

LA DECISIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA EN EL ASUNTO *GOOGLE SEARCH*. LA ÚLTIMA FRONTERA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

La decisión de la Comisión Europea en el asunto *Google Search*. La última frontera del derecho de la competencia

La reciente decisión de la Comisión Europea en el asunto *Google Search* cierra, con la imposición de una polémica sanción a Google por favorecer sus propios servicios de comparación de precios en las páginas de resultados de su motor de búsqueda general, el primer capítulo de un largo debate en el que confluyen cuestiones de lege lata y de lege ferenda. En consecuencia, representa una oportunidad de reflexionar seriamente sobre los ajustes que necesita el Derecho de la competencia de la Unión Europea para hacer frente a los desafíos del universo digital y, al mismo tiempo, reaviva la tradicional controversia acerca de los límites de la intervención de las autoridades de defensa de la competencia en los modelos de negocio de las empresas dominantes. Especial interés revisten, por una parte, los aspectos de definición de mercado y establecimiento de la posición de dominio y, por otra parte, la teoría del daño subyacente a la constatación del abuso.

PALABRAS CLAVE

Búsqueda general u horizontal, Búsqueda especializada o vertical, Plataforma multilateral, Abuso de posición de dominio, Sesgo de búsqueda.

The decision of the European Commission in case *Google Search*. The ultimate frontier of competition law

The recent decision of the European Commission in case *Google Search* brings to a close, with the imposition of a polemical sanction on Google for favouring its own comparison shopping services on the result pages of its general search engine, the first chapter of a long-drawn debate that touches upon de lege lata and de lege ferenda questions. Consequently, it constitutes an opportunity to start a sound discussion on the adjustments required by competition law of the European Union to be able to deal with the challenges of the digital environment and, at the same time, it puts back on the table the traditional controversy about the limits of intervention by competition authorities in the business models of dominant companies. Particularly interesting are, on the one hand, the market definition and the establishment of dominance and, on the other hand, the theory of harm underlying the finding of abuse.

KEY WORDS

General or Horizontal Search, Specialised or Vertical Search, Multi-Sided Platform, Abuse of a Dominant Position, Search Bias.

Fecha de recepción: 25-9-2017

Fecha de aceptación: 30-9-2017

INTRODUCCIÓN

El pasado 27 de junio la Comisión Europea (la «Comisión») puso fin a siete años de investigación sobre la presunta manipulación por parte de Google de los resultados orgánicos ofrecidos por su motor de búsqueda general u horizontal (*Google Search*) con el fin de favorecer el posicionamiento de sus propios servicios especializados o verticales de comparación de precios, así como sobre el carácter abusivo de dicha práctica a la luz del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea («TFUE»). A diferencia de los resultados patrocinados, que se despliegan cuando las consultas de búsqueda de los usuarios contienen determinadas palabras clave por las que previamente un anunciante ha pujado, los resultados orgánicos resultan del rastreo y la indexación del contenido de Internet a través de un algoritmo basado en criterios de relevancia para la consulta del usuario.

Con este trasfondo, la Comisión concluyó que desde 2008 Google habría explotado de manera abusiva la posición de dominio de la que disfrutaría en relación con los servicios de búsqueda horizontal,

dispensando un tratamiento privilegiado a sus propios servicios verticales de comparación de precios (*Google Shopping*), mediante la modificación del funcionamiento normal de sus algoritmos de búsqueda, en los trece Estados miembros del Espacio Económico Europeo (el «EEE») en los que *Google Search* está presente.

En concreto, Google habría garantizado de manera sistemática el emplazamiento más visible en las páginas de resultados orgánicos de sus propios servicios de comparación de precios con independencia de la relevancia que revistieran para las consultas de búsqueda de los usuarios. En cambio, los resultados de los servicios de comparación de precios rivales de Google habrían quedado sujetos al funcionamiento normal de los algoritmos, incluido un sistema de penalizaciones que habría relegado sistemáticamente el posicionamiento de los enlaces a estos servicios en las páginas de resultados de la búsqueda horizontal.

