

## CENTRO UNIVERSITARIO VILLANUEVA



## UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID



## EL CASO **Google**, MUCHO MÁS QUE UN BUSCADOR

Borja García de Saldaña Carro

Madrid, abril 2015

## SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. Marco Legal y Económico .....	03
II. CRONOLOGÍA. ¿QUÉ HAY DETRÁS DEL CASO GOOGLE? .....	05
III. LOS MERCADOS TECNOLÓGICOS Y LAS TIC .....	07
A) Características de las TIC .....	07
B) Problemática de la Aplicación del Derecho Antitrust .....	08
IV. ¿PERSECUCIÓN O BUSQUEDA DE LA JUSTICIA? .....	10
V. CONFIGURACIÓN JURISPRUDENCIAL .....	14
A) El gap transatlántico .....	16
B) Antecedentes .....	18
VI. LA DOCTRINA DE LOS RECURSOS ESENCIALES EN LAS TIC .....	22
VII. VALORACIÓN CRÍTICA Y CONCLUSIONES .....	24
VIII. BIBLIOGRAFÍA .....	27
IX. PÁGINAS WEB CONSULTADAS .....	30

*“If an economist finds something—a business practice of one sort or other—that he does not understand, he looks for a monopoly explanation. And as in this field we are very ignorant, the number of un-understandable practices tends to be very large, and the reliance on a monopoly explanation, frequent”*

RONALD H. COASE

## I. INTRODUCCIÓN. MARCO LEGAL Y ECONÓMICO.

Hoy en día, en mayor o menor medida, toda persona activa se ve envuelta por las nuevas tecnologías y, esto implica, tener necesariamente que hablar del uso de internet<sup>1</sup>. Aun no siendo un usuario propiamente dicho, sin ni quiera quererlo se tiene una relación indirecta con este mundo, ya que en un planeta tan informatizado como el que nos ha tocado vivir hasta el más mínimo movimiento que se realice queda registrado en internet. Un ejemplo claro y a la vez muy sencillo de entender es la publicación de una sanción administrativa en el Boletín Oficial del Estado. No es necesario que la persona afectada dé su consentimiento para que este dato este localizado en un pequeño rincón del ciberespacio, si no que, una vez la acción que origina la sanción es cometida y resuelta, será un dato más en la inmensidad del océano tecnológico.

Dejando al margen aquellas personas reacias al uso de las facilidades que el paso del tiempo nos proporcionan, debemos destacar la creciente a la par que inquietante importancia que internet tiene en nuestra cultura, ya que en la última década los usuarios de esta herramienta se han visto incrementados en un 566%, pasando de 361 millones de internautas en el año 2000 a rozar los 2 millones y medio en el 2012<sup>2</sup>. Con estos datos nadie puede negar que estamos hablando de un fenómeno global vinculado estrechamente con la comunicación pero realmente influyente en todos los ámbitos de la sociedad. Ha llegado a influir enormemente en las empresas hasta el punto de cambiar el enfoque de los negocios y hacer imprescindible para el éxito de una compañía su presencia en internet<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> DANIEL J. SOLOVE, *Privacy and Power: Computer Databases and Metaphors for Information Privacy*, Stanford Law Review, Vol. 53, p. 1393, July 2001

<sup>2</sup>Datos obtenidos de [www.internetworldstats.com](http://www.internetworldstats.com) (última consulta, 21 de Febrero, 2015)

<sup>3</sup> SIMON, P., *“The age of Platform: how Amazon, Apple, Facebook and Google have redefined business* (Motion Pub. 2011); Fred Vogelstein, *Network Effects and Global Domination*, WIRED, May

Por todo esto, considero que es de suma importancia el conocimiento certero de todo lo que respecta a internet, ya que es un aspecto de la vida que nos concierne a todos. Para el análisis de este tema, me centraré, principalmente, en los principales impulsores de esta nueva forma de interacción y comunicación: **Los buscadores**<sup>4</sup>.

Por todos es sabido que si hablamos de motores de búsqueda hay uno que, por su relevancia en el sector y la abrumadora popularidad que le caracteriza, prevalece por encima del resto. Es más, puedo incluso atreverme a decir que su nombre es ya sinónimo de buscador o búsqueda por internet<sup>5</sup>. En efecto, nos estamos refiriendo al todopoderoso **Google**, el buscador más utilizado de internet<sup>6</sup>.

Para su análisis en profundidad, trataremos con especial dedicación el llamado “Caso Google” en el que la compañía Estadounidense se ve inmersa en la actualidad por una supuesta infracción de **abuso de posición dominante** recogida en el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo 82 TCE). Como sustento para entender el porqué de esta controversia, nos apoyaremos en un proceso similar que finalizó hace poco tiempo: “El Caso Microsoft<sup>7</sup>”.

En la actualidad están aflorando numerosos casos de este tipo<sup>8</sup>, por lo que creo de vital importancia llevar a cabo un examen exhaustivo de la materia para comprender el porqué de estas acciones contra compañías que, para un público poco familiarizado con el mundo que hay detrás de la pantalla de su ordenador o Smartphone, es inexplicable que suceda. Para ello, en este trabajo nos guiaremos por un sencillo esquema. Siguiendo este apartado introductorio, detallaremos la cronología de este complejo caso para situar en qué punto nos encontramos exactamente del problema.

---

17, 2012, disponible en: <http://www.wired.com/business/2012/05/network-effects-and-global-domination-the-facebook-strategy/>

4 SHYAM KHEMANI, *Competition, Innovation, and Dynamic Change in the Internet Information Search Industry*, 22 de Agosto, 2014. Disponible en

<https://www.competitionpolicyinternational.com/competition-innovation-and-dynamic-change-in-the-internet-information-search-industry> (última consulta, 13 de Marzo, 2015)

<sup>5</sup> El término “Googlin” es utilizado por un gran número de internautas para referirse a la acción de buscar en internet información: <http://es.urbandictionary.com/define.php?term=googlin> (última consulta, 27 de Febrero, 2015)

<sup>6</sup> MARK R. PATTERSON, *Google and Search Engine Market Power*, Fordham Law Legal Studies Research Paper No. 2047047, 27 de Abril, 2012.

<sup>7</sup> Case T-201/04, *Microsoft Corp. V. Commission of the European Communities*, 17 de Sept, 2007.

<sup>8</sup> HENRIK NORINDER, *The “Effects-Based” Approach of the Commission to the Application of Article 82 to Exclusionary Abuses: Is the New Approach Really Economics Friendly?*, Primavera 2008-2009.

A continuación, centraremos la atención en la explicación del tipo de mercado en el que se mueven estas empresas y porqué es tan importante su análisis detallado, sin tratar de asemejarlo con otros mercados más usuales y cuyos asuntos son más sencillos de focalizar en un caso en concreto. Todo ello será reforzado con un análisis jurisprudencial basándonos en anteriores investigaciones, como las ya mencionadas concernientes a MICROSOFT e INTEL<sup>9</sup>. Por último y tras todo ello, finalizaremos con una valoración crítica y una serie de conclusiones.

## II. CRONOLOGÍA. ¿QUÉ HAY DETRÁS DEL CASO GOOGLE?<sup>10</sup>

Todo comenzó en noviembre del 2009, cuando el comparador británico de precios Foundem formuló una queja ante la Comisión Europea por las supuestas prácticas irregulares del buscador Estadounidense. A esta protesta, en febrero de 2010, se le sumaron las del buscador jurídico francés ejustice.fr y la del portal alemán Ciao!. Un dato sumamente reseñable es que estas tres empresas están, en mayor o menor medida, relacionadas con Microsoft<sup>11</sup>.

A la vista del revuelo que estaba causando la polémica, en noviembre de 2010 la Comisión Europea decide abrir una investigación formal antimonopolio contra la compañía de Mountain View por un supuesto abuso de posición dominante en el mercado. Esta práctica consistía en utilizar su poder para perjudicar a los llamados buscadores verticales, tratando de prevalecer sus propios resultados sobre los de la competencia.

Año y medio después, la investigación concluyó en un comunicado en el que el comisario de Competencia Joaquín Almunia identificaba cuatro problemas que debían ser resueltos en la mayor brevedad posible. Estas actuaciones de Google consistían en el tratamiento preferente de sus servicios en los resultados de búsqueda, lo que perjudicaba gravemente la competitividad de otros resultados ajenos al verse confinados a las últimas posiciones, la copia de contenido de otros buscadores verticales, la exclusividad que se exigía a sus anunciantes y la imposibilidad de trasladar las campañas publicitarias de Adwords<sup>12</sup> a otro servicio de publicidad externo.

---

<sup>9</sup> Case T-286/09, *Intel Corp. v European Commission*, 12 de Junio, 2014.

