el aumento de los precios y la disminución de la innovación que se deriva de la ausencia de competencia en el mercado. Por otro lado, exponen que “la conducta de Google podría reducir la capacidad de los consumidores para acceder a los servicios de compras comparativas más pertinentes”, con todos los perjuicios que ello supone. Y, por último, adelantan que la conducta podría no solo tener efectos dentro del mercado de servicios de comparación en línea, sino que podrían llegar a extenderse a otras plataformas comerciales que integran el comercio electrónico⁷³. Conviene, en este punto, explicar el razonamiento de la Comisión para llegar a estas conclusiones.

En cuanto al primer efecto, que resulta ser el más directo ante este tipo de conductas (y lo que, precisamente, se pretende impedir con las normativas *antitrust*), la Comisión señala que “el tráfico procedente de los resultados genéricos de Google afectados por las prácticas denunciadas representaba una gran proporción del tráfico a servicios de comparación de precios competidores, en algunos casos la mitad”⁷⁴. Como indica la sentencia del Tribunal, la Decisión impugnada recoge los resultados procedentes de evaluar la proporción de visitas que reciben los buscadores específicos competidores a partir del buscador general de Google, llegando a la conclusión señalada⁷⁵. Parece un silogismo sencillo: el buscador general de Google es el más utilizado por los internautas y los servicios de comparación específicos se buscan a través del buscador general, *ergo* la mayor parte de los buscadores específicos van a intentar localizarse a partir del buscador general de Google. Y este efecto, precisamente, se da por el mejor posicionamiento del servicio de comparación de precios de Google, derivado a su vez de una visualización más llamativa y de la degradación a lugares inferiores del servicio de comparación de los competidores, lo cual se produce por el uso de algoritmos de ajuste específicos aplicados al buscador general⁷⁶.

⁷² Apd. 334 de la Decisión impugnada.

⁷³ Apds. 23, 24 y 25 del Sumario de la Decisión impugnada

⁷⁴ STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apd. 511 (traducción propia)

⁷⁵ STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apd. 446

⁷⁶ STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apd. 283

En cuanto al segundo efecto, la Comisión alega que, aun cuando “los resultados de los servicios de comparación de precios competidores fueran especialmente pertinentes para el internauta, nunca podrán recibir el mismo trato que los resultados del servicio de comparación de precios de Google, ya sea en términos de posicionamiento, ya que, debido a sus características inherentes, son propensos a ser degradados por los algoritmos de ajuste y las casillas están reservadas para los resultados del servicio de comparación de compras de Google”⁷⁷. Si tomamos en consideración los análisis que prueban la superioridad de la cuota de mercado que tiene el buscador general de Google, y le aplicamos a este buscador unos criterios especializados en lo referente a la búsqueda de productos online, que hacen prevalecer los propios servicios de *Google Shopping* y degradan los de la competencia, el resultado será que el usuario medio ignore la existencia de servicios eventualmente mejores para el consumo por no visualizarlos de manera correcta.

El tercer motivo, sobre los potenciales efectos que la conducta de Google podría tener sobre otras plataformas comerciales, que no integran los servicios de comparación de precios en línea, puede explicarse desde el punto de vista de los efectos exógenos que tienen las conductas anticompetitivas. Este tipo de practica no solo perjudica a los consumidores que, en el ejemplo del caso, pueden verse perjudicados por no acudir a servicios de comparación más adecuados a sus necesidades, sino al resto de operadores comerciales, en este caso, del mercado web. Las plataformas comerciales, que son los vendedores, utilizan los servicios de comparación de precios como una vía de llegada al consumidor final, por lo que la falta de competitividad en ese mercado también los va a perjudicar de manera directa. En este sentido, las campañas de Google Shopping (que es el servicio de comparación de precios de Google) se ofrecen a las plataformas de venta online o a los vendedores particulares de manera onerosa (lo cual contrasta con el servicio de búsqueda general, el cual, como ya se expresó, tiene vocación de neutralidad). Por tanto, si se elimina del mercado al resto de servicios sustitutivos, el efecto directo más probable va a ser un aumento de precio del servicio del competidor superviviente (que, en este caso, sería Google).

3.2. El apalancamiento abusivo

Sobre este asunto, en primer lugar, el Tribunal recalca que “una empresa en posición dominante tiene una responsabilidad especial de no permitir que su comportamiento menoscabe una competencia real y no falseada en el mercado

⁷⁷ STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apd. 287 (traducción propia)

interior”⁷⁸. Esta especial responsabilidad de las empresas dominantes se debe a que la existencia en un mercado de un amplio poder de dominio por parte de una entidad supone un desequilibrio que choca con el sistema de libre mercado, pues mientras esta detenta un gran poder, los otros no lo tienen o, como mucho, lo tienen en menor medida. Además, es una situación de excepcional de privilegio que “le permite suplantar la competencia como fuerza ordenadora de las relaciones en el mercado y dictar la ley (su ley) del mercado”⁷⁹.

En este sentido, lo que prohíbe el art. 102 TFUE es que se lleven a cabo prácticas que tengan o puedan tener un efecto excluyente del resto de competidores y que no formen parte de la competencia normal o en cuanto al fondo. La Comisión considera que en este caso la conducta abusiva de Google consiste en llevar a cabo una estrategia de apalancamiento, utilizando su posición dominante en el mercado de los buscadores generales para favorecer su servicio de búsqueda especializada sobre comparación de precios, entrando en este segundo mercado con una clara ventaja competitiva, debilitando el poder de competencia del resto de operadores y aumentando exponencialmente el riesgo de exclusión y de cierre del mercado.

Según lo expuesto, y como comparte el Tribunal de Justicia⁸⁰, esta práctica no constituye *per se* un abuso de la posición de dominio. No obstante, la modalidad de auto preferencia (*self preferencing*) o apalancamiento abusivo (*abusive leveraging*), cuando se acompaña de determinados efectos, sean efectivos o potenciales, sí que constituye una infracción de las normas de defensa de la competencia⁸¹. De esta forma, en este tipo de supuestos, el objetivo de la Comisión no es simplemente señalar la existencia de la práctica de apalancamiento, sino indicar las anomalías que llevan a considerar la misma como anticompetitiva⁸². En este punto, de nuevo, queda patente la tendencia de hacer prevalecer los efectos sobre la forma de las conductas a la hora de aplicar el art. 102 TFUE.