Sobre la base de esta teoría del daño y tras haber rechazado hasta tres ofertas de compromisos en las que Google proponía cambios en el diseño de su motor de búsqueda general para solucionar las

objeciones señaladas, la Comisión impuso a esta empresa una multa récord de 2.424.495.000 euros, calculada sobre la base de los ingresos derivados de los servicios de comparación de precios de Google Shopping en los trece Estados miembros del EEE afectados. Además, la decisión impone a Google la controvertida obligación de garantizar la igualdad de tratamiento de los servicios propios y rivales de búsqueda especializada en los resultados de búsqueda general de Google Search. Google ha reaccionado proponiendo el 28 de agosto un paquete de remedios cuyos detalles aún no son públicos e interponiendo recurso el 11 de septiembre ante el Tribunal General contra la decisión de la Comisión.

MERCADOS DE REFERENCIA Y PODER DE MERCADO

La decisión de la Comisión, de 27 de junio de 2017, en el asunto AT.39.740 *Google Search (Shopping)* —la «Decisión»— representa, ante todo, un hito en la tendencia a interesarse por la diseminación de los modelos de negocio basados en plataformas multilaterales que a lo largo de las dos primeras décadas del milenio han mostrado las autoridades de defensa de la competencia. Por lo tanto, de manera preliminar, conviene presentar el motor de búsqueda de Google como un esquema multilateral a través del cual interactúan varios grupos de usuarios con demanda diferente, pero interrelacionada debido a las externalidades positivas generadas por, al menos, uno de aquellos grupos. Estas externalidades positivas se manifiestan en la forma de efectos indirectos de red, puesto que el valor obtenido por un grupo de usuarios se incrementa conforme aumenta el número de usuarios de otro grupo.

En este contexto, la capacidad de la plataforma de crear valor para alguno de los grupos de usuarios mediante la internalización de las externalidades positivas producidas por otro grupo —es decir, de actuar como catalizador de la interacción entre los usuarios situados en sus diversos lados— es lo que la convierte en multilateral. La contraprestación que satisface a la plataforma el grupo de usuarios que se beneficia de los efectos indirectos de red no solo comprende la retribución del valor obtenido, sino también la financiación parcial o total de la participación del otro grupo en la plataforma y, en su caso, la compensación de las externalidades negativas sufridas por este.

Así, en el caso de los motores de búsqueda, los anunciantes no solo pagan por la mera colocación

del anuncio, sino también por la atención de los internautas (y, en cierta medida, por la información acerca de sus preferencias). A medida que el número de internautas se incrementa, aumenta el interés de los anunciantes dispuestos a pujar por asociar resultados patrocinados a determinadas palabras claves incluidas en las consultas de búsqueda. A su vez, los internautas obtienen, además de un servicio gratuito, resultados más relevantes en sus búsquedas y nuevas funcionalidades, gracias a la mejor información de que dispone la plataforma y a la reinversión de los mayores ingresos que esta percibe de los anunciantes.

Los editores de páginas webs constituyen un tercer grupo de usuarios que opera en el lado de la indexación y el despliegue de contenido orgánico, cuya participación en el esquema multilateral está igualmente subvencionada por los anunciantes. La razón es que la indexación de contenido más relevante atrae a un mayor número de internautas al lado de la búsqueda horizontal y ello redundará en la generación de mayor valor en el lado de la publicidad basada en la búsqueda.

En definitiva, las plataformas multilaterales como Google Search minimizan los costes de transacción para los diversos grupos de usuarios que interactúan a través de ellas aplicando una estructura de precios que tiene en cuenta, simultáneamente, los costes y los beneficios de todos los grupos de usuarios participantes en el esquema. Ello no significa que deba necesariamente definirse un único mercado comprensivo del conjunto del esquema, como demuestra la tendencia de las autoridades de competencia europeas a delimitar diferentes mercados de referencia en cada uno de los lados de la plataforma con demanda diversa (*vid.*, por ejemplo, la decisión de la Comisión, de 19 de diciembre de 2007, en los asuntos AT.34.579 *MasterCard*, AT.36.518 *EuroCommerce* y AT.38.580 *Commercial Cards*, validada por las sentencias del Tribunal General, de 24 de mayo de 2012, en el asunto T-111/08 *MasterCard contra Comisión* y del Tribunal de Justicia, de 11 de septiembre de 2014, en el asunto C-382/12 P *MasterCard contra Comisión*). No obstante, el ulterior análisis tanto del poder de mercado como de la legalidad de la conducta debería valorar la racionalidad económica de las decisiones de la plataforma a la luz de su función de catalizador de las interacciones entre los distintos lados.