<sup>10</sup> [http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case\\_details.cfm?proc\\_code=1\\_39740](http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39740) (última consulta, 11 de Marzo, 2015)

<sup>11</sup> <http://gadgets.ndtv.com/internet/news/eu-antitrust-case-against-google-said-to-be-based-on-19-complainants-685402> (última consulta, 11 de Marzo, 2015)

<sup>12</sup> Programa que utiliza Google para ofrecer publicidad patrocinada a potenciales anunciantes.

Tras estos resultados, se decide notificar a la multinacional fundada por Larry Page y Serguéi Brin de que su actividad podía estar considerada como una violación de las reglas antimonopolio, por lo que se la insta a actuar o, de lo contrario, se tomarían medidas al respecto, a lo que Google accede para que esta causa no afecte a su imagen. Las primeras medidas adoptadas por el buscador, como la introducción de enlaces a tres plataformas de compra on-line de su competencia debajo de los enlaces que re direccionan su propia plataforma, no fueron del agrado de la Comisión.

Google no se iba a dejar pisar, por lo que esta intromisión en Google Shopping no iba a dejar que fuese libre, así que para ganarse un espacio en esta plataforma se tendría que llevar a cabo una subasta, lo que causó las críticas de la CE.

En febrero de 2014 se introdujeron nuevos cambios con los que la compañía y la Comisión alcanzan un acuerdo preliminar: La aparición de los resultados de la competencia en el mismo formato y al lado de los servicios propios de Google y la supresión de las restricciones con las que se impregnaban los acuerdos alcanzados con Adwords<sup>13</sup>.

Pero el Caso Google no podía acabar aquí. Tal y como posteriormente confesó el ex comisario de competencia Joaquín Almunia en octubre de 2014, desde Europa se estaban produciendo presiones internas para que se adoptaran medidas mucho más severas en relación con este caso<sup>14</sup>. Los principales promotores de esta acción fueron el comisario europeo de energía Günther Oettinger, el ministro de economía alemán Sigmar Gabriel y su homólogo francés Arnaud Montebourg. A la vista de estas pretensiones y debido a las nuevas protestas que se generaron, el caso se reabrió en Septiembre de 2014 con la finalidad de adoptar nuevas medidas.

En noviembre del año pasado los eurodiputados del Parlamento Europeo Andreas Schwab y Ramón Tremosa presenta una propuesta para separar al gigante tecnológico americano en, por un lado, el buscador, y por otro, el resto de sus negocios, a lo que el parlamento vota a favor<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-14-87\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-87_en.htm) (última consulta, 11 de Marzo, 2015)

<sup>14</sup> <http://www.europapress.es/internacional/noticia-almunia-avisa-si-google-no-ofrece-nuevas-concesiones-satisfactorias-avanzara-multa-20140923104911.html> (última consulta, 11 de Marzo, 2015)

<sup>15</sup> <http://www.reuters.com/article/2014/11/21/us-google-antitrust-idUSKCN0J525V20141121> (última consulta, 12 de Marzo, 2015)

### III. LOS MERCADOS TECNOLÓGICOS Y LAS TIC

En líneas generales, podríamos decir que las nuevas tecnologías de la información y comunicación “son las que giran en torno a tres medios básicos: la informática, la microelectrónica y las telecomunicaciones; pero giran, no sólo de forma aislada, sino lo que es más significativo de manera interactiva e interconexionadas, lo que permite conseguir nuevas realidades comunicativas”.<sup>16</sup>

#### A) Características de las TIC

A diferencia de los mercados convencionales, nos encontramos en un sector en el que las empresas se encuentran interconectadas y ofrecen productos y servicios originarios de otros mercados que no estarían relacionados si no fuese por los buscadores de internet, es lo que conocemos como **estructura de plataforma**<sup>17</sup>, relacionado muy estrechamente con los *network effects* <sup>18</sup>. Por ello, no deberían separarse como si fuesen resultados contrarios unos a otros, si no que deberían ser tratados como conexiones necesarias para buen funcionamiento de las empresas. Así, el presidente ejecutivo de Google Eric Schmidt, nos expone su punto de vista en esta discusión a cerca de la empresa a la que representa en referencia a la problemática con los buscadores verticales<sup>19</sup>:

*“What is crucial to understand is that universal search results are not separate “products and services” from Google. Rather, the incorporation of thematic and conventional results in universal search reflects Google’s effort to connect users to the information that is most responsive to their queries. Because of this, the question of whether we “favor” our “products and services” is based on an inaccurate premise. These universal search results are our search service—they are not some separate “Google content” that can be “favored.””*

---

<sup>16</sup>CABERO, 1998: 198.

<sup>17</sup> DAVID S. EVANS, *Essays on the Economics of Two-Sided Markets*, disponible en <https://www.competitionpolicyinternational.com/.../Evans-Two-Sided-Market -Essays-Final.pdf> (última consulta, 16 de Marzo, 2015)

<sup>18</sup>ANCA DANIELA CHIRITA, Google's Anti-Competitive and Unfair Practices in Digital Leisure Markets, October 16, 2014, Durham University - Department of Law.

<sup>19</sup> KELLY FIVEASH, *Antitrust probe told everything is a search result*, Posted in Networks, 7th November 2011.

Como ya desarrollaremos más adelante, una de las características fundamentales de las TIC es la **ausencia de barreras de entrada** que dificulten la aparición de nuevos competidores al ser un mercado tan sumamente cambiante.

En relación a esto se desprende una nueva característica, los **costes marginales casi nulos**. Si bien es cierto que la inversión inicial es más elevada que en otro tipo de sectores, una vez se ha obtenido el producto, su desarrollo y posterior mejora no constituye un gasto a tener en cuenta, ya que es ínfimo comparado con aquel que se ha tenido que desembolsar en momentos anteriores.

Por último, y con respecto a los clientes o consumidores, podemos apreciar dos características tan claras como significativas. Por un lado, la **oferta del servicio es completamente gratuita**, obteniendo las empresas que operan en este tipo de mercados los ingresos a través de compañías provenientes de otros sectores. Además, los *Switching costs* o **costes de cambio** de un proveedor a otro son, evidentemente, nulos, por lo que es muy discutible que éste tipo de práctica pueda ser considerado como competencia abusiva o abuso de posición dominante.

## **B) Problemática de la Aplicación del Derecho Antitrust**

El hecho de que sean mercados muy dinámicos y que se encuentran en una constante evolución crean una situación en la que son difícilmente conocibles, analizables e interpretables las categorías jurídicas nuevas que surgen, así como su normativa aplicable<sup>20</sup>.

Esto genera una inquietud por parte de los actores de los mercados y sobre todo una inseguridad jurídica bastante importante, en la medida en que se produce una variación de las tendencias marcadas por los organismos reguladores. Ahora bien, en mi opinión esta inseguridad jurídica es un carácter inherente a estas nuevas materias, y por ende, a sus mercados. A priori me atrevo a decir que no se aplica correctamente en estos casos el Derecho de la competencia porque la sociedad evoluciona antes que dicho derecho y es complejo adaptarse a los nuevos tiempos, viéndose los organismos reguladores superados por su constante evolución<sup>21</sup>. Además, los procedimientos sancionadores son largos y suelen retrasar las decisiones de las empresas a la hora de interactuar en el mercado cuya competencia se ha desvirtuado.

---

<sup>20</sup> DÍEZ ESTELLA, F., *Google, Internet y Derecho de la Competencia: ¿viejas reglas para nuevos mercados?* Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos, 2014.

<sup>21</sup> GRAGLIA, LINO A, *Is antitrust obsolete?* Diciembre, 1999.



El problema fundamental de la aplicación de este derecho consiste en la cantidad de “*error-costs*”<sup>22</sup> que se comenten y que, hasta cierto punto, son inevitables.

Esta práctica lleva aparejada una clara inseguridad jurídica y se debe a que, por regla general, estamos hablando de un derecho que trata de resolver problemas sin solución y con muchos puntos totalmente diferentes de vista, pudiendo ser aplicable a cualquier ámbito del derecho pero teniendo especial repercusión en el derecho Antitrust. Esta afirmación ha sido refrendada a lo largo de los años por profesionales de renombre en este sector<sup>23</sup>,

*“Antitrust divergence, both within and outside the United States, remains painfully apparent, demonstrable proof that vulnerability to error remains systemic. For this reason, error analysis may be the single most important unresolved issue facing modern competition policy.”*<sup>24</sup>

A mi entender, el análisis de estas cuestiones debe basarse en la prudencia para sopesar la incertidumbre, la complejidad y la dinámica de innovación de estos mercados, tratando de evitar en la medida de lo posible los elevados costes de intervención que produce a la economía investigaciones como ésta<sup>25</sup>. Por ello, no debería ser el objetivo de los Tribunales, ni de la FTC ni de la Comisión Europea, evidenciar si la conducta es o no favorable a la competencia, si no tener presente que sus actuaciones deben ser cautas y precavidas, no agresivas.