Las medidas de apalancamiento consisten, en general, en utilizar la posición que se ostenta en un mercado para conseguir una posición inicialmente ventajosa en un mercado relacionado⁸³. Según la jurisprudencia, esta técnica abarca diversos tipos de

⁷⁸ STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apd. 150 (traducción propia)

⁷⁹ PELLISÉ CAPELL, JAUME, *La explotación abusiva de una posición dominante*, Universitat de Barcelona, 1996, p. 366.

⁸⁰ STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apds. 163 y 164

⁸¹ CentroCompetencia, “OCDE: ¿Qué hacer con abusos de posición dominante en mercados digitales?”, *CeCo*, 28.10.2020, <https://centrocompetencia.com/ocde-que-hacer-con-abusos-de-posicion-dominante-en-mercados-digitales/> [consultado en: 21/06/2022]

⁸² STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apd. 175

⁸³ OCDE, “Abuse of dominance in digital markets”, 2020, pág. 54

actuaciones que guardan relación “con el impacto que una práctica identificada en un mercado puede tener en otro mercado”, como por ejemplo las ventas vinculadas o la comprensión de márgenes⁸⁴.

La estrategia descrita es, precisamente, la seguida por Google, que actúa, por un lado, prestando un servicio a los buscadores especializados de comparación de precios en línea (mediante su buscador general) y, por otro, compitiendo con los mismos a través de su propio servicio de comparación. En el asunto C-12/03 P (Comisión c. Tetra Laval⁸⁵) se expone la explicación del funcionamiento de esta práctica. Así, de manera similar a lo ocurrido en el juicio de la sentencia, y realizando un primer análisis superficial, parece que Google aprovechó su posición dominante en el mercado de los buscadores generales para introducirse en un mercado próximo (un buscador específico), dando preferencia, de la forma que se describirá en los siguientes párrafos, a su propio servicio frente al de los competidores.

A la vista, entonces, de la existencia de prácticas de apalancamiento que no son propiamente constitutivas de una infracción de derecho de la competencia, sino cuando se relacionan con los efectos reales o potenciales negativos para la competencia, la sentencia vuelve a recordar la importancia de analizar las conductas realizadas por las empresas desde el prisma de la responsabilidad que va de la mano de su poder de mercado. Y si partimos de la premisa que sostiene la proporcionalidad entre el grado de responsabilidad y el grado de importancia en el mercado, un operador con la cuota de mercado de la que dispone Google (que es de un mínimo del 70% en todos los mercados del EEE, en el mercado de su buscador general, según los análisis de la Comisión recogidos en el apartado 6.2 de la Decisión impugnada), tiene (o debería tener) un nivel de responsabilidad y de conciencia de la situación del mercado a la altura de su posición.

Siguiendo la línea marcada, podemos analizar los hechos a la vista de las circunstancias y de lo que expone el Tribunal. En primer lugar, teniendo en cuenta el alto nivel de usuarios que tiene el buscador general de Google, se entiende que el aprovechamiento del mismo para introducir otro tipo de servicio resulta una operación con un éxito prácticamente asegurado: a mayor cantidad de usuarios, mayor cantidad de datos recopilados y, por ende, mayor valor tendrá el servicio de comparación de Google para los potenciales demandantes de sus campañas de *shopping*⁸⁶.

Luego, partiendo de la definición de la técnica del apalancamiento, la Comisión describe la conducta realizada. Como ya se expuso, cuando un usuario introduce el

⁸⁴ STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apd. 163 (traducción propia)

⁸⁵ ECLI:EU:C:2005:87

⁸⁶ STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apds. 170 y 171

nombre de un producto en el buscador de *Google Search*, los servicios de comparación competidores se muestran en la página de resultados como enlaces azules ordenados a través del algoritmo general (PageRank). Sin embargo, y como resultado de la aplicación de los algoritmos específicos de ajuste (que, según Google, son una tecnología propia dirigida a mejorar la experiencia del usuario), los resultados de *Google Shopping* se localizan en la parte superior de la página, en recuadros llamativos enriquecidos con imágenes⁸⁷. Llegados a este punto, el usuario, utilizando esos recuadros, puede optar por acceder al sitio web del proveedor que se muestra o a la página de búsqueda específica de *Shopping* para seguir comparando precios.

Teniendo en cuenta el análisis del abuso de la posición de dominio desde el punto de vista de los efectos de las prácticas, debemos relacionar estos hechos con la tendencia del usuario medio de internet de atender a los primeros enlaces que aparecen en los resultados (mismo principio que opera en el comercio tradicional en la compra por impulso) y a las ofertas visualmente más llamativas (cuyas consecuencias, de nuevo, son similares en el mundo físico).

A la hora de analizar los efectos, tanto potenciales como, en este caso, reales, la Comisión analiza los índices de visualización de los competidores de Google Shopping en cada uno de los mercados controvertidos entre 2010 y 2016⁸⁸. En conjunto, puede verse una clara disminución de las visualizaciones de los competidores, que progresa a la par que lo hacen las mejoras en la visualización de los recuadros dedicados a Google Shopping, en cada uno de los 13 mercados nacionales que se toman como referencia.

Estos datos deben ser tenidos en cuenta junto con el hecho de que la mayor parte del tráfico hacia los servicios de comparación de precios se da en el propio buscador general de Google⁸⁹. Es decir, si la mayor parte de los servicios de los competidores se intentan localizar a través del buscador general de Google, ámbito en el que es claramente dominante, el aprovechamiento del mismo para favorecer los servicios propios en detrimento de los competidores provocará un claro daño en la competencia del mercado, pues difícilmente los prestadores de servicios más pequeños (que son, en realidad, la mayoría) podrán competir con una entidad mayor, más conocida y, además, mejor posicionada⁹⁰. Por tanto, unidas estas dos afirmaciones, la Comisión concluye

⁸⁷ STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apd. 69

⁸⁸ Apds. 344 y ss. de la Decisión impugnada

⁸⁹ STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apd. 173

⁹⁰ Como ya se indicaba en la exposición de los hechos, la Comisión concluye que “el tráfico procedente de los resultados genéricos de Google afectados por las prácticas denunciadas representaba una gran proporción del tráfico a servicios de comparación de precios competidores, en algunos casos la mitad” (STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apd. 511)

que esta modalidad de auto preferencia no puede considerarse una competencia en cuanto al fondo y que, por tanto, se trata de una conducta abusiva.