En cualquier caso, el núcleo de la teoría económica de las plataformas multilaterales, llamado a presidir el análisis de competencia en los mercados en los

que opera este tipo de esquemas, es la noción de efectos indirectos de red. Hasta el momento, las autoridades europeas se han mostrado propensas a interpretar los efectos indirectos de red como generadores de barreras a la entrada y a la expansión (debido a las economías de escala derivadas de la necesidad de alcanzar una masa crítica de usuarios en un lado de la plataforma para obtener una rentabilidad suficiente en el otro) y favorecedores del subsiguiente efecto de captura de los consumidores (vid., por todas, la sentencia del entonces Tribunal de Primera Instancia, de 17 de septiembre de 2007, en el asunto T-201/04 *Microsoft contra Comisión* —«Microsoft»—, párrafos 1061 y 1062, o la comunicación de la Comisión de 24 de febrero de 2009 relativa a las 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 —«Orientaciones de la Comisión»—, párrafos 17 a 20).

Sin embargo, las características propias del ecosistema digital cuestionan la concepción tradicional de los efectos indirectos de red propia del mundo analógico. Entre tales elementos destaca la volatilidad de las posiciones de mercado en entornos caracterizados por la rápida difusión tecnológica, de la que ya se han hecho eco en el ámbito del control de concentraciones tanto el Tribunal General (vid. la sentencia del Tribunal General, de 11 de diciembre de 2013, en el asunto T-79/12 *Cisco Systems y Messagenet contra Comisión*) como la Comisión Europea (vid. la decisión de la Comisión, de 3 de octubre de 2014, en el asunto M.7217 *Facebook/WhatsApp*). Este planteamiento se basa en la teoría clásica de los mercados contestables, conforme a la cual, en mercados altamente concentrados (como es necesariamente el caso de aquellos caracterizados por la presencia de efectos indirectos de red) en los que la salida y la entrada se producen a un coste muy reducido, el poder de mercado de los operadores se ve constreñido hasta tal punto que el efecto sobre el bienestar es similar al que se produciría en un escenario de competencia perfecta.

Otro factor compensatorio del poder de mercado en entornos caracterizados por el rápido desarrollo tecnológico es el elevado potencial de diferenciación a través de nuevas funcionalidades valoradas por los usuarios (obsérvese, por ejemplo, cómo Instagram está desplazando rápidamente a la red social insignia de Facebook al ofrecer la inmediatez que los usuarios demandan). En este sentido, los efectos indirectos de red actuarían como catalizado-

res de la expansión de nuevos entrantes, máxime si se considera que el amplio margen de diferenciación propio de la economía digital fomenta la pluralidad de plataformas proveedoras de servicios similares (i.e., el fenómeno denominado «multihome»).

No obstante, la Decisión es un ejemplo de la reticencia de la Comisión a acoger en sede de abuso el paradigma de competencia dinámica en mercados digitales, alumbrado en el ámbito del control de concentraciones. En efecto, la naturaleza multilateral del motor de búsqueda de Google no parece desempeñar un papel relevante en la Decisión ni en lo que respecta a la definición del mercado de referencia (limitado al lado de la plataforma correspondiente a la «búsqueda general en Internet») ni en fase de evaluación del poder de mercado. De este modo, se soslaya la presión competitiva que ejercen sobre la publicidad basada en la búsqueda a través de Google Search (*search advertising*) otros portales webs, incluida la publicidad no basada en la búsqueda (*non-search advertising*) a través, por ejemplo, de redes sociales como Facebook o plataformas transaccionales como Amazon.

Tampoco parece recibir atención el tercer lado del motor de búsqueda, en el que Google presta un servicio de indexación de contenido a los editores de páginas web, a pesar de que este servicio es la fuente de los resultados orgánicos que constituyen el núcleo de la investigación y, por lo tanto, el engarce entre el motor de búsqueda general (mercado supuestamente dominado) y los servicios de comparación de precios (mercado adyacente en el que se produciría el abuso). Dependiendo de la delimitación de un hipotético tercer mercado de indexación de contenido orgánico, en el que los servicios de búsqueda especializada rivales de Google actuarían como sus clientes, estos últimos podrían contar con foros alternativos a través de los que dar acceso a su contenido (por ejemplo, otros buscadores horizontales o verticales, redes sociales o aplicaciones móviles) y se vería cuestionada la aptitud de su supuesta discriminación en las páginas de resultados de Google Search para producir un efecto de exclusión en el mercado relacionado de los buscadores especializados.

