

GIGANTISMO EMPRESARIAL EN LOS MERCADOS DIGITALES. ¿UNA VUELTA A LOS ORÍGENES Y... NUEVOS DESAFÍOS?¹

BUSINESS GIGANTISM IN DIGITAL MARKETS. A RETURN TO THE ORIGINS AND NEW CHALLENGES?

Carmen HERRERO SUÁREZ
Universidad de Valladolid

Resumen: En las economías occidentales se ha venido observando en las últimas décadas un paulatino incremento del grado de concentración de los mercados unido al surgimiento y consolidación de empresas con significativas posiciones de poder económico. Esta situación es especialmente evidente en los mercados digitales. La aparición y consolidación de las grandes plataformas tecnológicas ha reavivado una discusión largo tiempo adormecida sobre los valores que a las normas de defensa de la libre competencia compete promover y tutelar, volviendo a traer el derecho antitrust a la arena política y, en el caso estadounidense, a sus propios orígenes.

Palabras clave: plataformas tecnológicas, guardianes de las puertas, poder de mercado, Big data.

Abstract: In western economies, a gradual increase in the degree of market concentration has been observed in recent decades, together with the emergence and consolidation of companies with significant positions of economic power. This situation is especially evident in digital markets. The emergence and consolidation of large technological platforms has rekindled a long dormant discussion about the values that the antitrust law is responsible for promoting and protecting, bringing antitrust law back to the political arena and, in the case of the United States, to its own origins.

Keywords: technological platforms, gate keepers, market power, Big data.

Sumario: 1. Panorámica: ¿la vuelta del Bigness is Badness en EE.UU.? 2. La lucha contra la concentración de poder como objetivo del Derecho de la competencia estadounidense. 3. La concentración en los mercados digitales y el incremento de poder de las plataformas tecnológicas. 4. El camino que se abre... ¿una vuelta a los criterios estructurales? ¿una regulación ex ante de conductas?

¹ El presente trabajo constituye, con pequeñas modificaciones, la transcripción de la ponencia “Evolución en el tratamiento de los problemas antitrust en los mercados digitales”, impartida con ocasión del Congreso: *Retos jurídicos en los mercados digitales*, organizado por la UPV y la UVa, y celebrado los días 4 y 5 de marzo de 2021, en el Instituto de Estudios Europeos, Valladolid. Su realización se ha llevado a cabo en el marco del Proyecto de Investigación: “El impacto de la economía digital en el Derecho de la Competencia y la Distribución: del Big Data al Blockchain”, (RTI2018-094201-B-C22), del Ministerio de Ciencia, Innovación e Universidades.

1. Panorámica: ¿la vuelta del “Bigness is Badness” en EE.UU?

En las economías occidentales se ha venido observando en las últimas décadas un paulatino incremento del grado de concentración de los mercados unido al surgimiento y consolidación de empresas con significativas posiciones de poder económico. Esta tendencia y la preocupación que ha desatado es especialmente aguda en EE.UU, donde si hasta hace relativamente poco tiempo, eran escasas las voces que alertaban sobre la disminución sustancial y generalizada de la competencia en los mercados americanos, desde hace cinco o seis años, políticos, economistas y medios de comunicación manifiestan una creciente inquietud por el deterioro del proceso competitivo². El desasosiego provocado por la disminución del número de competidores y la aparición de colosos o superempresas no se limita a los riesgos que ello puede suponer desde la perspectiva de la competencia sino que se vincula, además, a la obtención de superbeneicios y al incremento creciente de las desigualdades económicas y sociales. Si bien son numerosos los sectores o industrias afectados (mercados financieros, aerolíneas, telecomunicaciones, etc.) una de las más visibles manifestaciones de esta tendencia a la concentración se encuentra, sin duda, en los mercados digitales³.