No obstante, como ya se indicó al exponer las argumentaciones en contra, Google sostiene que las practicas controvertidas se tratan de una mejora en el servicio, a través de una innovación técnica que tiene por objeto mejorar la experiencia del usuario, con lo que se trata de una estrategia dirigida a competir en función de los méritos. Debe tenerse en cuenta, en este punto, la inexistencia de jurisprudencia sobre este tipo de prácticas en el ámbito de los buscadores en la red, debido a su novedad y rápido desarrollo.

En contra de esta afirmación, el Tribunal indica que no puede justificarse la operación como un tipo de mejora del servicio, pues el buscador general “tiene por objeto indexar resultados que contengan cualquier contenido posible”⁹¹, por lo que la aplicación en el mismo de algoritmos especializados no es acorde con el objeto del servicio. Este objeto, según se establece en la sentencia, es mostrar la mayor cantidad de resultados posibles, derivados de múltiples fuentes; precisamente, esto es lo que aumenta el valor y la credibilidad de los motores de búsqueda a ojos de los usuarios⁹². Por ende, difícilmente puede entenderse la práctica controvertida como una forma de promoción lícita del servicio de *Shooping*, habida cuenta, además, de la responsabilidad que se le exige por su condición.

El Tribunal argumenta, en este sentido, que la anomalía de la situación también puede explicarse de manera visual por la propia evolución de los servicios de *Google Search*⁹³. Así, inicialmente, la empresa comienza prestando el servicio de búsqueda general hasta alcanzar una situación de superdominancia (a la luz de los datos expuestos al analizar la posición de dominio). En este momento, los resultados que muestran los enlaces a los servicios de comparación de compras se muestran todos de la misma manera, atendiendo a los mismos criterios. Luego, en el momento en el que Google se introduce en este segundo mercado, es cuando se comienzan a introducir los criterios especiales de ajuste que hacen prevalecer su propio servicio. Por tanto, en el sentido de cómo se suceden los hechos, parece estar cumplidamente justificada la afirmación que indica que este se trata de una operación discriminatoria y no ajustada a la competencia en cuanto al fondo⁹⁴.

⁹¹ STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apd. 176 (traducción propia)

⁹² STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apd. 178

⁹³ En las imágenes 1 y 2 del presente trabajo puede verse la evolución que siguió la visualización del servicio en la página de resultados generales.

⁹⁴ STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apds. 182 y 183

A modo de justificación de estas conclusiones, el Tribunal realiza una comparación analógica entre los buscadores generales y los proveedores de acceso a internet⁹⁵. En este segundo ámbito, el Tribunal establece que los proveedores tienen “una obligación general de tratar el tráfico de manera equitativa, sin discriminación, restricción o interferencia, obligación que, en ningún caso, puede ser obviada mediante prácticas comerciales puestas en marcha por estos proveedores o mediante acuerdos que estos celebren con usuarios finales”⁹⁶. Estos mismos razonamientos, derivados de las normas establecidas en el Reglamento (UE) 215/2120⁹⁷, deben ser aplicados, a ojos del Tribunal, al asunto que nos acoge, puesto que “sólo puede garantizarse un sistema de competencia no falseada si se garantiza la igualdad de oportunidades entre los distintos operadores económicos”⁹⁸.

Esta forma de abuso parece intensificarse al mismo tiempo que lo hacen las plataformas que ofrecen bienes y servicios en la web, sobre todo si consideramos el alto grado de poder que ostentan unas pocas compañías en relación con el resto de competidores en el mercado, precisamente por el mejor aprovechamiento tecnológico y la rapidez adaptativa que presentan.

Partiendo de las premisas del uso abusivo del apalancamiento y de la responsabilidad que jurisprudencialmente se exige a las empresas que ostentan una posición de dominio, el Tribunal, a lo largo de su apreciación, recalca dos afirmaciones complementarias entre sí. Por un lado, afirma que la posición de dominio no es *per se* anticompetitiva y que, por tanto, no toda acción que tiene como consecuencia la salida del mercado de algún competidor es ilícita. Y, por otro lado, no toda conducta dirigida a mejorar un producto o servicio constituye un supuesto lícito de competencia en cuanto al fondo. En este sentido, debe relacionarse siempre la práctica con el poder que ostenta la empresa y con los efectos potenciales que se puedan deducir. Esta me parece uno de los mecanismos más efectivos de los que disponemos en la actualidad para salvaguardar el sistema competitivo, habida cuenta de la existencia de empresas que no solo tienen un poder poco comparable con las anteriores entidades dominantes del mercado, sino que, además, utilizan modelos de negocio y prácticas que hasta el día de hoy eran poco conocidas (y, por tanto, están escasamente estudiadas).

⁹⁵ STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apd. 180

⁹⁶ Sentencia de 15 de septiembre de 2020, sobre los asuntos acumulados C-807/18 y C-39/19 (Telenor Magyarország), ECLI:EU:C:2020:708, apd. 47

⁹⁷ DO L 310

⁹⁸ STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apd. 180 (traducción propia). El sentido de esta conclusión guarda relación con el concepto de *essential facilities*, que se explicará en este mismo apartado, más adelante, al hablar de las alegaciones de Google sobre la aplicación de lo dispuesto en la sentencia sobre el asunto *Bronner*.

3.3. La doctrina de las *essential facilities* y la competencia en función de los méritos

Por otro lado, sobre otro de los motivos expuestos por la empresa en contra de las conclusiones de la Comisión, conviene destacar la aplicación al caso de lo dispuesto por la sentencia sobre el asunto *Bronner*. Google, manteniendo la línea que sostiene que las prácticas objeto de la controversia no son otra cosa que una competencia basada en los propios méritos (entendiendo el mejor posicionamiento y visualización que se le da a su propio servicio en la página de resultados del buscador general como una mejora técnica beneficiosa, en cuanto a tal, para el mercado), dispone que lo que realmente está exigiendo la Comisión es que se le de acceso a los competidores a una tecnología propia, sin demostrarse la concurrencia de las condiciones que se exigen en el asunto *Bronner*⁹⁹.

En cuanto al concepto de competencia basada en los propios méritos (o competencia en cuanto al fondo), el Tribunal de Justicia lo define de manera negativa al indicar que no puede considerarse como tal una práctica cuando no puede ser imitada por “un hipotético competidor igual de eficiente, pero que no se encuentra en posición dominante”¹⁰⁰. Nada impide, en este sentido, que la realización de operaciones que verdaderamente constituyan una competencia en función de los méritos pueda llevar a la exclusión del mercado de algunos competidores menos atractivos¹⁰¹. En el sentido de este concepto, lo que constituye un abuso de la posición dominante es el hecho de utilizar prácticas que puedan eliminar a competidores igualmente eficientes utilizando medios que, precisamente, se derivan de su propia ventaja competitiva¹⁰².