Por otro lado, el razonamiento que funda la posición de dominio de Google en las elevadas cuotas (en algunos casos superiores al 90 %), mantenidas de manera invariable desde 2008 en todos los mercados nacionales de búsqueda general del EEE, tampoco reconcilia el supuesto poder de mercado

de Google con la ausencia de costes de cambio para los consumidores (*i.e.*, el fenómeno ilustrado por la ya célebre frase «la competencia está a un clic de distancia»).

En un escenario de cambio sin costes, la fidelidad de los internautas hacia Google Search solo encontraría explicación, o bien en la inercia de los usuarios, o bien en la ausencia de un motor de búsqueda con un desempeño comparable al de Google. Si se parte de la primera hipótesis, resulta discutible que el comportamiento irracional de los consumidores, aunque ya ha sido tenido en cuenta en el pasado como uno de los múltiples indicios de la posición de dominio y su ulterior explotación abusiva (*vid.* la sentencia *Microsoft*, párrafo 1052), pueda constituir el pilar fundamental sobre el que sustentar la teoría económica de la dominancia de Google, especialmente si se consideran las características propias del ecosistema digital descritas *supra*. Asumiendo en cambio la conducta racional de los consumidores, la permanencia temporal de la posición de Google sería precisamente un argumento a favor de que compite sobre la base de los méritos, ya que la degradación de la relevancia de los resultados orgánicos con el objeto de favorecer sus propios servicios de búsqueda vertical habría provocado una pérdida de usuarios racionales.

Para eludir las limitaciones expuestas, la Comisión funda la estabilidad de la posición cuasi monopolística de Google durante los últimos nueve años en la tradicional concepción monolítica de los efectos de red como barreras a la entrada. De este modo, no encuentra encaje en la Decisión el paradigma de la contestabilidad de las cuotas de mercado en la economía digital, conforme al cual los efectos de red, lejos de apuntar a la existencia de barreras inexpugnables a la entrada, habrían contribuido al desplazamiento de Google Search por parte de los motores de búsqueda horizontal rivales si estos hubiesen desarrollado un algoritmo superior o si aquel hubiese modificado el suyo para ofrecer resultados orgánicos menos relevantes.

Por lo demás, la Comisión insiste en el hecho de que las plataformas transaccionales (*i.e.*, aquellas que, como Amazon Marketplace o eBay, además de incluir una función de comparación de precios permiten completar la compra *in situ*) no compiten en el mismo mercado que los servicios de comparación de precios. A esto añade que la conducta de Google habría sido igualmente apta para distorsionar la competencia en un hipotético mercado más amplio en el que las plataformas transaccionales

compitieran con los comparadores de precios, ya que estos últimos serían sus «competidores más próximos» en dicho mercado. El énfasis en este punto aparentemente menor parece tratar de exorcizar el fantasma del umbral de apreciabilidad del efecto anticompetitivo en mercados adyacentes. Si fuera así, la Comisión estaría avivando un debate no tan zanjado como pareciera.

A este respecto, el Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra y Gales ha interpretado recientemente (*vid.* la sentencia, de 12 de febrero de 2016, en el asunto *Streetmap.eu Limited contra Google Inc.*, párrafos 95 a 98) que la referencia del Tribunal de Justicia a la ausencia de umbral *de minimis* en materia de abuso de posición dominante (*vid.* la sentencia, de 6 de octubre de 2015, en el asunto *C-23/14 Post Danmark contra Konkurrencerådet —«Post Danmark II»—*, párrafos 72 y 73) no es extensiva a aquellos casos en los que el efecto anticompetitivo se produce en un mercado adyacente no dominado (por ejemplo, los servicios especializados de comparación de precios). La razón es que, al basarse el planteamiento del Tribunal de Justicia en «*que la estructura de la competencia del mercado ya está debilitada por la presencia de la empresa dominante*», solo cuando se produjera en el mismo mercado en el que se disfruta de la dominancia cualquier abuso tendría un impacto apreciable.