La revolución tecnológica digital de las últimas décadas ha, indudablemente, convulsionado la actividad económica, modelando y redirigiendo la forma de hacer negocios de las empresas. Algunas manifestaciones de esta nueva economía digital son el crecimiento exponencial de la contratación electrónica de productos y servicios; la aparición de las denominadas plataformas de economía colaborativa; la oferta de nuevos servicios empresariales, como buscadores de Internet o comparadores de precios; el surgimiento de redes sociales de muy distinta naturaleza que exploran las nuevas posibilidades relacionales o el, más reciente, Internet de las cosas o *Internet of Things*, actividades todas ellas que comparten una característica fundamental: su capacidad para generar o producir información (datos) que puede ser utilizada para obtener un beneficio comercial.

En este sentido, en los mercados hemos venido asistiendo en los últimos años a la aparición de un número de empresas con importantes volúmenes de producción basadas en modelos de negocios que implican, precisamente, la recolección y uso comercial de datos, bien explotándolos directamente o bien cediéndolos a terceros. Se trata de las plataformas tecnológicas que facilitan transacciones o interacciones económicas entre diversas partes o usuarios finales, contando algunas de ellas con una cuota muy alta de usuarios en el sector de servicios en el que operan. Así, por ejemplo, pese a las diferencias entre los productos o servicios ofertados,

² Vid. J. Baker: *The Antitrust Paradigm. Restoring a Competitive Economy*, Harvard University Press, Cambridge, 2019, pp. 11y ss.; T.WU: *The Curse of Bigness. Antitrust in the New Gilded Age*, Columbia Global Reports, Nueva York, 2018, pp. 15 y ss.

³ First/Fox: “Big Tech and Antitrust- Calling Big Tech to account under U.S. Law”, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3672750, recalcan cómo en 2006, las cinco empresas estadounidenses de mayor tamaño eran: Microsoft, Exxon Mobil, General Electric, Citigroup y Bank of America, mientras que en 2017, las cuatro últimas fueron reemplazadas en sus posiciones por Google, Facebook, Amazon y Apple.

fundamentalmente cuatro compañías estadounidenses, a día de hoy, dominan los mercados digitales. Se trata de las cuatro grandes corporaciones o plataformas tecnológicas, conocidas con el acrónimo GAFA⁴. Google controla la búsqueda *online*, con una competencia residual por parte de Microsoft a través de Bing; las redes sociales están dominadas por Facebook o servicios que le pertenecen (Instagram y Whatsapp), con algo de competencia por parte de Twitter o Snapchat y el mercado de los ingresos publicitarios digitales por Google y Facebook. El mercado de descargas de aplicaciones para dispositivos móviles es un duopolio repartido entre Apple y Google. Finalmente, Amazon domina el comercio electrónico a través de mercados digitales, con algo de competencia residual por parte de Ebay o Aliexpress.

La formación, pero sobre todo, la perdurabilidad en el mercado de estos gigantes o colosos tecnológicos está empezando a desatar un movimiento social y político (de todo signo) de alerta, y a despertar el recelo de las autoridades de competencia, hasta hace muy poco, bastante indiferentes al respecto. Algunas manifestaciones de esta preocupación son la elaboración de una serie de documentos por parte de distintas administraciones en los que se analizan los problemas de Derecho de la competencia en los mercados digitales⁵, la proyección de legislación en la materia en la que se ensayan nuevas formas de control de la conducta de los grandes operadores tecnológicos y, fundamentalmente, la apertura de procedimientos sancionadores contra empresas de referencia en el sector.

Así, en el marco de la UE, se aprobaron en diciembre de 2020 dos propuestas de Reglamento del Parlamento y del Consejo. La primera en relación a un mercado único de servicios digitales, la conocida como *Ley de Servicios Digitales (Digital Services Act)* y la segunda, sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital, se trata de la *Ley de Mercados Digitales (Digital Markets Act)* que establece un marco regulatorio de conductas permitidas y prohibidas para las plataformas digitales que puedan ser consideradas “guardianas de acceso” a los mercados⁶.

En paralelo a esta discusión normativa, las políticas empresariales de las grandes plataformas digitales están siendo objeto de escrutinio por parte de la Comisión Europea así como de las autoridades de competencia de los Estados miembros en aplicación de las “normas clásicas de competencia”. En este sentido, en el marco europeo se han abierto investigaciones a Facebook tanto en relación a

⁴ En ocasiones, el acrónimo se extiende, incluyendo también a empresas como Microsoft (GAFAM) o Netflix (FAANG).