La doctrina de las instalaciones esenciales se refiere, en general, al mandato de dar acceso a los competidores a determinadas tecnologías, servicios, etc., a un precio razonable. Esta doctrina se aplica a las empresas que tengan una posición de dominio en un mercado determinado, cuando la conducta abusiva se refiera, precisamente, a la negativa a suministrar esa instalación esencial¹⁰³. El Tribunal general recuerda que “la jurisprudencia sobre recursos esenciales se refiere, en particular, a situaciones en las que el libre ejercicio de un derecho exclusivo, al ser un derecho que recompensa la inversión

⁹⁹ STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apd. 201

¹⁰⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (sala quinta), de 12 de mayo de 2022, en el asunto C-377/20, Servizio Elettrico Nazionale y otros, ECLI:EU:C:2022:379, apd. 79

¹⁰¹ STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apd. 157

¹⁰² PALOMAR OLMEDA, A., “La evolución normativa del Derecho de la Competencia en España. La incidencia del Derecho Comunitario”, en CALDERÓN PATIER, C., CAMPUZANO LAGUILLO, A. B. y PALOMAR OLMEDA, A., *El Derecho de la Competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 44 y 45.

¹⁰³ OCDE, *The Essential Facilities Concept*, OCDE, 1996, pág.

o la innovación, puede verse limitado en aras de una competencia no falseada en el mercado interior”¹⁰⁴.

Es importante destacar que, en el marco de estos supuestos, el cumplimiento de los requisitos establecidos jurisprudencialmente para poder confirmar el mandato de suministrar se dirige a “garantizar que una obligación impuesta a una empresa en posición dominante de facilitar el acceso a su infraestructura no obstaculice en última instancia la competencia reduciendo el incentivo inicial de dicha empresa para construir dicha infraestructura”¹⁰⁵.

En el asunto al que se refiere Google en sus argumentaciones, el Tribunal de Justicia afirma que la negativa a conceder acceso a una tecnología en cuestión no supone, por naturaleza, un supuesto de abuso de la posición dominante. No obstante, existen circunstancias excepcionales que pueden conllevar a una situación abusiva. En general, el Tribunal se refiere (por remisión al Asunto Magill¹⁰⁶) a que la negativa de acceso a la tecnología impida el acceso o mantenimiento en ese mercado de producto de los competidores, que obstaculice la aparición de una nueva oferta en el mercado (para la que existe una demanda potencial) y que, como consecuencia, exista un riesgo potencial de eliminar a toda la competencia del mercado¹⁰⁷. Por tanto, no es suficiente el peligro de exclusión de los competidores, sino que este posible efecto debe ponerse en relación con la naturaleza de la tecnología en cuestión como una “*essential facility*” y con la inexistencia de alternativas para poder considerar la abusividad de la conducta¹⁰⁸.

Sin embargo, la Comisión se opone a estas alegaciones indicando que su proceder en el asunto consistió en instar a que Google cesase en la conducta desigual, ya fuera dando acceso a los competidores al mismo posicionamiento y visualización que se le da a su propio servicio en los resultados de las búsquedas generales, o bien eliminando los recuadros controvertidos de dicha página de resultados¹⁰⁹. Además, tampoco puede considerarse que el acceso a esa tecnología sea una suerte de “*essential facility*”, pues no se produce la exclusión de los competidores por el hecho de no poder

¹⁰⁴ STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apd. 215

¹⁰⁵ STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apd. 217, por referencia a lo establecido en la sentencia sobre el asunto *Bronner* (traducción propia)

¹⁰⁶ Sentencia de 6 de abril de 1995, RTE e ITP contra Comisión, C-241/91, Rec. p. I-743

¹⁰⁷ Pp. 38 y 40 del Asunto *Bronner*

¹⁰⁸ GIMENO VERDEJO, C. y ROFES I PUJOL, M. I., La sentencia Bronner y el Derecho de la Competencia. Aspectos relativos a la admisibilidad de cuestiones prejudiciales y a la doctrina de las «*essential facilities*», *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º. 20/1999, págs. 228 y ss. (232, 233 y 234)

¹⁰⁹ STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apd. 209

acudir a la misma, sino una situación de desigualdad originada por la colocación de los enlaces de los mismos como resultados menos importantes¹¹⁰.

El Tribunal indica que el servicio que podría tener condición de instalación esencial (y al que, por lo tanto, le sería aplicable la jurisprudencia en la materia) es la página de resultados generales¹¹¹, pues, como ya se indicó, la Comisión dejó demostrado que la mayor parte del tráfico hacia los servicios de comparación de precios en línea se dan a través del buscador de *Google Search* y que este presenta unas cuotas en el mercado de buscadores generales muy superior a las de sus competidores, con lo que no resultaría económico sustituirlo por otro¹¹².

Como ya se expresó, Google, presta ese servicio de manera general a todos los usuarios que lo deseen, sin perjuicio de las mejoras que puedan introducirse en las páginas web a través de contratos onerosos (como, por ejemplo, los enlaces patrocinados, los anuncios etc.). Si se denegase el acceso de los enlaces de los servicios de comparación competidores a la página de resultados, se cumplirían los presupuestos de la doctrina de las instalaciones esenciales, pues esta negativa supondría la imposibilidad de acceder al mercado adyacente al de búsqueda general (esto es, el servicio especializado)¹¹³. También se considera parte de la doctrina de las infraestructuras esenciales la admisión del acceso bajo condiciones desfavorable y discriminatorias, respecto de las propiamente aplicadas¹¹⁴. Dada esta definición, puede admitirse que las exigencias de los competidores, de cierto modo, se dirigen a exigir la prestación del servicio de búsqueda general de manera igualitaria.

Por ello, sin perjuicio de afirmar que el posicionamiento de los resultados de los competidores de la misma forma que los de Google Shopping en la página de resultados generales supone una suerte de exigencia de acceso a las técnicas propias, el Tribunal concluye que no son de aplicación al caso los requisitos de la sentencia *Bronner*, indicando que “no todas las cuestiones de acceso, o parcialmente de acceso, como la del presente asunto” son un supuesto de aplicación de la doctrina de las instalaciones esenciales¹¹⁵. Con el objetivo de aclarar la doctrina del Tribunal, se establece que son presupuestos indispensables para poder calificar las prácticas como negativa a suministrar, en primer lugar, que exista una solicitud de acceso y la correspondiente

¹¹⁰ STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apd. 210

¹¹¹ STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apd. 224

¹¹² STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apds. 224 a 226

¹¹³ CALVO CARAVACA, A. L., RODRÍGUEZ RODRIGO, J., *La doctrina de las infraestructuras esenciales en el Derecho antitrust europeo*, Editorial La Ley, Madrid, 2012, pág. 207

¹¹⁴ CALVO CARAVACA, A. L., RODRÍGUEZ RODRIGO, J., *La doctrina de las infraestructuras esenciales...*, cit., pág. 219.