---

<sup>22</sup> DEVLIN, A. y JACOBS, M., “*Antitrust Error*”, *William & Mary Law. Review*, Vol. 52, Issue 1, (2010), Disponible en: <http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol52/iss1/3>. (última consulta, 17 de Marzo, 2015)

<sup>23</sup>EASTERBROOK, FRANK H., “*The Limits of Antitrust*”, 63 *Texas Law Reviews* 1, 1984.

<sup>24</sup>ALAN DEVLIN and MICHAEL JACOBS, *Antitrust Error*, 52 *Wm. & Mary L. Rev.* 75 (2010), disponible en <http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol52/iss1/3> (última consulta el 25 de abril de 2015).

<sup>25</sup> GREGORY A. MANNE & JOSHUA D. WRIGHT, “*Google and the Limits of Antitrust: The case against the case against Google*” disponible en: <http://www.harvard-jlpp.com/wp-content/uploads/2013/10/ManneFinal.pdf> (última consulta, 17 de Marzo, 2015)

#### IV. ¿PERSECUCIÓN O BUSQUEDA DE LA JUSTICIA?

¿Por qué hablamos de dominio de posición dominante cuando nos referimos al gigante americano? ¿A caso se aprovechó de ser el primer buscador de la historia? Pues no es así. Antes de la llegada de Google al ciberespacio, ya existía un potente motor de búsqueda que fue creado en 1994: WebCrawler<sup>26</sup>. Por ello, deberíamos considerar que este buscador debería haber aprovechado su dominio absoluto en cuanto a navegación se refiere para aniquilar la posible competencia emergente y ganar la batalla por todo el tráfico mundial, pero no fue así, ya que una pequeña empresa se abrió camino en el mercado y consiguió ser ella quien dominase internet.

¿A caso es perjudicial ser bueno en tu sector?<sup>27</sup> ¿Por qué en la actualidad se está llevando una campaña de acoso y derribo contra Google sin indicios suficientes como para haber iniciado el procedimiento en curso? Son muchas las preguntas que se acumulan en torno a este gran problema y tienen la misma complejidad que el caso en sí.

Técnicamente, no deberíamos hablar de persecución contra Google propiamente dicha, ya que ésta no ha sido la primera y, como opinión personal, dista mucho de ser la última que se enfrente a procesos como éste<sup>28</sup>. La empresa Estadounidense tiene varios precedentes que, todo sea dicho, no marcan un camino seguro. Estamos hablando de los casos MICROSOFT e INTEL. Por un lado, se acusa a la empresa Microsoft de incumplir el actual artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 82 del Tratado de la Comunidad Europea, derogado desde 2009) por haber llevado a cabo prácticas abusivas ostentando una posición dominante en el mercado<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup>WebCrawler fue el primer metabuscador de la Web en proporcionar búsqueda de texto completo. Se publicó en internet el 20 de abril de 1994 y fue creado por Brian Pinkerton en la Universidad de Washington. Fue comprado por América Online el 1 de junio de 1995 y vendido a Excite el 1 de abril de 1997. WebCrawler fue adquirido por InfoSpace en 2001 y más tarde renombrado como Excite, en ese entonces llamado Excite@Home. InfoSpace también posee y opera los meta buscadores Dogplie y MetaCrawler.

<sup>27</sup> GREGORY A. MANNE & JOSHUA D. WRIGHT, "Google and the Limits of Antitrust: The case against the case against Google" disponible en:

<http://www.harvard-illpp.com/wp-content/uploads/2013/10/ManneFinal.pdf> (última consulta, 17 de Marzo, 2015)

<sup>28</sup> DAVID S. EVANS, *A Few Reflections on the FTC's Decision on Google* Disponible en <https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/Uploads/MSP1-8-13-2.pdf> (GlobalEcon/ U Chicago) 2012.

<sup>29</sup> CHRISTIAN AHLBORN, DAVID S. EVANS, *The Microsoft Judgment and its Implications for Competition Policy Towards Dominant Firms in Europe*, *Antitrust Law Journal*, Vol. 75, 1 de Abril, 08.

En este sentido, se acreditó que Microsoft ostentaba posición de dominio en al menos dos de los tres mercados mundiales analizados por la Comisión; desde 1996, dominaba el mercado de los sistemas operativos de PC de clientes con una cuota del 90% del mercado (*"The client PC operating systems market"*); y desde 2002, contaba con una cuota de más del 60% del mercado de los sistemas operativos de red de Trabajo en Grupo (*"The work group server operating systems market"*)<sup>30</sup>.

Con respecto a INTEL CORPORATION, cometió una infracción continuada recogida en el artículo 53 del Acuerdo del Espacio Económico Europeo y en el artículo 102 del ya mencionado TFUE entre los años 2002 y 2007, mediante la aplicación de una *"Strategy aimed at foreclosing competitors from the market of x86 CPUs"*<sup>31</sup>.

Siendo un poco observadores, podemos apreciar como todos los ejemplos tienen algo en común: Su procedencia y todas pertenecen al mundo de las TIC. Intel, en Santa Clara (CA); Microsoft, en Redmond (WA); Google, en Mountain View (CA). Todas las compañías citadas se corresponden con empresas del otro lado del atlántico. ¿Tiene esto algún sentido? Parece ser que la pregunta ya no es tanto el porque se persigue a Google, si no el porque en el viejo continente se están llevado acciones contra los gigantes tecnológicos Americanos.

Con todas estas similitudes, podríamos pensar que detrás de las investigaciones se esconden los competidores de las empresas sospechosas. Si nos centramos en el caso del buscador, todos los indicios apuntan a que la compañía de Redmond tiene algo que ver, ya que las empresas protestantes por las actividades de Google estaban estrechamente relacionadas con Microsoft, demasiado relacionadas, me atrevería a decir, como para pensar lo contrario. Un argumento que cada vez coge más fuerza, ya que los competidores del gigante californiano ven amenazada su continuidad en el mercado por el éxito abrumador que éste está cosechando.

*[...] Given that these complaints will generate interest in the media, we wanted to provide some background to them. First, search. Foundem – a member of an organisation called ICOMP which is funded partly by Microsoft – argues that our algorithms demote their site in our results because they are a vertical search engine and so a direct competitor to Google. Ejustice.fr's complaint seems to echo these concerns. [...]*

---

<sup>30</sup> NICHOLAS ECONOMIDES, *The Microsoft Antitrust Case*, 2 de Abril, 2001.

<sup>31</sup> Decision of 13 May 2009, COMP/37.900.

*[...] Regarding Ciao!, they were a long-time AdSense partner of Google's, with whom we always had a good relationship. However, after Microsoft acquired Ciao! In 2008 (renaming it Ciao! from Bing) we started receiving complaints about our standard terms and conditions. They initially took their case to the German competition authority, but it now has been transferred to Brussels [...]*<sup>32</sup>

Esto, unido al ambiente hostil que se ha generado por parte de sus competidores en torno a la defensa de la competencia, hacen el perfecto caldo de cultivo para la aparición de mercados en los que todos sus integrantes desconfían del resto. Además, es evidente que el mundo de las tecnologías de la información y la comunicación es uno de los más controvertidos en lo que a abusos de dominio y posición dominante se refiere<sup>33</sup>.

Por último, para reforzar esta tesis, podemos señalar que Google es una empresa que no solo tiene un aplastante dominio en su sector principal<sup>34</sup>, si no que cada vez se focaliza más en encontrar nuevos nichos de mercado y en llegar a la posición más alta de estos, por lo que incluso sus potenciales competidores y no solo los actuales se ven en peligro por su imparable crecimiento.

Dejando al margen quien es el culpable de que se abran las pertinentes investigaciones de una u otra empresa, si es cierto que hay grandes incógnitas sobrevolando la esfera de este caso. Para que la Comisión Europea decida investigar un caso, queremos presuponer, han de haber unos claros indicios que evidencien que no todo se está llevando con la diligencia y transparencia que se requiere. Para fundar estas acciones, la CE ha aclarado los motivos por los cuales se considera que el Caso Google requiere ser tratado con la máxima delicadeza posible, siendo estas<sup>35</sup>:

1. Adulteración de sus resultados de búsquedas, posicionando en primer lugar sus propios buscadores verticales.
2. La copia de contenido de los servidores de su competencia y la posterior utilización en sus respectivos buscadores verticales.
3. Los acuerdos alcanzados con sus anunciantes para evitar la colaboración con otros buscadores de la competencia.
4. Imposibilidad de portar la campaña publicitaria de AdWords a otras plataformas

---

<sup>32</sup> GOOGLE, *Google Europe Blog*, Febrero 2010 disponible en <http://googlepublicpolicy.blogspot.com.es> (última consulta, 21 de Marzo, 2015)

<sup>33</sup> AKMAN, P., *The concept of Abuse in EU Competition Law*, Ed. Hart Publishing, Oxford 2013.