⁵ Vid. Bundeskartellamt/Autorité de la Concurrence: *Competition Law and Data*, 2016; Autoritat Catalana de la Competència: *La economía de los datos. Retos para la competencia*, 2016; OCDE: *Big Data: Bringing competition policy to the digital era*, 2016; Agencia Europea de Protección de Datos: *Privacy and competitiveness in the age of big data. The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*, 2014; Comisión Europea: *Competition Policy for the Digital Era*, 2019; Competition&Markets Authority: *Online Platforms and Digital Advertising*, 2020.

⁶ Alemania también ha modificado recientemente sus normas de defensa de la competencia (GWB *Digitalisation Act*) para atender a los problemas de competencia en los mercados digitales, instaurando un procedimiento en dos fases que permite el control y sanción de determinadas prácticas si son llevadas a cabo por empresas “de suma importancia para el desarrollo de la competencia en los mercados”. Procedimiento que ya ha sido objeto de aplicación a Facebook, Amazon y, muy recientemente, a Google.



nuevas conductas como a operaciones enjuiciadas favorablemente y que ahora despiertan nuevos recelos, como la concentración entre Facebook y la plataforma WhatsApp. En 2017, la Comisión multó con 100 millones de euros a Facebook⁷, por haber proporcionado información engañosa sobre su pretendida política de privacidad durante la investigación realizada en el marco de la concentración con WhatsApp en 2014⁸. También en 2016, el *Bundeskartellamt* incoó un procedimiento contra Facebook por posible abuso de su posición de dominio en el mercado de las redes sociales.

Google, por su parte ha sido sancionado en tres ocasiones por la Comisión, acusado de haber abusado de su posición dominante en el mercado de los navegadores por favorecer sus propios servicios de comparadores de precios (*Google Shopping*)⁹; por la preinstalación de aplicaciones de Google en dispositivos con sistema operativo Android (*Google Android*)¹⁰ y por haber abusado de su posición en el mercado de la publicidad online, mediante la imposición de restricciones a las páginas web de terceros que se anuncian en su portal (*Google AdSense*)¹¹. Amazon y Apple tampoco han conseguido escapar de la inquisición del ejecutivo comunitario que ha enviado a la primera un pliego de cargos por posibles prácticas abusivas consistentes en la utilización de información sensible de vendedores independientes para competir contra ellos y ha anunciado ya una investigación por el uso de la *buy-box* y del programa Amazon Prime¹². Por su parte, Apple, denunciada por Spotify y Epic Games, ha sido acusada de abuso de posición dominante por las condiciones que exige a terceros desarrolladores que distribuyen aplicaciones en la App Store¹³.

En EE.UU., tras más de un año de intensa investigación sobre las condiciones de competencia en los mercados digitales, la Subcomisión Antitrust del Congreso, publicó un extenso informe, *U.S. House Report on Competition in Digital Markets*¹⁴, en el que se defiende la necesidad de vigorizar la aplicación de las normas antitrust en estos mercados, la aprobación de normativa específica y el refuerzo de los poderes de los reguladores. Muy recientemente, además, se ha adoptado una posición más activa, y existen cinco procedimientos abiertos contra dos de estas grandes empresas, protagonistas del informe, Google y Facebook.

En diciembre de 2020, la FTC y 48 Estados demandaron a Facebook por abuso de posición dominante, solicitando la desinversión o separación de Instagram y Whatsapp¹⁵.

⁷ Decisión de la Comisión de 18 de mayo de 2017, *Facebook/WhatsApp* (art.14, apartado 1, proc.) As. M.8228.

⁸ Decisión de 3 de octubre de 2014, *Facebook/Whatsapp*. As. M.7217.

⁹ Decisión de la Comisión de 27 de junio de 2017, As. 39740.

¹⁰ Decisión de la Comisión de 18 de julio de 2018, As. 40099.

¹¹ Decisión de la Comisión de 20 de marzo de 2019, As. 40411.