¹¹⁵ STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apd. 230 (traducción propia)

denegación expresa y, en segundo lugar, que la conducta que ocasiona la situación de competencia falseada es esa negativa (y no un apalancamiento por auto preferencia, como en el presente caso)¹¹⁶.

Según todo lo expuesto, siendo la función del motor general de simple intermediación, con la vocación de neutralidad ya mencionada en otros puntos del trabajo, lo que supone una anomalía en el mercado es la introducción de mejoras privilegiadas a un servicio relacionado propio (es, en palabras del Tribunal, una “diferencia de trato injustificada”¹¹⁷). Esto es lo que supone la diferencia entre una práctica lícita y un abuso, pues si de algún modo se le ofreciera la posibilidad de acceso a los competidores a esta caracterización esta dejaría de ser privilegiada y sería, simplemente, más beneficiosa. De igual forma, si esta visualización se presentase solamente en el marco del buscador específico tampoco supondría una conducta abusiva. Sin embargo, no se dan estas circunstancias, con lo que las actuaciones controvertidas no pueden considerarse ni una mejora tecnológica y técnica, ni un supuesto de aplicación de la doctrina de las infraestructuras esenciales, ni mucho menos una competencia en cuando al fondo¹¹⁸.

En el sentido de la última afirmación, según expone el Tribunal, “la mera intención de competir en función de los méritos, aunque estuviera demostrada, no puede demostrar la ausencia de abuso”¹¹⁹. Es legítimo y común que al analizar las conductas realizadas en una empresa con posición dominante en el mercado para determinar su posible abusividad, se consideren determinados elementos subjetivos en cuanto a la estrategia empresarial. Por tanto, la intención de falsear la competencia sería un indicio muy claro de la existencia de tal abuso, pero no es el único motivo de aplicación del art. 102 TFUE¹²⁰. En el caso de probarse la existencia de tal propósito, debe ir acompañado de indicios objetivos, tal y como realiza la Comisión en la investigación¹²¹.

El espíritu del artículo 102 TFUE no se dirige a regular una serie de prácticas, mediante una lista *numerus clausus*, que se entienden prohibidas en el sistema competitivo, sino a establecer las líneas básicas que deben seguirse en este tipo de asuntos. Teniendo en cuenta la doctrina de los efectos que se sigue en la actualidad, el espíritu que el legislador parece querer otorgarle a la norma parece claro: proteger el

¹¹⁶ STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apd. 232

¹¹⁷ STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apd. 155 (traducción propia)

¹¹⁸ STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apds. 237 a 241

¹¹⁹ STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apd. 216 (traducción propia)

¹²⁰ STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apds. 254 a 256

¹²¹ Apds. 344 y ss. de la Decisión impugnada, que contienen la explicación de como Google utilizó una visualización preferente y más llamativa de su propio servicio de comparación, degradando a lugares inferiores los de los competidores.

mercado de agresiones llevadas a cabo por sus operadores, en este caso, con una posición dominante. En este sentido, las conductas, como recalca el Tribunal en este asunto, deberán observarse desde el prisma de las consecuencias que producen o pueden producir¹²², de tal forma que no siempre que nos encontramos ante determinados tipos de conductas deben calificarse directamente, por su naturaleza, como competitivas o anticompetitivas¹²³.

De esta forma, no puede justificarse la existencia de una competencia en función de los méritos por el simple éxito de la novedad de la acción realizada, pues en todo caso debe analizarse el avance y el desarrollo con la responsabilidad que debe mediar en todo caso, así como con los potenciales efectos que puede tener en el mercado. Una vez probada la evolución que siguió el índice de visualización de los principales competidores desde el inicio de las prácticas¹²⁴, puede afirmarse que el hecho de considerar los argumentos de Google como válidos no supondría favorecer la libertad de actuación de las empresas en el mercado, sino, todo lo contrario, reducir en el reparto de poder en el mismo para dirigirse hacia un sistema prácticamente monopólico.

3.4. La presión competitiva de las plataformas de comercio electrónico

Otro de los motivos de Google para fundamentar la impugnación de la Decisión se basa en la afirmación de que “la Comisión no tuvo en cuenta la presión competitiva ejercida por las plataformas comerciales, a pesar de que son impulsoras de la competencia y de la innovación en los mercados de servicios de comparación de precios”¹²⁵.

Así, expone que empresas como Amazon (que forma parte del mismo grupo de GAFAM) prestan “la misma funcionalidad de búsqueda de productos, incluida la información de precios, a los usuarios de Internet de forma gratuita”¹²⁶. Por tanto, aunque dichas plataformas presten servicios adicionales, esto es suficiente para que se considere la sustituibilidad de la oferta.

¹²² En este sentido, en STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apd. 442 se indica que “la calificación de una práctica como abusiva en el sentido del artículo 102 TFUE no puede modificarse porque la práctica controvertida no haya alcanzado en última instancia el resultado deseado” (traducción propia), es decir, que o tienen porque haberse dado de hecho los efectos, sino que debe entrarse a valorar el riesgo de las conductas

¹²³ RODILLA MARTÍ, C. T., *La fijación de un precio excesivo por explotación como ilícito del derecho de la competencia* (tesis publicada), Universitat de Valencia, 2017, págs. 106 y ss.

¹²⁴ Puede verse en el apartado 7.2 de la Decisión impugnada, ya mencionado al analizar los efectos de la conducta.

¹²⁵ STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apd. 460 (traducción propia)

¹²⁶ STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apd. 462 (traducción propia)

En sentido contrario, la Comisión entiende que las plataformas comerciales y los servicios de comparación de precios no pertenecen al mismo mercado, pues las diferencias de los servicios prestados son suficientes para considerarlos separados¹²⁷.