<sup>34</sup> GREG LASTOWKA, *Google's Law*, Duke Science, Technology & Innovation Paper No. 26. 27 de Septiembre, 2007.

<sup>35</sup> [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-4780\\_es.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4780_es.htm) (última consulta, 21 de Marzo, 2015)

Si tenemos en cuenta estos argumentos, si podríamos llegar a entender el porque se ha decidido investigar el caso. Pero estos son los motivos que han sido señalados por la Comisión Europea para justificar una acción que no está muy clara si debería haberse iniciado. El principal problema que se plantea es la utilización de una posición dominante de una empresa para anular a la competencia. ¿En que está basada dicha argumentación? Si atendemos a esta pregunta, deberíamos pensar que toda empresa que, por cualquier circunstancia, hubiera conseguido superar notablemente a sus competidores y, por ende, haberse consolidado como el rival a batir en un mercado determinado, estaría utilizando su poder para beneficiarse y obtener una mayor rentabilidad.

Nadie pone en duda que los métodos que Google ha utilizado para llegar a donde está son lícitos, simplemente se ha señalado que, una vez ahí, sus mecanismo para mantenerse en la posición dominante no pueden considerarse como leales a la libre competencia. Pero esto revierte en una cuestión aun más compleja, ¿Acaso Google fuerza a sus usuarios a utilizar su plataforma?<sup>36</sup>

Esta es, en mi opinión, la verdadera dificultad con la que nos encontramos es tratar a una compañía con unas características y un producto tan, digámoslo así, ambiguo. No puedes pedir, por ejemplo, que un supermercado no posicione en los stands más vistosos los productos de su propia marca ya que es algo lógico, la empresa busca obtener su beneficio vendiendo su producto. Pero este ejemplo es aún más complejo, ya que por esta acción obtienen un beneficio palpable, mientras que Google, al incorporar en sus resultados servicios propios, no obtiene (a priori) ningún tipo de beneficio más allá de la visita a una pagina de su pertenencia. ¿Y si ese resultado es mejor que el de sus competidores? Antes de responder a esta pregunta, debemos dejar claro que los competidores afectados no son otros buscadores, estamos hablando de los competidores de sus buscadores verticales como, por ejemplo, el buscador de vuelos.

---

<sup>36</sup> CHARLOTTE BOWYER, *Is Google's dominance actually dangerous?* Disponible en <http://www.adamsmith.org> Thursday 16 April 2015. (Última consulta, 1 de Abril, 2015)

## V. CONFIGURACIÓN JURISPRUDENCIAL

Aunque sea evidente que Google tiene una posición excesivamente ventajosa en el mercado, debemos hacer referencia a lo que es considerado el dominio del sector y su abuso. Para decir que una empresa tiene una posición de dominio podemos acudir a lo que el Tribunal de Luxemburgo argumentó en el famoso “*Case 85/76 Hoffmann-La Roche v. Comisión*”<sup>37</sup> que debía ser considerado como posición de dominio. En este caso expresó que, para que una compañía tenga esta calificación, no necesita tener en cuenta lo que otras empresas hacen o cómo se sitúan, para tomar decisiones, porque no tiene competencia alguna.

País	Cuota de mercado para buscadores por países			
	Buscador más empleado	% Usuarios	Segunda Opción	% Usuarios
Alemania	Google	89%	t-online	3%
Arabia Saudí	Google	97%	Yahoo / Bing	3%
Argentina	Google	95%	Bing	4%
Australia	Google	87%	Bing	3%
Brasil	Google	97%	Bing	2%
Canadá	Google	78%	Bing	6%
Dinamarca	Google	97%	Bing	2%
Eslovaquia	Google	99%	Yahoo / Bing	1%
España	Google	96%	Yahoo / Bing	4%
Estados Unidos	Google	72%	Yahoo	14%
Francia	Google	92%	Bing	4%
Holanda	Google	94%	Vinden	3%
India	Google	95%	Otros	5%
Indonesia	Google	92%	Yahoo	5%
Israel	Google	89%	Otros	11%
Italia	Google	87%	Virgilio	5%
Japón	Yahoo	56%	Google	31%
México	Google	91%	Bing	7%
Polonia	Google	97%	Otros	3%
Reino Unido	Google	94%	Bing	5%
Rusia	Yandex	62%	Google	26%
Turquía	Google	82%	Bing	2.5%

<sup>37</sup>Judgment of the Court of 13 February 1979. - *Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities*. - *Dominate position*. - Case 85/76.

Para considerar si efectivamente una empresa es dominante o no, debe analizar si tiene más del 50% de la cuota de mercado, mientras que con cuotas superiores al 75% ya estaríamos en el caso de un monopolio. Estas cuotas de mercado evidencian claramente la importancia que tiene la empresa, por lo que tiene una especial responsabilidad para no atentar contra la libre competencia.

Como podemos apreciar en la imagen anterior, Google ostenta en numerosos países más del 90% de la cuota de mercado, superando incluso en algunos el 95%. De una muestra de 25 países, en tan solo dos de ellos el gigante americano es desbancado de la primera posición por Yahoo y Yandex, éste último siendo el buscador nacional Ruso, lo que nos hace pensar que no tiene tanta relevancia para el análisis.

Pero la controversia surge cuando nos encontramos en un mercado en el que prima la ausencia de barreras de entrada al ser difícilmente aplicable una dominancia evidente<sup>38</sup>. Si el acceso al sector es relativamente sencillo con los constantes avances tecnológicos, no deberíamos considerar que estamos ante una posición dominante ya que, si una empresa invierte en I+D, podría superar rápidamente las barreras y convertirse en el nuevo referente del mercado<sup>39</sup>.

En su momento, la “*Federal Trade Commission*” decidió cerrar la investigación ya que no encontraba indicios suficientes de ninguna actividad ilícita de Google y los cambios que prometían serían suficientes<sup>40</sup>, aunque posteriormente se han filtrado informes en los que, al parecer, si tenían conocimiento de la adulteración del algoritmo para beneficiar sus propios resultados. Según las aclaraciones que hizo la FTC, los beneficios que generaba el algoritmo para los consumidores eran mucho mayores que el posible daño colateral que pudiese causar en sus competidores.

Para fundamentar este argumento debemos remontarnos a 1942 cuando, en su libro *Capitalismo, socialismo y democracia*, el economista austriaco Joseph Schumpeter plasmó la teoría de la destrucción creativa, ideada originalmente por Werner Sombart. Siguiendo este cauce, no podemos permitir un exceso de intervencionismo gubernativo ya que el curso natural de la economía hará que, cuando unos productos nuevos entren en el mercado y tengan aceptación, otros saldrán de él.

---

<sup>38</sup> CARLTON, W., “*Barriers to Entry*”, issues in competition Law and policy, Vol. 1, p. 601, 2008.

<sup>39</sup> MICHAEL A. CARRIER, *Google and Antitrust: Five approaches to an evolving issue*, Julio, 2013.

<sup>40</sup> <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2013/01/google-agrees-change-its-business-practices-resolve-ftc> (última consulta, 8 de Abril, 2015)

La innovación tecnológica es uno de los motores principales de la economía<sup>41</sup> y, si se prosiguen con acciones de este tipo, las empresas serán reacias a invertir grandes cantidades de dinero con el fin de crear un producto mejor, ya que puede verse desde la perspectiva de querer expulsar al resto de sus competidores del mercado y no de creer en tu empresa e invertir los beneficios en aumentar tu poder.

Estos procesos de innovación, según Schumpeter, están asociados a las grandes empresas del mercado, a las dominantes, ya que su principal anhelo es mantener su posicionamiento en el mercado y evitar ser desbancada. Esta es la visión que tuvo la FTC al cerrar el caso contra Google, priorizando la innovación sobre la competencia.

### A) El gap Transatlántico<sup>42</sup>

Sería lógico pensar que, aunque a miles de quilómetro de distancia y sistemas jurídicos muy distintos, las decisiones tomadas por ambas legislaciones deberían ser iguales o, en todo caso, similares. Pero ni mucho menos es así, ya que lo característico de esta controversia es la distinta configuración de los ilícitos anticompetitivos a ambos lados del atlántico<sup>43</sup>. Si bien en teoría no se aprecia tanto esta diferencia, en la práctica son mundos totalmente opuestos. En este sentido, numerosos casos en los que la justicia Estadounidense había dado su pláacet, la Comisión Europea, sin pensarlo, los rechaza. No estamos hablando solo de abusos de posición dominante como del que se acusa a Google o, en su día, a *Microsoft*, si no también en proyectos tan dispares como el proyecto de concentración entre *General Electrics* y *Honeywell*, finalmente abortado.