¹² <https://ec.europa.eu/newsroom/representations/items/655671t>

¹³ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_2061

¹⁴ https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf?utm_campaign=4493-519

¹⁵ *FTC v. Facebook Inc.*, Case No.: 1:20-cv-03590

Contra Google, hay actualmente tres investigaciones abiertas en EE.UU. El 20 de octubre de 2020, el DOJ y 11 Estados demandaron a Alphabet, matriz de Google, por monopolización de mercados bajo la sección 2 de la Sherman Act, acusándola de haber utilizado su posición de dominio en el mercado de los buscadores para expulsar a otras empresas y afianzarse como líder en búsquedas y en publicidad¹⁶. Concretamente, se considera que Google utiliza sus ingresos por publicidad en Internet para pagar a los fabricantes de dispositivos y asegurarse que su buscador se usa de forma predeterminada. A esta demanda inicial se suman dos demandas posteriores promovidas por diversos Estados, una de ellas encabezada por el Estado de Texas cuestiona el dominio de Google en el mercado de la publicidad digital¹⁷ y otra, promovida por 30 Estados, solicita que el caso se una al encabezado por el DOJ, ampliando las acusaciones de monopolización¹⁸.

En esta atmósfera de desconfianza hacia estos nuevos gigantes tecnológicos, necesariamente se plantea el papel que debe desempeñar el sector del ordenamiento jurídico que tienen encomendada la tutela del desarrollo del proceso competitivo en los mercados. De hecho, la aparición de las grandes plataformas tecnológicas o *big-tech* ha reavivado una discusión largo tiempo adormecida sobre los valores que a las normas de defensa de la libre competencia compete promover y tutelar, volviendo a traer el derecho *antitrust* a la arena política y, en el caso estadounidense, a sus propios orígenes¹⁹.

16 *U.S. and Plaintiff States v. Google LLC*. No. 1:20 -cv-03010 (DOC oct. 20 2020).

17 *State of Texas et al. v. Google LLC*. 4:20-cv-00957 (dic. 2020).

18 *State of Colorado et al. v. Google LLC*, 1:20-cv-03715 (dic. 2020).

19 La doctrina, tanto europea como estadounidense, se ha hecho eco de este debate sobre el papel que debe jugar el Derecho de defensa de la competencia frente a las grandes plataformas tecnológicas y las políticas de Big Data. *Vid. inter alia*, Stucke/Grunes: *Big Data and Competition Policy*, cit.; *Idem*: “Debunking the Myths Over Big Data and Antitrust”, *CPI Antitrust Chronicle*, 2015; *Idem*: “Dataopolies”, 2017, disponible en ssrn.com/abstract=2927018; *Idem*: “No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data”, *Antitrust Source*, 2015, disponible en <https://ssrn.com/abstract=2600051>; Balto, D.A./Lane M.C.: “Monopolizing Water in a Tsunami: Finding Sensible Antitrust Rules for Big Data”, 2016, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2753249>; Sokol, D.D./Comerford, R.: “Does Antitrust Have a Role to Play in Regulating Big Data?,” *cit.*; *Idem*: “Antitrust and Regulating Big Data”, 23, *George Mason Law Review*, 2016, pp. 1129 y ss.; Lerner, A.V.: “The Role of Big Data in Online Platform Competition”, 2014, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2482780> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2482780>; Newman, N.: “Antitrust and the Economics of the Control of User Data”, *Yale Journal on Regulation*, Vol. 30, No. 3, 2014; Lundqvist, B.: “Big Data, Open Data, Privacy Regulations, Intellectual Property and Competition Law in an Internet of Things World”, 2016 disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2891484>; Tucker, D. S.; Wellford, H.: “Big Mistakes Regarding Big Data”, *Antitrust Source*, 2014, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2549044>; Manne, G. A./Sperry, B.: “The Law and Economics of Data and Privacy in Antitrust Analysis”, 2015, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2418779>; *Idem*: “The Problems and Perils of Bootstrapping Privacy and Data into an Antitrust Framework”, *CPI Antitrust Chronicle*, 2015; Woodcock, R.: “Big Data, Price Discrimination, and Antitrust”, *Hastings Law Journal*, Vol. 68, 2017; Manne, Geoffrey A. and Sperry, Ben, *The Problems and Perils of Bootstrapping Privacy and Data into an Antitrust Framework* (May 29, 2015). *CPI Antitrust Chronicle*, May 2015; Colangelo, G/Maggiolino, M.: “Data Protection in Attention Markets: Protecting Privacy Through Competition?”, 2017, disponible en <https://ssrn.com/abstract=2945085>; Bamberger, K. A./Lobel, O.: “Platform Market Power”, *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 32, No. 3, 2017; Diéz Estella, F.: “La regulación de los mercados en la era digital: ¿Quo vadis, Europa?”, *Revista CEF Legal*, núm. 229, 2020; Orbach, B.: “The Antitrust Curse of Bigness”; Sokol, M.: “The Antitrust’s Curse of Bigness Problem”, *Michigan Law*