Para aclarar este punto, el Tribunal se remite a una comunicación de la Comisión que dispone que “el mercado de productos de referencia comprende todos aquellos productos y/o servicios que el consumidor considera intercambiables o sustituibles debido a las características de los productos, sus precios y su uso previsto”¹²⁸. En el presente caso, un consumidor medio acudiría a una plataforma comercial del tipo de Amazon cuando desee adquirir el producto directamente, mientras que, eventualmente, puede acudir a un servicio de comparación de precios cuando quiera decidir a través de que proveedor lo hará. Así, aunque en la plataforma comercial de venta se muestre, de manera inevitable por las propias características de la misma, el precio de varios productos del mismo tipo, cumplen funciones diferentes a ojos de la demanda. Desde este último punto de vista, se concluye que “los usuarios consultan un servicio de comparación de compras para obtener una selección de ofertas de productos de todo el mercado, pero consultan el servicio de comparación de compras de una plataforma comercial solo para obtener una selección de ofertas de esa plataforma solamente, aunque con la opción de proceder inmediatamente, dentro de esa selección, a comprar el producto buscado”¹²⁹. Por tanto, parece quedar claro que, a ojos de los usuarios de la red y, en particular, del comercio electrónico, las plataformas comerciales del tipo de Amazon y los servicios de comparación de precios en línea están claramente diferenciados.

Así, la sustituibilidad de la oferta para la delimitación del mercado de referencia únicamente se tendrá en cuenta de manera secundaria, cuando los efectos sean similares a los de la sustitución de la demanda. Algunos autores consideran, incluso, que “el concepto de sustituibilidad de oferta puede llevarnos a definiciones poco verosímiles o absurdas de mercado relevante”¹³⁰. En este sentido, de considerarse los razonamientos de Google, se estaría dando entrada a otras plataformas de comercio electrónico en el mercado de comparación de precios en línea, con lo que el poder de Google en ese supuesto mercado se vería drásticamente reducido al tener que considerarse incluidos a otros gigantes como Amazon. Esto, sin duda, favorecería las actuaciones de la empresa,

¹²⁷ STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apd. 465

¹²⁸ STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apd. 467 (traducción propia)

¹²⁹ STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apd. 486

¹³⁰ GONZALO RUIZ, D., “Definición de mercado relevante y políticas de competencia”, THEMIS, n. 41, 2000, págs. 297-310 (306), consultado en la base de datos de *Dianlet*: ISSN 1810-9934, ISSN-e 2410-9592

pues sería mucho más complicado demostrar su posición de dominio ante la competencia de otras empresas de similar calibre.

No obstante, en cualquier caso, Google también alega que la Comisión ignoró la presión competitiva de las plataformas comerciales. Los razonamientos que sigue la empresa para argumentar esta línea se basan en la afirmación de que las cuotas de mercado de las principales plataformas comerciales en los 13 mercados nacionales analizados son muy superiores a las de Google Shopping, por lo que no puede considerársele con poder suficiente como para llevar a cabo un abuso¹³¹. El Tribunal destaca que los efectos a tener en cuenta para estudiar la existencia, o no, de abuso, son los que tienen lugar en relación con el resto de servicio de comparación de precios en línea. Por tanto, en este sentido de la argumentación, el razonamiento de la empresa no es correcto, pues estos servicios ni forman parte del mismo mercado ni, aun considerando la existencia de una relación entre ambos, existe una competencia suficiente como para ser considerable a efectos de aplicación de la norma¹³².

3.5. La correcta delimitación de los efectos del abuso

En este mismo ámbito de delimitación del mercado, y en confluencia con la ya explicada técnica de apalancamiento, la Comisión comete un error, corregido por el Tribunal¹³³, que sin duda es fruto de la escasa práctica jurídica en estas materias. En el p. 341 de la Decisión impugnada la Comisión expone la conclusión de que las conductas de Google constituyen un abuso de la posición dominante en los 13 mercados nacionales de servicios de búsqueda generales.

Si bien es cierto que en el momento en que se da entrada a Google en el mercado de búsqueda especializada la posición dominante se ostentaba únicamente en el ámbito de los buscadores generales, la propia naturaleza de las técnicas de apalancamiento abusivo supone que los efectos de las prácticas pretenden obtenerse, precisamente, en el mercado próximo al que se pretende acceder.

Este hecho debe ponerse en relación con la mencionada doctrina de los efectos para determinar la existencia de abuso de la posición dominante, ya mencionada con anterioridad en el presente trabajo. Una vez delimitados los mercados de referencia que son objeto de análisis deben demostrarse los efectos dados o potenciales que la conducta pueda tener en los mismos. Puede volver a explicarse este razonamiento desde el punto de vista del propio espíritu del art. 102 TFUE, que lo que pretende evitar son los daños

¹³¹ STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apd. 499

¹³² STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apds. 501 y 507

¹³³ STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apd. 703, último inciso

que las conductas realizadas por las empresas dominantes (en este caso, superdominantes) tienen para el mercado.

En este caso, la conducta descrita se lleva a cabo en la página de resultados del servicio de búsqueda general, pero, en realidad, afecta al mercado de servicios de comparación. Por tanto, si se atiende a los efectos, y no a la naturaleza de la práctica controvertida, debe concluirse que declarar que el abuso se produce en el mercado de búsqueda general es un error¹³⁴.

III. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

Este asunto presenta una trascendencia muy importante a la hora de aplicar las normas *antitrust* a los mercados digitales. La jurisprudencia, la doctrina y la propia normativa aplicable se encuentra escasamente relacionada con estos temas, más aún cuando nos encontramos con mercados menos conocidos y delimitados como son los buscadores. Sin embargo, no es baladí la importancia que representan para el conjunto de la economía, pues todos los operadores, desde los consumidores hasta las empresas de prácticamente todos los sectores del comercio actúan y se relacionan entre sí a través de ellos.

Por tanto, el ajuste de la doctrina a este tipo de problemas parece un punto fundamental a la hora de poder aplicar las normas de defensa de la competencia a esta nueva economía. A la vista del rápido desarrollo de las tecnologías, y de las lagunas existentes para la regulación de nuevos aspectos, parece que la vía de regulación más fácilmente adaptable en este momento es la jurisprudencia.

La aparición de nuevos medios de promoción empresarial conlleva, así mismo, a la aparición de nuevas prácticas anticompetitivas que, como ya expresé en otro punto del trabajo, tienden a pasar desapercibidas. Por tanto, se entiende la importancia que le da el Tribunal en este asunto a la delimitación de la competencia en función de los méritos. En el campo en el que nos movemos, solo realizando un análisis sobre el conjunto de la realidad del mercado puede llegarse a soluciones que verdaderamente lo protejan.