Por ello, podemos presuponer que en Europa se sigue una corriente más intervencionista que la que llevan a cabo las autoridades de competencia de Estados Unidos. Aunque numerosos autores no comparten esta opinión<sup>44</sup>, es más que evidente que en EEUU se lleva a cabo una política más liberal y que aporta más facilidades a las empresas, no restringiendo su capacidad de crecimiento.

---

<sup>41</sup> JOSEPH SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo y democracia*, P.75.

<sup>42</sup> PROF DR. WERNHARD MÖSCHEL, *US versus EU Antitrust Law*, 2007.

<sup>43</sup> JOSE GONZÁLEZ – MAGAZ, WILLIAM GORDON, *From Microsoft to Google – Continued Divergence in Transatlantic Antitrust Settlements?* Disponible en <https://www.competitionpolicyinternational.com> Mar 28, 2013. (Última consulta, 21 de Abril, 2015)

<sup>44</sup> FRANCOIS LEVEQUE, *Merger Control: More Stringent in Europe than in the United States?* Noviembre, 2006.



Esto no quiere decir que no se castiguen las conductas ilícitas, al contrario, ya que en comparación con el derecho de competencia europeo, los castigos por colusión norteamericanos son, por una lado, más estrictos y, por otro, más livianos<sup>45</sup>. Esto es debido a que dichos castigos pueden acarrear penas de prisión de hasta tres años, mientras que pecuniariamente la sanción se topa con un máximo<sup>46</sup>.

En Europa, estamos viviendo en la actualidad una situación de inestabilidad en lo que se refiere a las multas que se le imponen a las empresas infractoras con los nuevos criterios de individualización de las sanciones en materia de derecho de defensa de la competencia<sup>47</sup>, con los que se intentan disminuir las preocupaciones sobre el impacto disuasorio de las sanciones, aumentar la diferencia entre las multas de las grandes empresas y de las pequeñas y apaciguar, hasta cierto punto, la disparidad de las resoluciones.

Personalmente, las sanciones penales en lo que se refiere a derecho de la competencia podría ser considerado como algo excesivo ya que no puede ser comparado a otros actos delictivos que si han de acarrear penas de prisión. Pero lo verdaderamente destacable de estas líneas es el fondo de las multas que ambas legislaciones establecen, ya que Estados Unidos no impone multas que puedan frenar la evolución de una empresa ni disminuir su capacidad de invertir en I+D, se fomenta enormemente la innovación, facilitando la investigación y el desarrollo de nuevas tecnologías. Rodo lo contrario que a lo que estamos acostumbrados aquí en Europa, en donde las sanciones impuestas por la Comisión Europea parecen estar enfocadas a frenar el crecimiento de las empresas.

Además, debemos señalar que en Europa, se llevan a cabo técnicas mas formalistas, mientras que en Estados Unidos se focaliza más en los “*effects-based-approach*”<sup>48</sup>.

Por ultimo, una diferencia muy notable de ambas legislaciones es la consideración de monopolio. En lo que respecta a Estados Unidos, no se considera monopolización el explotar una posición dominante, ya sea imponiendo precios más altos o condiciones onerosas a los compradores o proveedores. Sólo habría si esa explotación llevase a la consolidación o el aumento de la posición dominante.

---

<sup>45</sup> WOUTER P.J. WILS, *Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice*, World Competition, Vol. 29, No. 2, June 2006.

<sup>46</sup> Estas multas consisten en 10 millones de dólares para las empresas y de 350.000 dólares para las personas físicas (aunque pueden ser sustituidas por una multa con un valor igual a dos veces la ganancia bruta obtenida con la colusión).

<sup>47</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero, 2015.

<sup>48</sup> HENRIK NORINDER, *The “Effects-Based” Approach of the Commission to the Application of Article 82 to Exclusionary Abuses: Is the New Approach Really Economics Friendly?* 2008-2009.

Respecto al castigo de las conductas monopolizadoras, es el mismo que se establece para la colusión. Cabe mencionar que en el viejo continente los procesos son más administrativos, mientras que en EEUU son abordados en juicios propiamente dichos.

*"[...] The public policy has been to prohibit, or treat as illegal, contracts, or acts entered into with intent to wrong the public and which unreasonably restrict competitive conditions, limit the right of individuals, restrain the free flow of commerce, or bring about public evils such as the enhancement of prices."*

*STANDARD OIL v. UNITED STATES*

## B) Antecedentes

Estamos ante un derecho relativamente moderno cuyo nacimiento surge con la aparición de la *Sherman Anti – Trust Act* en 1890<sup>49</sup>. Es por ello que no encontramos demasiada jurisprudencia al respecto y, por regla general, es evidente que en aquellos litigios que se ha tenido que actuar contra los colosos económicos ha sido con mano dura, por lo que es aun más complicado encontrar sentencias que avalen estas líneas. Siendo conscientes de esta dificultad todavía queda un escollo más de superar, y es el tipo de empresas a las que nos enfrentamos, puesto que las TIC son aun más modernas y con una regulación que, a día de hoy, no ha podido clarificarse ni detallar su uso.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, debemos señalar que no todo contrato o actuación que restrinja el comercio debe ser considerado como ilegal. Solo aquellos que restrinjan irrazonablemente el libre comercio, la competencia o los derechos de los individuos podrán ser considerados como tal<sup>50</sup>. Si bien es cierto que este derecho lo encontramos en países desarrollados y con una economía muy potente, también está aflorando en aquellos países que se encuentran en vías de desarrollo<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> JOANNA GOYDER, *La aplicación privada del Derecho de la Competencia en EEUU*, 20 de Junio, 2012.

<sup>50</sup> PHILLIP AREEDA, *The "Rule of Reason" in Antitrust Analysis*. June, 1981.

<sup>51</sup> KEITH N. HYLTON, FEI DENG, *Antitrust around the world: An empirical analysis of the scope of competition laws and their effects*, publicado por American Bar Association, disponible en <http://www.jstor.org/stable/27897550> (última consulta, 15 de Abril, 2015)

Precisamente en uno de estos países, Chile, es donde encontramos nuestros primeros antecedentes. Estamos hablando de las resoluciones N° 347 de 17 de octubre, 1990, y N° 466 de 22 de mayo, 1996. En la primera de ellas, la Comisión Resolutiva Chilena declaró que era perfectamente legítimo que una empresa monopolística obtuviese mayores beneficios que los que obtiene en otras zonas geográficas en las que no goza de esta característica debido a la inexistencia de barreras de entrada, lo que hacía que en cualquier momento apareciese un nuevo competidor y acabase con su posición de dominio.

En la segunda de ellas, la resolución n° 466, se estableció que no puede considerarse posición dominante a aquella empresa que cuenta con competencia en aquel sector en el que no hay obstáculos que impidan que dicho competidor pueda llevar a cabo una operación idéntica<sup>52</sup>.

Un caso muy significativo en lo que a violación de la sección 2 de la Ley Sherman es el que reunía a PACIFIC BELL TELEPHONE y a LINKLINE COMMUNICATIONS<sup>53</sup>. En el, se acusaba a PACIFIC BELL de imponer precios excesivos al por mayor en la infraestructura para proveer internet, lo que hacía que las empresas del sector no pudiesen competir en cuanto a precios con ella. El tribunal dictaminó que donde no hay obligación de pactar con los mayoristas y los precios impuestos a los consumidores finales son los adecuados, no puede ser considerado como un abuso de posición dominante. Este no es un caso aislado, ya que en tan solo tres años se han llevado a cabo otros siete procedimientos antitrust en Estados Unidos que no han hecho más que ampliar el gap entre una legislación y otra<sup>54</sup>.

No es necesario que nos acerquemos demasiado a la actualidad para encontrar sentencias totalmente opuestas a las mencionadas. Es más, si nos remontamos a unas de las primeras resoluciones de derecho de la competencia, el caso *United Brands Company v. Commission of the European Communities* nos damos cuenta de cómo ya en la primavera de 1979 se podía apreciar una notable agresividad emergente en la protección de la competencia en Europa y la preocupación por el mantenimiento del mercado común<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup>Partiendo de la base de que puede llevar a cabo esa misma actividad, pero necesitará una inversión de capital igual o superior a la que la empresa dominante tuvo que enfrentarse.

<sup>53</sup> PACIFIC BELL TELEPHONE CO., DBA AT&T CALIFORNIA, ET AL. v. LINKLINE COMMUNICATIONS, INC., ET AL., Supreme Court of the United States, October 2008.

<sup>54</sup> WARREN S. GRIMES, *U.S. Supreme Court rejects Price squeeze claim: A high point for divergence between European law and US?* Agosto, 2010.