La preocupación por el poder político y económico de los grandes trusts impulsó la aprobación de las normas antitrust a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, así como de las normas de refuerzo de la concentración empresarial en los años cincuenta. De hecho, hasta mediados de los años setenta, la aplicación jurisprudencial del Derecho antitrust se caracterizó por su enfoque pluralista y por la defensa de una variedad de objetivos, tanto económicos como político jurídicos y sociales. Junto a la eficiencia económica, los tribunales y, principalmente, el Tribunal Supremo, ponderaban otros intereses igual -o incluso preferentemente- dignos de protección, como la igualdad de oportunidades de todos los sujetos para competir en el mercado, la autonomía empresarial y la descentralización del poder económico mediante la atomización de mercados. La lucha contra el poder de mercado y la defensa de los mercados abiertos y dinámicos constituía un eje estructural de la política antitrust.

Pero paulatinamente, la preocupación por el gigantismo y la acumulación de poder económico y político va a ser desplazada por un objetivo único de mejora de la eficiencia económica y la política antitrust va a ir desapareciendo del debate político, tornándose más compleja y tecnocrática, alejándose de los movimientos populares y de las campañas electorales... El Derecho antitrust seguirá su curso de forma silenciosa sin mucha atención pública ... Hasta ahora.

El Derecho Antitrust vuelve a ser seductor y, por tanto, a ser cortejado públicamente. Pero no solo eso, sino que la reacción que se está viviendo en los últimos cinco años frente a estos gigantes informáticos recuerda enormemente a la que se produjo a finales del siglo XIX y primeros años del siglo XX frente a los trusts, o grandes corporaciones del momento (Standard Oil Co., United Steel Corporation, Northwestern, Alcoa...). El papel de J.P. Morgan, John Rockefeller, Andrew Carneggie o Cornelius Vanderbilt lo ocupan ahora Jeff Bezos, Mark Zuckerberg o Tim Cook. Estamos ante un movimiento que trasciende lo puramente económico -o eficientístico- (cobijo prácticamente exclusivo del antitrust en las últimas décadas), y posee connotaciones sociales y políticas. El temor que despiertan Google, Amazon o Facebook, y los males de los que ahora se les acusa, no se limita a su poder sobre la actividad comercial, sino también a su control de la información, y la posible afectación de la vida privada e intimidad de los individuos e, incluso, del propio desenvolvimiento de la democracia política.

Estamos asistiendo a la vuelta de una preocupación clásica o tradicional frente al poder económico privado. Este puede no sólo ser ineficiente económicamente, sino que puede conducir, además, a una erosión de los valores democráticos. Diversas voces demandan la conveniencia de la ruptura o desmembración de las grandes empresas de forma similar a las soluciones de grandes casos antimonopolio estadounidense, como Standard Oil, AT&T o, antes del acuerdo transaccional, el propio caso Microsoft, a finales de los años noventa.

Review, 2020, pp.1 y ss.; Kovacic, W.: "The Chicago Obsession in the Interpretation of US Antitrust History", *University of Chicago Law Review*, vol. 81.2, 2020, pp. 459 y ss.; Erzrachi/Stucke: *Virtual Competition. The Problems and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, Harvard University Press, Cambridge, 2016.