Por otro lado, uno de los asuntos más mediáticos sobre este caso se dio sobre la cuantía de la multa impuesta por la Comisión, precisamente por ser una de las más cuantiosas de su historia.

Basando en el fundamento de que las prácticas descritas en el caso se dirigían a mejorar la calidad de sus servicios y, por tanto, constituían una suerte de competencia

¹³⁴ STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apd. 459

en función de los méritos, el famoso buscador cuestionó la pertinencia de la imposición de una sanción pecuniaria. Además, se indicó que la elevada cuantía de esta podría tener graves consecuencias para el sector de la red en su conjunto y desanimar a las empresas con medios a innovar¹³⁵.

Sin perjuicio de que, a la vista del poder y de la responsabilidad que se le exige a Google, pueda parecer difícil entender que la conducta descrita se llevó a cabo sin la intención de eliminar o reducir a los competidores, el Tribunal recuerda que las empresas también pueden ser sancionadas por conductas negligentes¹³⁶. La jurisprudencia a la que se refiere la sentencia, en este sentido, destaca que “las infracciones cometidas por negligencia no son, desde el punto de vista de la competencia, menos graves que las infracciones cometidas deliberadamente”¹³⁷.

No obstante, a los ojos de la Comisión y del Tribunal, a la vista de todas las consideraciones realizadas, las conductas se llevaron a cabo de manera intencionada, pues dadas las características de la empresa controvertida debería haberse tenido en cuenta el efecto de falseamiento de la competencia de los ajustes introducidos en el buscador general¹³⁸.

Además de todo esto, y en relación con la trascendencia de las nuevas formas de abuso que, como ya se mencionó, aparecen a la par del desarrollo tecnológico, tampoco es válido sostener la inaplicabilidad de la sanción pecuniaria por el hecho de ser la conducta una novedad a efectos de la aplicación del art. 102 TFUE¹³⁹.

Desde este punto de vista, y dado el poder de mercado de la empresa, me parece interesante analizar la cuantía de la multa desde el punto de vista de los efectos disuasorios que la misma pretende¹⁴⁰. Debe tenerse en cuenta que, una vez conseguido el poder de mercado, parece complicado que otros competidores igualen o superen sus cuotas (por lo menos a corto plazo), con lo que la anomalía que se introduce en el mercado difícil de eliminar. Por tanto, una vez producido el falseamiento, y teniendo en cuenta que este asunto es un precedente en el sector, ese efecto disuasorio adquiere especial relevancia.

¹³⁵ STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apd. 598

¹³⁶ STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apd. 608

¹³⁷ Auto de 25 de marzo de 1996, *SPO y otros/Comisión*, C-137/95 P, EU:C:1996:130, apd. 55

¹³⁸ STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apd. 616

¹³⁹ STG de 10 de noviembre de 2021, cit., apd. 618

¹⁴⁰ Desde un punto de vista técnico, los efectos disuasorios son el elemento básico de las sanciones impuestas en el marco de las violaciones del derecho de la competencia. Las autoridades, en estos casos, no solo pretenden evitar que la empresa infractora repita su comportamiento, sino que el resto de empresas del sector se abstengan de copiar estas conductas. En este sentido: MARTÍN, A., MERINO, C. y GARCÍA-VERDUGO, J., *Determinantes de la capacidad de disuasión de las sanciones de competencia en España (2015-2019)*, CNMV, 2021, pág. 3

La proporcionalidad de la sanción, al margen de los criterios objetivos seguidos por la Comisión, se explica atendiendo a este último hecho, sumado, de nuevo, a la responsabilidad que se espera de una empresa en situación de superdominancia.

En la línea de avanzar en la resolución de todas estas problemáticas, y recogiendo el espíritu que se muestra en la sentencia analizada, aparece la Propuesta de Ley sobre Mercados digitales¹⁴¹. Esta nueva normativa pretende incorporar al ordenamiento el concepto y la regulación de las actuaciones de los “guardianes de acceso”, que se tratan de proveedores de servicios de plataformas básicas que supongan una “puerta de acceso importante [...] con un impacto significativo en el mercado interior y que goza de una posición afianzada y duradera, ya sea efectiva o previsible”¹⁴².

Parece que la empresa que protagoniza la controversia descrita en el presente trabajo encuadra perfectamente en la definición. Y en el mismo sentido que en el asunto descrito, la Propuesta impone a estas entidades la obligación de “abstenerse de tratar más favorablemente en la clasificación a los servicios y productos ofrecidos por el propio guardián de acceso o por terceros pertenecientes a la misma empresa en comparación con servicios o productos similares de terceros y aplicar condiciones justas y no discriminatorias a dicha clasificación”¹⁴³.

Esta nueva Propuesta, sumada a la jurisprudencia más reciente (como la descrita), así como las investigaciones en cauce sobre empresas tecnológicas del mismo calibre (como es el caso de Amazon, por abuso de la posición de dominio a través de su servicio logístico, o el más reciente de Apple, por abuso de su posición a través de su servicio de *Apple Pay*) se dirigen a regular esta cambiante situación. No obstante, teniendo en cuenta el especial poder y el alcance que ostentan estas compañías, parece necesario seguir avanzando en la investigación, tanto doctrinal como legislativa, con el objeto de terminar de adaptar el ordenamiento a la nueva situación, que se dirige, cada vez más, hacia una economía basada en la red.

BIBLIOGRAFÍA

¹⁴¹ Propuesta de REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (Ley de Mercados Digitales), COM/2020/842 final

¹⁴² Considerando 23 de la Propuesta de Ley de Mercados Digitales

¹⁴³ Art. 6.1. d) de la Propuesta de Ley de Mercados Digitales

BÉLIX, D. «Cuáles son los navegadores y buscadores más usados en España (2022)», *MARKETING ECOMMERCE*, 15.02.2022, <https://marketing4ecommerce.net/cuales-son-los-navegadores-y-buscadores-mas-usados-espana/> [última visualización: 25.02.2022]

CALVO CARAVACA, A. L., RODRÍGUEZ RODRIGO, J., *La doctrina de las infraestructuras esenciales en el Derecho antitrust europeo*, Editorial La Ley, Madrid, 2012

CASTELLÓ PASTOR, J.J, GUERRERO PÉREZ, A. Y MARTÍNEZ PÉREZ, M., (Eds.), *Derecho de la Contratación Electrónica y Comercio Electrónico en la Unión Europea y en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021

CENTRO COMPETENCIA, “OCDE: ¿Qué hacer con abusos de posición dominante en mercados digitales?”, *CeCo*, 28.10.2020, <https://centrocompetencia.com/ocde-que-hacer-con-abusos-de-posicion-dominante-en-mercados-digitales/> [consultado en: 21/06/2022]

COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES (CMT), *Informe e-commerce*, 2013

COMMISSION STAFF WORKING document online services, including e-commerce, in the single market, SEC/2011/1641 final

COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS, *An EU Strategy on Standardisation Setting global standards in support of a resilient, green and digital EU single market*, Bruselas, 2022

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes

COTINO HUESO, L. (junio, 2017). Responsabilidad de intermediarios y prestadores de servicios de internet en Europa y Estados Unidos y su importancia para la libertad de expresión. *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, (17). Universidad de los Andes (Colombia). <http://dx.doi.org/10.15425/redecom.17.2017.08>

DAMSGAARD, J. *Managing an internet portal*, Communications of the Association for Information Systems, 2002.