<sup>55</sup> MARGARET H. FITZPATRICK, *United Brands Company v. Commission of the European Communities: Window to Price Discrimination Law in the European Economic Community, 1979.*

En lo que concierne al abuso de posición dominante, es evidente que tenemos poca jurisprudencia al respecto. Como ya hemos señalado anteriormente, las dos corrientes claramente marcadas que encontramos a un lado y a otro del océano atlántico han arrojado sentencias muy dispares. Teniendo en cuenta lo reciente de este derecho, la jurisprudencia Europea que podemos encontrar tiene una clara línea persecutoria para con las empresas, mientras que la norteamericana se centra más en la defensa de la libre competencia y deja actuar a los mercados.

Pero en lo que respecta al algoritmo de Google y si debe o no hacerlo público para facilitar a las empresas competidoras un avance tecnológico, si podemos encontrar cuantiosa jurisprudencia.

Puesto que Estados Unidos ha seguido la línea ya comentada, no tiene especial interés en este respecto. No obstante, Europa no es un asunto baladí. En lo que a propiedad intelectual corresponde, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha mostrado especialmente imparcial y favorable a la libre competencia. Esto se ve reflejado en numerosos casos, pero nos centraremos en los cuatro más conocidos hasta el momento: RENAULT<sup>56</sup>, VOLVO<sup>57</sup>, MAGILL<sup>58</sup> y LADBROKE<sup>59</sup>. En ellos, y según sus respectivas actividades, se les requería la cesión de la propiedad intelectual objeto del litigio a las empresas del sector para favorecer así la competencia en el mercado. Sólo en el caso MAGILL las emisoras de radio se vieron obligadas a ceder dicha propiedad intelectual<sup>60</sup>. En el resto de los casos mencionados, los titulares de los derechos de propiedad intelectual no se vieron afectados y pudieron seguir haciendo uso de ellos.

He dejado para el final el antecedente más inmediato y, a la vez, más parejo a nuestro caso. Estamos hablando del caso MICROSOFT, una de las problemáticas más sonadas de la historia del derecho de la competencia. En dicho caso, el Tribunal de Primera Instancia (hoy Tribunal General) condenó a la empresa norteamericana por incurrir en una venta asociada abusiva (tying) al amparo del artículo 102.2.d) CE.

---

<sup>56</sup> Caso C-53/87 *Consorzio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli vs Régie nationale des usines Renault*, 1988.

<sup>57</sup> Caso C-238/87 *AB Volvo vs Erik Veng Ltd*, 1988.

<sup>58</sup> Caso T-69/89 *Radio Telefis Eireann vs Comisión Europea*, 1991 y Caso T-76/89 *ITP vs Comisión Europea*, 1991.

<sup>59</sup> Caso T-505/93 *Tiercé Ladbroke SA vs Comisión Europea*, 1997.

<sup>60</sup> COSMO GRAHAM, FIONA SMITH, *Competition, Regulation and the New Economy*, publicado por Hart Publishing, 2004.

A los tres elementos clásicos de esta figura<sup>61</sup>, la Comisión introdujo una cuarta exigencia derivada de la *rule of reason*: la venta vinculada habrá de restringir la competencia en el mercado derivado. La Sentencia comienza por resaltar la condición de superdominante o verdadero “estándar de hecho” de Microsoft en el mercado de sistemas operativos (95% del mercado), por lo que se centra en el análisis de los restantes requisitos.

El primer paso consistió en conocer si el sistema operativo Windows y el lector multimedia WMP son dos productos diferenciados o un único producto. Por ello, lo relevante para la normativa antitrust no es la diferenciación de los productos sino la disociación económica, la cual podrá presumirse si cada producto es susceptible de ser comercializado de forma independiente en mercados distintos<sup>62</sup>. Los de Redmond se defendieron diciendo que, en este caso, Windows y WMP se ofrecen vinculados porque los consumidores prefieren adquirirlos así. La Comisión y el TPI rechazaron este criterio apoyándose en la jurisprudencia sobre vinculación de productos complementarios. El hecho de que Microsoft presentase ambos productos de forma conjunta, no dando la posibilidad de adquirirlos de forma independiente, hace que se le acuse de abuso de dominio y de excluir a competidores del mercado relativo a lectores multimedia, que ofrecen la posibilidad de instalar y desinstalar los programas sin problema alguno<sup>63</sup>.

Pero este no es el único caso antitrust en el que MICROSOFT se ha visto envuelto. En 2009, fue denunciado por integrar por defecto Internet Explorer en su sistema operativo, que según MOZZILLA FIREFOX iba en contra de la libre competencia ya que reducía la capacidad de elección de los consumidores<sup>64</sup>.

Después de la sentencia histórica del TPI de 17 de septiembre de 2007, la Comisión Europea ha impuesto una nueva multa a MICROSOFT de 561 millones de euros, por no haber incluido la pantalla de elección de navegador en algunas versiones del sistema operativo Windows 7.

---

<sup>61</sup> 1. Existencia de un producto vinculante (sistema operativo Windows) y un producto vinculado (lector multimedia Windows Media Player) que son dos productos distintos. 2. Ser el operador dominante en el mercado del producto vinculante. 3. Microsoft no ofrece a los usuarios la posibilidad de obtener separadamente ambos productos.

<sup>62</sup> HERRERO SUÉREZ, C., *Los contratos vinculados en el Derecho de la Competencia*, La Ley, Madrid, 2006.

<sup>63</sup> ANTONIO LÓPEZ MIÑO, *Dos abusos exclusionarios (“refusal to supply” y “tying”) en un mismo caso: Comentario a la sentencia del TPI, de 17 de septiembre de 2007: caso “Microsoft Corp., v. Comisión”*. Asunto T-201/04.

<sup>64</sup> Decisión de la Comisión del 16 de Diciembre, 2009, disponible en [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/39530/39530\\_2671\\_3.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39530/39530_2671_3.pdf) (última consulta, 12 de Abril, 2015)

En 2009, y en relación con el procedimiento abierto contra la empresa por la imposición del navegador Internet Explorer a sus clientes, llegó a un acuerdo con la Comisión según el cual se comprometía a instalar sistemáticamente la pantalla de elección de navegador, para que el usuario decidiera cual de todos los que existen prefiere utilizar. Con estas sentencias se deja una puerta abierta a un debate que cruza fronteras y que tiene dimensiones inimaginables: El efecto de los errores en el derecho antitrust<sup>65</sup>.

## V. LA DOCTRINA DE LOS RECURSOS ESENCIALES EN LAS TIC

El principal motivo de controversia en lo que respecta al algoritmo de Google reside en los llamados recursos esenciales o *essential facilities*<sup>66</sup>. Si efectivamente considerásemos dicha ventaja competitiva del gigante norteamericano como un recurso esencial, si podríamos llegar a la conclusión de que debería ser compartido para bien de todos los consumidores. Pero no es así. Para que un recurso pueda ser tratado como esencial debe aunar varias características<sup>67</sup>. En primer lugar, debe ser un activo objetivamente necesario para el normal desarrollo de las empresas de un sector. En segundo lugar, si éste recurso no fuese compartido, la competencia de la empresa en cuestión se reduciría debido a la imposibilidad de proseguir su desarrollo. En tercer lugar, no debería existir una justificación objetiva por la cual la empresa poseedora del recurso esencial se negase a compartirlo con el resto del sector y, por último, la negativa debe impedir la aparición de nuevos productos.

Pues bien, una vez expuestos todos los motivos por los cuales un recurso ha de ser considerado como esencial y, por ende, ha de ser compartido, nos centraremos en el análisis de nuestro caso. El principal motivo por el cual el algoritmo de Google no tiene la categoría de recurso esencial es que la negativa de los de Mountain View a mostrar su código fuente no lleva aparejada la imposibilidad de la aparición de nuevos productos. Es algo totalmente ajeno a la voluntad de la empresa. Su objetivo fundamental es preservar el valor de sus activos y la obtención de unos ingresos que le han costado un importante desembolso inicial. Por ello, con esto cumplimos otro de los requisitos para que no sea considerado como esencial, ya que está totalmente justificada la negativa.

---

<sup>65</sup> LIYANGHOU, *The Essential Facilities Doctrine – What was Wrong in Microsoft?* Marzo, 2012.

<sup>66</sup> VASSILIS HATZOPOULOS, *The EU essential facilities doctrine*, disponible en [http://www.i.umich.edu/UMICH/ces/Home/Resources/Michigan%20Paper%20Series/Hatzopoulos\\_EU\\_Essential\\_Facilities.pdf](http://www.i.umich.edu/UMICH/ces/Home/Resources/Michigan%20Paper%20Series/Hatzopoulos_EU_Essential_Facilities.pdf) (última consulta, 21 de Abril, 2015)

<sup>67</sup> Características establecidas a partir de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de noviembre de 1998, *Oscar Bronner*, C-7/1997.