Los gigantes tecnológicos están siendo acusados de monopolización de mercados. Sus operaciones de reestructuración empresarial, -muchas de ellas autorizadas hace unos años sin objeciones (o con condiciones mínimas) por parte de las autoridades de competencia- son cuestionadas ahora como intento de compra y disciplina de eventuales competidores. Su control sobre los datos y la información los configura como guardianes de las puertas de acceso a la red y, por tanto, pueden ser consideradas abusivas o ser vistas como intento de mantenimiento del poder de mercado, diversas prácticas empresariales relacionadas con estos: contratos de exclusiva con proveedores de datos, conductas de *tying* o *bundling*, negativa a suministrar datos o, con un cariz más explotativo, la utilización de los datos como instrumento de discriminación de precios o como medio para favorecer los propios servicios en detrimento de los consumidores. El Estado, a través del Derecho antitrust tiene que intervenir: rompiendo, regulando, prohibiendo, disciplinando...

Frente a estas acusaciones, los investigados alegan la eficiencia de sus conductas y los numerosos beneficios para los consumidores vinculados a las mismas. No hay daño a la competencia. Hay una publicidad más focalizada y atenta a las necesidades del consumidor. Estos reciben servicios valiosos y apreciados (red social, acceso a un mercado con productos a bajo precio, organización más eficiente de las búsquedas en red, navegadores, traductores, etc.), generalmente a bajo precio -o de forma gratuita- (al menos, monetariamente). Si no están satisfechos, además, tienen otras alternativas. Las plataformas insisten en la existencia de competencia en los mercados en los que operan y en la fragilidad de sus posiciones en los mismos.

Diversas posturas económicas liberales sustentan sus argumentaciones, alertando sobre los riesgos que podrían derivarse de la sanción de empresas eficientes: ralentización del crecimiento económico, desincentivos en materia de investigación e innovación; protección *per se* de competidores ineficientes en detrimento de los intereses de consumidores, etc. A estas se suman las teorías que defienden la inoperatividad de los parámetros tradicionales de valoración del ilícito competitivo en el entorno digital: complejo, dinámico y sujeto a determinadas externalidades (efectos de red, vertiginoso cambio tecnológico, etc.) que determinan la inestabilidad de las posiciones de dominio en los mercados. Los mercados tecnológicos son complejos y se mueven demasiado rápido para que la ley o la política *antitrust* pueda alcanzarlos o comprenderlos. La intervención pública supondría, realmente, matar a la gallina de los huevos de oro.

Para poder entender los términos de este debate, y enmarcar adecuadamente las distintas posiciones, es conveniente, ir planteando algunas cuestiones que vayan desbrozando el camino y que, si bien relacionadas -o más bien proyectadas en los mercados digitales (y en EE.UU.)- trascienden este sector y se remontan al propio papel y objetivos del Derecho de la competencia. La primera de ellas sería, por tanto, ¿de dónde partimos? ¿Cuáles son los parámetros con arreglo a los que valorar si una práctica empresarial es contraria a las normas de competencia?

2. La lucha contra la concentración de poder como objetivo del Derecho de la competencia

“La mayoría de los americanos aceptan el poder económico y político de las grandes empresas como un rasgo natural e inevitable de la vida en lo que ellos describirían como una sociedad libre. Es problemático imaginar otras formas alternativas de organización económica ya que se asume que cualquier reestructuración significativa implicaría intromisiones públicas inaceptables en la libertad personal. Estas asunciones sobre la naturalidad, inevitabilidad y libertad otorgan legitimidad a la posición de las grandes empresas en la sociedad americana, de tal modo que cualquier crítica sobre la concentración económica se considera errónea y excéntrica... Los americanos no han mantenido siempre esta actitud complaciente ni suscrito la ideología que la legitima...²⁰”.

Ya hemos indicado como la consolidación de las grandes plataformas tecnológicas ha alterado, en los últimos años, el tradicional sentimiento de aceptación -e incluso, promoción- de la gran empresa por parte de la sociedad americana. Pero es que, además, este, pese a su difusión, no ha sido una constante y, a lo largo de la historia de los EE.UU. se han producido diversas reacciones de rechazo frente a la concentración de poder económico en manos de agentes económicos privados. De hecho, la hostilidad popular frente a las grandes corporaciones empresariales fue la palanca que impulsó la aprobación de la normativa antitrust norteamericana.