TEORÍA DEL DAÑO Y ABUSO

El nudo gordiano del autofavorecimiento

Incluso asumiendo la dominancia de Google en los mercados de «búsqueda general en Internet», no es pacífica la base jurídica a la que la Comisión podría acudir para prohibir a aquella empresa prevalerse de su posición dominante con el fin de potenciar su negocio en el mercado adyacente de los servicios de búsqueda especializados. Parecería que la formulación de un deber a cargo de la empresa dominante de no discriminar a sus rivales en un mercado relacionado (el fenómeno conocido como «autofavorecimiento» o «*self-preferencing*»), depende de la medida en la que el test jurídico clásico de la negativa abusiva a contratar ampara una obligación de tratar a los competidores en los mismos términos en los que la empresa dominante trata consigo misma.

En este sentido, el carácter abusivo de la negativa injustificada a contratar con competidores presupone el control por parte de la empresa dominante de una instalación esencial imposible de replicar, pero

indispensable para competir efectivamente en determinado mercado. En consecuencia, si los competidores no obtienen acceso a la instalación esencial es probable que se elimine la competencia efectiva en aquel mercado.

Sobre esta base, la primera cuestión que se plantea es si el acceso a la instalación esencial debe garantizarse en los mismos términos en los que la empresa dominante la utiliza. Aunque existen opiniones en contra de esta interpretación expansiva de la doctrina de las instalaciones esenciales, parecería lógico afirmar un deber de no discriminación en el supuesto en que el acceso discriminatorio a un elemento indispensable para competir eliminara potencialmente la competencia efectiva en determinado mercado sin justificación objetiva.

Sin embargo, resulta difícil defender que el motor de búsqueda de Google pueda considerarse una instalación esencial, habida cuenta de las numerosas alternativas de que disponen los servicios verticales de búsqueda competidores para atraer tráfico, ya sea directamente, gracias a su reputación y a su promoción en otros medios (piénsese, por ejemplo, en KAYAK o trivago.es), o a través de aplicaciones móviles, motores de búsqueda horizontal rivales (por ejemplo, Bing o Yahoo!), redes sociales o contratos con desarrolladores de *software* o fabricantes de dispositivos móviles.

Ello suscita una segunda cuestión relativa a la posibilidad de reducir el estándar de la negativa abusiva a contratar por debajo del umbral de las instalaciones esenciales. A este respecto, prohibir el autofavorecimiento prescindiendo de los requisitos de indispensabilidad y de eliminación de la competencia efectiva presenta diversos obstáculos. Por una parte, entrañaría un riesgo jurídico de vulneración de la libertad de empresa protegida por el artículo 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) si se privara al operador dominante de los beneficios de una estrategia multiproducto y, en última instancia, de su derecho a competir vigorosamente sobre la base de los méritos. Por otra parte, implicaría un riesgo económico de reducción de los incentivos para innovar, mejorar la calidad de los servicios y, en definitiva, competir activamente. Precisamente, la función de los requisitos de indispensabilidad y eliminación de la competencia efectiva es elevar el umbral de intervención administrativa para evitar tales riesgos, limitando la injerencia de las autoridades de competencia a aquellos casos en los que la entidad del daño a la competencia (y la consiguiente pérdida

de bienestar) que provocaría no compartir cierta ventaja competitiva justifique privar de ella a la empresa dominante.

Sin perjuicio de lo anterior, podría defenderse la prohibición del autofavorecimiento por debajo del umbral de las instalaciones esenciales alejando la base jurídica de la órbita del artículo 102.b del TFUE (que prohíbe limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores y cuya lógica subyace a la negativa abusiva a contratar) hacia la norma antidiscriminación contenida en el artículo 102.c del TFUE (que proscribe la aplicación a terceros contratantes de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que ocasionen a estos una desventaja competitiva).

Es cierto que la *ratio legis* del artículo 102.c del TFUE es impedir el perjuicio de segunda línea (*i.e.*, la discriminación por la empresa dominante de determinados clientes en favor de otros, que se verían, por lo tanto, en una situación ilegítima de ventaja competitiva). No obstante, ya ha sido aplicado en circunstancias específicas para sancionar el perjuicio de primera línea (*i.e.*, la discriminación de competidores que provoca un efecto de exclusión de los mismos) causado por la concesión de descuentos discriminatorios a clientes de competidores o a clientes que no competían con la empresa dominante en un mercado adyacente (*vid.* las sentencias del Tribunal de Justicia, de 16 de marzo de 2000, en los asuntos acumulados C-395/96 P y 396/96 P *Compagnie Maritime Belge y otros contra Comisión* y del entonces Tribunal de Primera Instancia, de 7 de octubre de 1999, en el asunto T-228/97 *Irish Sugar contra Comisión*). También en los asuntos de compresión de márgenes, en los que la empresa dominante favorece sus propios servicios en el mercado aguas abajo utilizando los precios mayoristas y minoristas para privar de margen a sus competidores en este mercado, se reduce el umbral del abuso por debajo del requisito de la indispensabilidad (*vid.*, por todas, la sentencia del Tribunal de Justicia, de 17 de febrero de 2011, en el asunto C-52/09 *Konkurrensverket contra TeliaSonera*).