Aun habiendo desmontado dicha teoría, proseguiremos con el análisis. En lo concerniente a la primera condición, que la negativa se refiera a un producto o servicio objetivamente necesario para poder competir con eficacia en un mercado descendente, tenemos más de lo mismo. Es impensable que el algoritmo pueda ser considerado como un producto necesario para que otros buscadores puedan competir con eficacia ya que es un valor añadido, no el valor propiamente dicho<sup>68</sup>. El resto de empresas del sector, y con esto hacemos mención a la segunda característica, no se verán obligadas a retirarse, si no que con esto se les presiona para seguir los pasos de Google e invertir una potente cantidad de recursos en I+D.

Es clarividente que las actuaciones por la parte de los mandatarios europeos con respecto a esta materia atraen una concepción de que una empresa debe aguantar en el mercado sin apenas desembolso de capital hasta que una compañía de la competencia encuentre el modo de destacar y, una vez un juez lo declare, éstas podrán beneficiarse de su inversión sin apenas esfuerzo<sup>69</sup>. Este efecto disuasorio para la innovación empresarial se ve agravado en el sector en el que nos encontramos, puesto que, si tuviese que resumir en una frase este tipo de mercados, lo haría con la famosa “*renovarse o morir*”.

A mi entender, parece que Europa trata de evitar que las empresas inviertan en Investigación y desarrollo, penalizando a aquellas que lo hacen y haciendo que los recursos que una de ellas emplea los disfruten todas con la justificación de que eso ha de ser bueno para los consumidores. Pero no es así, esta oleada de casos en los que las empresas innovadoras ven mermada su capacidad de respuesta y su ventaja competitiva causará el efecto contrario en el usuario<sup>70</sup>, ya que se a largo plazo se producirá una corriente de empresas que “se dejarán llevar” a la espera de que una competidora obtenga buenos resultados y poder aprovecharlos.

Una empresa vela por sus propios intereses y trata de alcanzar la mejor posición en el mercado. Es más que entendible que Google de prioridad a sus resultados, ya que si hiciese lo contrario estaría tirando piedras contra su propio tejado y beneficiaría a la competencia enormemente<sup>71</sup>.

---

<sup>68</sup> LAO, M., *Search, Essential Facilities, and the Antitrust Duty to Deal*, North western Journal of Technology and Intellectual Property, Vol. 11, Issue 5 (2013).

<sup>69</sup> TURNEY, J., “*Defining the Limits of the EU Essential Facilities Doctrine on Intellectual Property Rights: The Primacy of Securing Optimal Innovation*”, primavera 2005.

<sup>70</sup> EDUARDO ÍSMODES, *Países sin futuro: ¿Qué puede hacer la universidad?*, Fondo Editorial PUCP, 2006.

<sup>71</sup> STEVE ADAMS, PAUL PERITON, *Fundamentals of business economics*, Elsevier, 2007.

Es por ello que las autoridades de todo el mundo, ya no solo europeas, deben actuar con cautela y midiendo sus pasos, ya que no pueden poner en práctica la teoría del coste-error anteriormente señalada, puesto que en el derecho de la competencia un error tiene consecuencias catastróficas y puede causar la pérdida de competitividad de una empresa e incluso su desaparición, por lo que, siguiendo este enfoque, se deberían diseñar normas que minimizaran los *error-cost*, puesto que si minimizamos dichos errores, maximizaremos el bienestar de los consumidores<sup>72</sup>.

## VII. VALORACIÓN CRÍTICA Y CONCLUSIONES

A lo largo de todo el trabajo se han expuesto los diferentes puntos de vista que esta materia ofrece y se ha intentado tratar con imparcialidad el controvertido Caso Google. No obstante, en este último epígrafe procederé a extraer las conclusiones más significativas para concluir este trabajo. Para ello, en mi opinión, el Juez Scalia<sup>73</sup> resume perfectamente el modo correcto de actuar en una problemática de éste calibre para no incurrir en los ya mencionados *error-costs*.

*“The mere possession of monopoly power, and the concomitant charging of monopoly prices, is not only not unlawful; it is an important element of the free market system because the opportunity to charge monopoly prices - at least for a short period - is what attracts business acumen in the first place; it induces risk taking that produces innovation and economic growth. To safeguard the incentive to innovate, the possession of monopoly power will not be found unlawful unless it is accompanied by an element of anticompetitive conduct”*

En la actualidad no cabe duda de que Google es el buscador por excelencia, sí, pero la solución que fue presentada por los eurodiputados del Parlamento Europeo Andreas Schwab y Ramón Tremosa de dividir la compañía en dos y que no tengan publicidad es una medida desproporcionada y supondría la pérdida absoluta de competitividad de Google tal como la conocemos al cerrar su vía de obtención de ingresos<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> BARRY E. HAWK, *International Antitrust law & Policy: Fordham Competition Law 2013*, Juris Publishing, Inc., 1 de marzo, 2014.

<sup>73</sup> *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V Trinko, LLP*, 540 US 398, 407 (2004).

<sup>74</sup> TIM WORSTALL, *The European Parliament Threatens To Break Up Google*, disponible en <http://www.forbes.com/sites/timworstall/2014/11/22/the-european-parliament-threatens-to-break-up-google/>, 22 de Noviembre, 2014. (última consulta, 25 de Abril, 2015)



En ningún momento se ha producido queja alguna de los usuarios de la plataforma sobre su actividad, por lo que es de entender que no están sufriendo perjuicio alguno. Es más, la gran mayoría de los consumidores saben que los primeros resultados de las búsquedas son los propios de Google, como el traductor o el buscador de vuelos, a lo que no ponen pega alguna. Como usuario que soy del buscador y sin posicionarme de ningún lado, prefiero, por ejemplo, el traductor que ofrecen los de Mountain View antes que cualquier otro de la competencia por su sencillez, rapidez e interfaz. Es un producto de la empresa, por lo que lo más obvio es que aparezca el primero en la lista de resultados. Si desease uno específico, no tendría más que escribir el nombre de la página oferente, pero si los usuarios no hacen eso, por algo será, ¿no? .

La compañía está en su derecho de promocionar sus propios productos en su servidor de búsquedas, hay otras empresas que se publicitan en ese espacio virtual, por tanto, no se puede decir que excluya de forma directa, simplemente que beneficia a los suyos<sup>75</sup>. Pero si es verdad que Google copia contenido de los servidores de su competencia y posteriormente los utiliza en sus buscadores verticales, es difícilmente entendible que otros motores de búsqueda recaben información de éste una vez agotadas sus bases de datos.

Pero si no se están produciendo quejas de los supuestos implicados, es de entender que la mayor parte del ruido que causa dicho caso viene de las empresas competidoras que no saben como actuar para minimizar el abrumador dominio que Google tiene en el mercado y que inutiliza en gran medida la gran variedad de motores de búsqueda que tenemos a nuestra disposición<sup>76</sup>.

Se puede entender que las acciones que realiza Google no son un ataque a la libre competencia sino una defensa de los propios intereses de la empresa, ya que es una entidad privada y un servicio privado. Por otro lado, la dificultad que tienen los clientes y consumidores para cambiar de buscador es claramente inferior a la dificultad de cambiar de procesador o sistema operativo como era el caso MICROSOFT y por eso la sentencia de éste último no puede ser empleada como antecedente.

---

<sup>75</sup> ANINDYA GHOSE, SHA YANG, *An Empirical Analysis of Search Engine Advertising: Sponsored Search in Electronic Markets*, 25 de Mayo, 2009.

<sup>76</sup> HERBERT HOVENKAMP, en una entrevista concedida a business insider, disponible en <http://www.businessinsider.com/europe-cant-split-google-in-two-anyway-these-antitrust-experts-say-2014-11> (última consulta, 21 de Abril, 2015)

Aun pensando que Google no tendría porque y debido a que es preocupante la facilidad con la que en Europa se sancionan actuaciones empresariales a partir de enfoques puramente formalistas y legalistas<sup>77</sup>, la empresa puede intentar pactar con las autoridades comunitarias una solución que evite el gasto y tiempo del procedimiento, y que de esta manera, se satisfaga a ambas partes. Esto se basa en que es posible llegar a un acuerdo entre Google y el CE, según el artículo 9 de la Ley anti-trust (Reglamento 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado) que lo permite.

Debido a la complejidad del mercado de las TIC y de lo dañinas que pueden llegar a ser para las empresas en él recogidas las decisiones que el Derecho de Defensa de la Competencia pueda adoptar, las autoridades competentes deberán andar con pies de plomo y sopesar si es conveniente la aplicación de una determinada norma que pueda causar errores de tipo I (falso positivo) o errores de tipo II (falso negativo) con los que se originaría una situación más perjudicial que aquella que se quiere evitar.