FERNANDEZ VICIÉN, C., “Cuota de mercado y poder de mercado”, en MARTÍNEZ LAGE, S. y PETITBÒ JUAN, A., *El abuso de la posición de dominio*, Marcial Pons, Madrid, 2006, págs. 61 y ss.

GIMENO VERDEJO, C. y ROFES I PUJOL, M. I., La sentencia Bronner y el Derecho de la Competencia. Aspectos relativos a la admisibilidad de cuestiones prejudiciales y a la doctrina de las «essential facilities», *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº. 20/1999, págs. 228 y ss,

GONZALO RUIZ, D., “Definición de mercado relevante y políticas de competencia”, THEMIS, n. 41, 2000, págs. 297-310 (306), consultado en la base de datos de *Dianlet*: ISSN 1810-9934, ISSN-e 2410-9592

INSTITUTO DE INGIENERÍA DE CONOCIMIENTO (s.f.). *Las 7 V del Big Data: Características más importantes*. Instituto de Ingeniería del Conocimiento. <https://www.iic.uam.es/innovacion/big-data-caracteristicas-mas-importantes-7-v/>

INSTITUTO DE INGIENERÍA DEL CONOCIMIENTO (s.f.). *Big Data. Aprovecha los datos para extraer información de valor para tu negocio*. Instituto de Ingeniería del Conocimiento. <https://www.iic.uam.es/big-data/>

MAROÑO GARGALLO, M. M., “La publicidad comportamental en línea”, en GARCÍA VIDAL, A., *Big data e internet de las cosas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 197 y ss

MARTÍN, A., MERINO, C. y GARCÍA-VERDUGO, J., *Determinantes de la capacidad de disuasión de las sanciones de competencia en España (2015-2019)*, CNMV, 2021

MUÑOZ DEIROS, E (29/04/2015). ¿Puedo comprar o vender una base de datos?, *Eva Muñoz Deiros*, <https://evamunoz.es/puedo-comprar-o-vender-una-base-de-datos/>

OCDE, *Herramientas para la Evaluación de la Competencia Volumen II: Guía*

OCDE, *Herramientas para la Evaluación de la Competencia Volumen II: Guía*, OECD, 2011, págs. 21 y ss.

ORTIZ BAQUERO, I. S., “Vientos de cambio en el ámbito del abuso de la posición de dominio: la aplicación de la “regla de la razón” a los abusos de exclusión en el Derecho europeo de la competencia”, *Revista E-mercatoria*, Vol. 10, No. 1, 2011, pág. 9, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1883790

PALOMAR OLMEDA, A., “La evolución normativa del Derecho de la Competencia en España. La incidencia del Derecho Comunitario”, en CALDERÓN

PATIER, C., CAMPUZANO LAGUILLO, A. B. y PALOMAR OLMEDA, A., *El Derecho de la Competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 44 y 45

PELLISÉ CAPELL, JAUME, *La explotación abusiva de una posición dominante*, Universitat de Barcelona, 1996

PEQUERA POCH, M., *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*, Editorial Comares, Granada, 2007, p. 217

PILOÑETA ALONSO, L. M. *Contratos Mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 62 y ss.

RODILLA MARTÍ, C. T., *La fijación de un precio excesivo por explotación como ilícito del derecho de la competencia* (tesis publicada), Universitat de Valencia, 2017, págs. 106 y ss.

RODRÍGUEZ RODRIGO, J., “Big data, poder de mercado y abuso de la posición de dominio”, en GARCÍA VIDAL, A., *Big data e internet de las cosas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 326 y ss.

RUIZ GONZÁLEZ, I., Tipos de comercio electrónico: 5 formas de llegar online a tu público objetivo, *Blogs de Shopify*, 13.09.21. <https://www.shopify.es/blog/12621205-los-5-tipos-de-comercio-electronico> [última consulta: 28.02.22]

UNCTAD, El comercio electrónico mundial alcanza los 26,7 billones de dólares mientras COVID-19 impulsa las ventas en línea, UNCTAD, 03.05.21. <https://unctad.org/es/news/el-comercio-electronico-mundial-alcanza-los-267-billones-de-dolares-mientras-covid-19-impulsa> [última consulta: 28.02.22]

VELASCO, E. (2018, enero). Derechos fundamentales en la era digital [video]. Conferencias TED. https://www.youtube.com/watch?v=d_cuFAmp5ws

ANEXO DE JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal General de 10 de noviembre de 2021, Google y Alphabet/Comisión, T-612/17, EU:T:2021:763

Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, en el Asunto Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Comisión, ECLI:EU:C:1979:36

Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de abril de 1995, Asunto RTE e ITP contra Comisión, ECLI:EU:C:1995:98

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 26 de noviembre de 1998, Asunto Bronner, ECLI: EU:C:1998:569

Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 15 de febrero de 2005, Asunto Comisión c. Tetra Laval, ECLI:EU:C:2005:87

Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de marzo de 2005, Asunto Google France y Google, ECLI:EU:C:2010:159

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 17 de febrero de 2011 Asunto Konkurrensverket c. TeliaSonera AB, ECLI:EU:C:2011:83

Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 27 de marzo de 2012, Asunto Post Danmark, ECLI:EU:C:2012:172

Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 15 de septiembre de 2020, sobre los asuntos acumulados C-807/18 y C-39/19 (Telenor Magyarország), ECLI:EU:C:2020:708

Sentencia del Tribunal de Justicia (sala quinta), de 12 de mayo de 2022, en el asunto C-377/20, Servizio Elettrico Nazionale y otros, ECLI:EU:C:2022:379

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de octubre de 2013, *Delfi AS v. Estonia*, A-28070/06, CE:ECHR:2013:1010JUD006456909