Los asuntos mencionados en el párrafo anterior tienen en común que la reducción del estándar del abuso a la constatación de un efecto de exclusión se justifica por la controvertida noción de «superdominancia» de las empresas con posiciones cercanas al monopolio. Este artificio (que, al igual que la doctrina de las instalaciones esenciales, desafía la naturaleza binaria de la posición de dominio)

daría lugar, bajo el paradigma de la competencia dinámica y los mercados contestables en entornos digitales, al concepto de «guardián de la puerta» o «gatekeeper» —i.e., la empresa dominante que no controla una instalación esencial, pero cuya posición estratégica respecto de la entrada a un mercado adyacente al dominando le impondría una especial responsabilidad reforzada de no prevalerse de su situación para distorsionar la competencia en dicho mercado—. Si se adoptase un razonamiento de este tipo, estaría vetado a Google apalancarse en su posición cuasi monopolística en la búsqueda horizontal para extender su dominancia a los servicios relacionados de comparación de precios.

La solución alejandrina de la Comisión

Para sortear las dificultades que plantea defender el carácter abusivo del autofavorecimiento por debajo del umbral de la teoría de las instalaciones esenciales, la Decisión se centra en demostrar el efecto de cierre anticompetitivo del mercado de la comparación de precios que la conducta de Google habría generado, en los planos tanto potencial (sobre la base del análisis real del comportamiento de los consumidores, así como de encuestas y estudios de seguimiento de ojos, conforme a los cuales los usuarios accederían a los diez primeros resultados en un 95 % de las ocasiones) como real (considerándose acreditado un incremento del tráfico a favor del comparador de precios de Google de 45 veces en Reino Unido, 35 veces en Alemania, 29 veces en los Países Bajos, 17 veces en España y 14 veces en Italia).

De este modo, la Comisión opta por apartarse de los requisitos de indispensabilidad y eliminación de la competencia efectiva y acogerse a una lógica de cierre anticompetitivo del mercado por debajo del umbral de la negativa a contratar no exenta de obstáculos teóricos y prácticos.

En primer lugar, al equiparar la supuesta ventaja competitiva que el motor de búsqueda general de Google proporcionaría a sus servicios especializados de comparación de precios a una exclusión anticompetitiva de sus competidores en la prestación de estos servicios —sin necesidad de demostrar que dicha ventaja es indispensable para que estos últimos puedan competir efectivamente y que, en caso de no compartirse con ellos, es probable que se eliminase la competencia efectiva en la comparación de precios—, podría argumentarse que la Comisión está en realidad imponiendo a

Google el deber positivo de ayudar a sus rivales a competir. De hecho, la Decisión lleva la equiparación entre autofavorecimiento y efecto anticompetitivo de exclusión hasta el extremo de postular de manera expresa un insólito principio de igualdad de tratamiento.

Podría plantearse que una reducción tal del estándar de abuso que convirtiese cualquier potencial exclusión de competidores por una empresa dominante en *prima facie* ilegal desafiaría la concepción de las normas de defensa de la competencia como salvaguarda del proceso competitivo y no de los competidores. En última instancia, si se protegiera a los rivales frente a cualquier desventaja competitiva en la que se pudieran ver respecto de la empresa dominante, podría obstaculizarse el propio proceso competitivo al negarse a esta última la facultad de explotar sus ventajas competitivas, es decir, de competir sobre la base de sus propios méritos con el fin último de desplazar, o incluso excluir, a sus competidores.