Finalizaré este trabajo con una frase que resume perfectamente el actuar de Google y que ellos mismos hacen suya, puesto que un imperio como el de la empresa americana no surge de un día para otro, nace como un proyecto ambicioso con pocos recursos que ha logrado posicionarse como la empresa número 53 a nivel mundial y la tercera en cuanto a valor de mercado se refiere. Pero no todo es su valor económico. Gracias a su política de contratación y de trabajo, Google es la empresa empleadora número 1 del mundo.<sup>78</sup>

***"De parvis grandis acervus erit"***<sup>79</sup>

---

<sup>77</sup> DÍEZ ESTELLA, F., *Google, Internet y Derecho de la Competencia: ¿viejas reglas para nuevos mercados?* Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos, 2014

<sup>78</sup> Datos de Mayo 2014 según la lista Forbes.

<sup>79</sup> De las cosas pequeñas se hacen las cosas más grandes

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

AKMAN, P., *The concept of Abuse in EU Competition Law*, Ed. Hart Publishing, Oxford 2013.

ALAN DEVLIN and MICHAEL JACOBS, *Antitrust Error*, 52 Wm. & Mary L. Rev. 75 (2010), disponible en <http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol52/iss1/3> (última consulta el 25 de abril de 2015).

ANCA DANIELA CHIRITA, *Google's Anti-Competitive and Unfair Practices in Digital Leisure Markets*, October 16, 2014, Durham University - Department of Law.

ANINDYA GHOSE, SHA YANG, *An Empirical Analysis of Search Engine Advertising: Sponsored Search in Electronic Markets*, 25 de Mayo, 2009.

ANTONIO LÓPEZ MIÑO, *Dos abusos exclusionarios ("refusal to supply" y "tying") en un mismo caso: Comentario a la sentencia del TPI, de 17 de septiembre de 2007: caso "Microsoft Corp., v. Comisión"*. Asunto T-201/04.

BARRY E. HAWK, *International Antitrust law & Policy: Fordham Competition Law 2013*, Juris Publishing, Inc., 1 de marzo, 2014.

CABERO, 1998: 198.

CARLTON, W., *"Barriers to Entry"*, issues in competition Law and policy, Vol. 1, p. 601, 2008.

CHARLOTTE BOWYER, *Is Google's dominance actually dangerous?* Disponible en <http://www.adamsmith.org> Jueves 16 de Abril, 2015.

CHRISTIAN AHLBORN, DAVID S. EVANS, *The Microsoft Judgment and its Implications for Competition Policy Towards Dominant Firms in Europe*, Antitrust Law Journal, Vol. 75, No. 3, 2009 1 de Abril, 2008.

COSMO GRAHAM, FIONA SMITH, *Competition, Regulation and the New Economy*, publicado por Hart Publishing, 2004.

DANIEL J. SOLOVE, *Privacy and Power: Computer Databases and Metaphors for Information Privacy*, Stanford Law Review, Vol. 53, p. 1393, July 2001.

DAVID S. EVANS, *A Few Reflections on the FTC's Decision on Google* Disponible en <https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/Uploads/MSP1-8-13-2.pdf> (GlobalEcon/UChicago) 2012.

DAVID S. EVANS, *Essays on the Economics of Two-Sided Markets*, disponible en <https://www.competitionpolicyinternational.com/.../Evans-Two-Sided-Market-Essays-Final.pdf>

DEVLIN, A. y JACOBS, M., *"Antitrust Error"*, *William & Mary Law. Review*, Vol. 52, Issue 1, (2010), Disponible en: <http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol52/iss1/3>.

DÍEZ ESTELLA, F., *Google, Internet y Derecho de la Competencia: ¿viejas reglas para nuevos mercados?* Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos, 2014.

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

EDUARDO ÍSMODES, *Países sin futuro: ¿Qué puede hacer la universidad?*, Fondo Editorial PUCP, 2006.

FRANCOIS LEVEQUE, *Merger Control: More Stringent in Europe than in the United States?* Noviembre, 2006.

GRAGLIA, LINO A, *Is antitrust obsolete?* Diciembre, 1999.

GREG LASTOWKA, *Google’s Law*, Duke Science, Technology & Innovation Paper No. 26. 27 de Septiembre, 2007.

GREGORY A. MANNE & JOSHUA D. WRIGHT, “*Google and the Limits of Antitrust: The case against the case against Google*” disponible en: <http://www.harvard-ilpp.com/wp-content/uploads/2013/10/ManneFinal.pdf>

HENRIK NORINDER, *The “Effects-Based” Approach of the Commission to the Application of Article 82 to Exclusionary Abuses: Is the New Approach Really Economics Friendly?*, Primavera 2008-2009.

HERBERT HOVENKAMP, en una entrevista concedida a business insider, disponible en <http://www.businessinsider.com/europe-cant-split-google-in-two-anyway-these-antitrust-experts-say-2014-11>

HERRERO SUÉREZ, C., *Los contratos vinculados en el Derecho de la Competencia*, La Ley, Madrid, 2006.

JOANNA GOYDER, *La aplicación privada del Derecho de la Competencia en EEUU*, 20 de Junio, 2012.

JOSE GONZÁLEZ – MAGAZ, WILLIAM GORDON, *From Microsoft to Google – Continued Divergence in Transatlantic Antitrust Settlements?* Disponible en <https://www.competitionpolicyinternational.com> Mar 28, 2013.

JOSEPH SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo y democracia*, P.75.

KEITH N. HYLTON, FEI DENG, *Antitrust around the world: An empirical analysis of the scope of competition laws and their effects*, publicado por American Bar Association, disponible en <http://www.jstor.org/stable/27897550>

KELLY FIVEASH, *Antitrust probe told everything is a search result*, Posted in Networks, 7th November 2011.

LAO, M., *Search, Essential Facilities, and the Antitrust Duty to Deal*, North western Journal of Technology and Intellectual Property, Vol. 11, Issue 5 (2013).

LIYANGHOU, *The Essential Facilities Doctrine – What was Wrong in Microsoft?* Marzo, 2012.

MARGARET H. FITZPATRICK, *United Brands Company v. Commission of the European Communities: Window to Price Discrimination Law in the European Economic Community*, 1979.

MARK R. PATTERSON, *Google and Search Engine Market Power*, Fordham Law Legal Studies Research Paper No. 2047047, 27 de Abril, 2012.

MICHAEL A. CARRIER, *Google and Antitrust: Five approaches to an evolving issue*, Julio, 2013

NICHOLAS ECONOMIDES, *The Microsoft Antitrust Case*, 2 de Abril, 2001

PACIFIC BELL TELEPHONE CO., DBA AT&T CALI- FORNIA, ET AL. v. LINKLINE COMMUNICATIONS, INC., ET AL., Supreme Court of the United States, October 2008.

PHILLIP AREEDA, *The "Rule of Reason" in Antitrust Analysis*. June, 1981.

PROF DR. WERNHARD MÖSCHEL, *US versus EU Antitrust Law*, 2007.

SHYAM KHEMANI, *Competition, Innovation, and Dynamic Change in the Internet Information Search Industry*, 22 de Agosto, 2014. Disponible en <https://www.competitionpolicyinternational.com/competition-innovation-and-dynamic-change-in-the-internet-information-search-industry>

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

STEVE ADAMS, PAUL PERITON, *Fundamentals of business economics*, Elsevier, 2007.

TIM WORSTALL, *The European Parliament Threatens To Break Up Google*, disponible en <http://www.forbes.com/sites/timworstall/2014/11/22/the-european-parliament-threatens-to-break-up-google/> 22 de Noviembre, 2014.

TURNEY, J., *"Defining the Limits of the EU Essential Facilities Doctrine on Intellectual Property Rights: The Primacy of Securing Optimal Innovation"*, primavera 2005.

VASSILIS HATZOPOULOS, *The EU essential facilities doctrine*, disponible en [http://www.ii.umich.edu/UMICH/ces/Home/Resources/Michigan%20Paper%20Series/Hatzopoulos EU Essential Facilities.pdf](http://www.ii.umich.edu/UMICH/ces/Home/Resources/Michigan%20Paper%20Series/Hatzopoulos%20EU%20Essential%20Facilities.pdf)

WARREN S. GRIMES, *U.S. Supreme Court rejects Price squeeze claim: A high point for divergence between European law and US?* Agosto, 2010.

WOUTER P.J. WILS, *Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice*, World Competition, Vol. 29, No. 2, June 2006.

## IX. PÁGINAS WEB CONSULTADAS

<http://adamsmith.org>

<http://ec.europa.eu/competition/sectors/ICT/microsoft/index.html>

<http://googlepublicpolicy.blogspot.com.es>

<http://papers.ssrn.com/sol3/DisplayAbstractSearch.cfm>

<http://www.businessinsider.com>

<http://www.equiposupera.com/cms/es/generic/evaluegestion-de-la-innovacion/>

<http://www.forbes.com>

[http://www.stern.nyu.edu/networks/Microsoft\\_Antitrust.final.pdf](http://www.stern.nyu.edu/networks/Microsoft_Antitrust.final.pdf)

<https://www.competitionpolicyinternational.com>