En segundo lugar, podría defenderse que, aunque se prescindiera de los requisitos de indispensabilidad y eliminación de la competencia efectiva, sigue siendo necesario probar un perjuicio real o probable a la competencia que incluye, además del daño directo a los competidores, una reducción del bienestar de los consumidores a largo plazo, por ejemplo, en la forma de una menor innovación o variedad en el mercado (*vid.*, entre otras, la sentencia del Tribunal de Justicia, de 27 de marzo de 2012, en el asunto C-209/10 *Post Danmark contra Konkurrencerådet* —«*Post Danmark I*»—, párrafo 44, y las Orientaciones de la Comisión, párrafo 19). Sin embargo, la constatación del llamado sesgo de búsqueda (*search bias*) —i.e., el diseño de los algoritmos de búsqueda de manera que produzcan resultados discriminatorios— es un análisis inherentemente subjetivo y complejo, ya que los algoritmos se encuentran en continua adaptación a las consultas de los usuarios y existe un elevado riesgo de confusión entre relegación natural de enlaces rivales menos relevantes y tratamiento discriminatorio.

Así, en opinión de la Comisión Federal de Comercio estadounidense, que el 3 de enero de 2013 decidió archivar su investigación sobre Google Search paralela a la de la Comisión (e igualmente minuciosa a juzgar por los nueve millones de folios analizados), el principal objetivo de los cambios introducidos en el algoritmo de Google no era otro que el de responder de manera más eficiente a las

consultas de los usuarios, proporcionándoles la información relevante directamente en la página de resultados generales. Las pruebas analizadas evidenciaron que, si bien dichos cambios tuvieron como resultado efectivamente la relegación de determinados servicios de comparación de precios competidores en las páginas de resultados orgánicos de búsqueda general, también redundaron en un incremento global de la calidad de estos resultados y, consiguientemente, del bienestar neto de los usuarios.

El planteamiento de la Comisión Federal de Comercio, además, es una muestra de la necesidad de reavivar el debate sobre el trasplante de la justificación de eficiencias que existe en materia de prácticas colusorias al ámbito del abuso de posición de dominio (*vid.* la sentencia *Post Danmark I*, párrafo 41), al menos en entornos digitales, en los que las empresas con grandes cuotas de mercado juegan un papel necesario para el bienestar consistente en la internalización de externalidades. Baste señalar a este respecto que el hecho de ofrecer a los usuarios el producto que buscaban directamente en la página de resultados generales, en lugar de redirigirlos a los servicios de búsqueda especializados de terceros, podría justificar la conducta de Google (en caso de que fuese abusiva) si se cumpliesen unos requisitos equivalentes a los establecidos para prácticas colusorias en el artículo 101.3 del TFUE.

La Comisión trata de salvar estos obstáculos situando el foco del análisis en el ingente volumen de elementos probatorios recabados, que incluyen documentos contemporáneos de Google y otros operadores, 5,2 *terabytes* de información real de alrededor de 1.700 millones de consultas de búsqueda de usuarios, encuestas y modelos experimentales, datos financieros y de tráfico sobre la importancia de la visibilidad de los resultados en las páginas de búsqueda general de Google y una extensa investigación de mercado dirigida a varios cientos de clientes y competidores. Ello permite a la Comisión considerar acreditados, por una parte, el potencial de la conducta atribuida a Google para modificar los patrones de tráfico de las páginas de comparación de precios de competidores y, por otra parte, la efectiva pérdida de tráfico de dichas páginas y la coetánea ganancia de cuota de mercado por parte de Google Shopping, sin que resulte clara la correlación entre ambos fenómenos.

Tampoco parece quedar suficientemente explicada la relación de causalidad entre el presunto efecto anticompetitivo y la supuesta posición de dominio

de Google en el mercado de la búsqueda horizontal. La acreditación de este nexo causal no solo se enfrenta a la constatación necesariamente subjetiva del sesgo de búsqueda y a la naturaleza compleja y evolutiva de los algoritmos, sino también a la infinidad de factores que pueden determinar el aumento del tráfico de Google Shopping y la pérdida de tráfico de los servicios de comparación de precios rivales, con independencia de la eventual dominancia de Google en la búsqueda horizontal.

Finalmente, prescindir del test jurídico de la negativa a contratar para constatar la existencia de un abuso de exclusión en un asunto limítrofe como el de Google podría plantear problemas a la luz del principio de seguridad jurídica, vinculado por el Tribunal de Justicia a la capacidad de la empresa dominante para evaluar la legalidad de sus propios comportamientos con cierto grado de certeza (*vid.* la sentencia, de 14 de octubre de 2010, en el asunto C-280/08 P *Deutsche Telekom contra Comisión*, párrafo 202).

Es cierto que este principio no impide a las autoridades de defensa de la competencia adaptar el marco analítico de la explotación abusiva de una posición de dominio, dentro de los amplios términos en los que está redactado el artículo 102 del TFUE, a nuevas conductas ni declarar la existencia de un abuso no subsumible en ninguna de las categorías definidas en los precedentes. Sin embargo, sí podría defenderse que las obliga a proceder de manera coherente con los requisitos establecidos por la jurisprudencia para los distintos tipos de abuso constatados en el pasado y, en particular, a evitar un reducción de estándar que haga imprevisible el carácter abusivo de dichas conductas.

A este respecto, podría incluso plantearse si la imposición de una multa sin precedente en relación con una conducta que no ha sido sancionada en el pasado, cuya base jurídica y anclaje en la jurisprudencia anterior distan de ser claros y pacíficos, sería contraria a los artículos 49.1 de la CDFUE y 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que proscriben la sanción de acciones u omisiones no tipificadas en el momento de su comisión.

Una decisión de compromisos parecería una solución más apropiada para este tipo de conducta. No obstante, las propuestas de Google, orientadas a distinguir los enlaces a los resultados de sus servicios especializados de los resultados orgánicos y a desplegar a su lado enlaces a los servicios de búsqueda verticales de tres rivales, fueron consideradas insuficientes por la Comisión en el marco de la lar-

ga negociación de compromisos llevada a cabo entre abril de 2013 y febrero de 2014.

CONCLUSIÓN

En entornos caracterizados por la rápida difusión tecnológica y el elevado potencial de diferenciación, el carácter polifacético de fenómenos como los efectos de red (que pueden actuar como barreras a la entrada o como catalizadores de la expansión), los reducidos costes de cambio y la disponibilidad de plataformas alternativas (que redundan en la dificultad de captura de clientes) hacen de la competencia un proceso dinámico en el que las posiciones de mercado tienden a ser expugnables y deben defenderse mediante la innovación y la calidad (*i.e.*, compitiendo sobre la base de los méritos).

No obstante, la Comisión se ha mostrado reticente en la Decisión a trasladar estos planteamientos, que ya se abren camino en el ámbito del control de concentraciones, al terreno del abuso de posición de dominio. En efecto, al fundar la supuesta posición de dominio de Google en la estabilidad de sus elevadas cuotas en el mercado de la búsqueda horizontal, la Comisión parece obviar, a la hora tanto de definir el mercado como de constatar la dominancia, la presiones competitivas procedentes de los demás lados de la plataforma multilateral que es Google Search y la función de catalizadores de la entrada y la expansión que desempeñan los efectos de red en la economía digital.

Por otro lado, el razonamiento de la Comisión encuentra dificultades desde el punto de vista del marco jurídico actual de la prohibición de abuso de dominancia, por cuanto parece acercar conceptualmente el favorecimiento por parte de Google de sus propios servicios en el mercado adyacente de la comparación de precios a un cierre anticompetitivo de este último. Ello implicaría prescindir de los requisitos de indispensabilidad del motor de búsqueda para competir en los servicios de comparación de precios y de eliminación potencial de la competencia efectiva en estos servicios como consecuencia de la discriminación, reduciéndose el estándar de abuso al efecto de exclusión. La consecuencia es la formulación de un principio de igualdad de tratamiento que obligaría a Google a compartir su ventaja competitiva con sus rivales sin que lo justifique el control de una instalación esencial, con el consiguiente riesgo de interferencia en la facultad de la empresa dominante para competir sobre la base de los méritos.

En todo caso, aunque el obstáculo representado por la reducción de estándar podría salvarse apelando a la superdominancia de Google o acuñando un concepto más compatible con la lógica de los mercados digitales como es la noción de «*gatekeeper*», el rechazo de una solución de compromisos y la imposición de una sanción de importe récord sobre la base de una teoría del daño novedosa y controvertida plantea dudas a la luz del principio de seguridad jurídica.

PABLO SOLANO DÍAZ*

* Abogado del Grupo de Coordinación de Derecho de la Competencia y Derecho Europeo de Uría Menéndez (Madrid).