Durante la presidencia de Benjamin Harrison se aprobó el 2 de julio de 1890, la *Sherman Act* que supuso el reconocimiento público del malestar social existente hacia los trusts en particular y hacia la concentración del poder económico en general. Esta norma es reflejo de una pluralidad de objetivos, ideales y necesidades, orientada a mantener el crecimiento económico a la vez que a contener el poder económico y político de las grandes empresas y asegurar una distribución más justa de la riqueza.

El debate sobre el poder de la gran empresa, solo formalmente acallado con la aprobación de esta primera norma, entra con intensidad en las campañas electorales presidenciales a partir de 1900, en las que, tanto demócratas como republicanos, denunciarán la amenaza que esta suponía para el desarrollo de las libertades individuales y la democracia política. Debate que se retoma²¹ con el estallido de la II Guerra Mundial y la oleada de concentraciones que se produjo tras esta, que despertó la preocupación social por la concentración de poder económico en manos de unas pocas empresas y condujo a una interpretación extensiva y a una aplicación rigurosa de la normativa antitrust. El presidente Franklin D. Roosevelt, en un mensaje al Congreso llegará a afirmar que: “la libertad de la democracia no estará a salvo, si el pueblo tolera el crecimiento del poder privado hasta un punto en el que llegue a ser más fuerte que su propio Estado democrático... Entre nosotros se está produciendo actualmente una concentración de poder privado sin igual en

²⁰ Millon: “The Sherman Act and the Balance of Power”, 61, *Cal.L.Rev.*, 1988, p. 1219.

²¹ La I Guerra Mundial distrajo la atención de los problemas antitrust. De hecho, empezó a generalizarse un ambiente conservador y de simpatía a la gran empresa, en atención a la devoción industrial al esfuerzo de la guerra y a la demostrada capacidad de la industria nacional para hacer frente a las necesidades del país.

nuestra historia"²². Los peligros de la concentración económica informarán la aprobación de *Celler Kefauver Ammendment Act* de 1950, que intensifica el control sobre las operaciones de concentración entre empresas.

No obstante, el afianzamiento progresivo, a partir de los años setenta, de las tesis no intervencionistas de la Escuela de Chicago que defendía como único objetivo del Derecho antitrust la eficiencia económica, determinarán en la práctica una clara relajación en la interpretación y aplicación del Derecho antitrust. La restricción de la producción se consolida como el único parámetro conforme al cual ha de apreciarse la existencia de una lesión o daño a la competencia. De este modo, una conducta o práctica empresarial solo estará prohibida en la medida en que, como consecuencia de la misma, tenga lugar una reducción de la producción o un incremento de los precios en el mercado relevante, es decir, que tenga un efecto inmediato o evidente sobre los niveles de producción o los precios. Este enfoque tan -intencionadamente- limitado condujo en la práctica a un abandono de los grandes casos antimonopolio, con algunas excepciones puntuales, como la desmembración de AT&T en 1984 o el larguísimo -y muy criticado- proceso contra IBM y una significativa excepción durante el gobierno de Bill Clinton, el juicio contra Microsoft. Precisamente este caso, planteado en los mercados digitales recuerda mucho al actual caso Google o a las acusaciones que Epic Games o Spotify están vertiendo contra Apple y que están siendo actualmente investigadas en Europa por la Comisión como posibles conductas de abuso de posición dominante. Entre otras prácticas, Microsoft fue acusado de monopolización e intento de monopolización de mercados por la práctica de vinculación contractual y tecnológica de su, entonces todopoderoso, sistema operativo Windows con su navegador de Internet, el Internet Explorer (IE)²³.

Este caso es importante porque se abandonan las tesis de la restricción de la producción (las conductas de las que se acusaba a Microsoft no conducían a un incremento de los precios en los mercados afectados, de hecho, el navegador era ofrecido de forma gratuita) y se sigue una postura de lesión del proceso competitivo más similar a la utilizada habitualmente en el marco europeo. El Tribunal utiliza los parámetros de análisis clásicos centrados, no en los efectos inmediatos de la conducta respecto al nivel de producción y precios del sistema operativo, sino en el daño al proceso competitivo considerado de forma dinámica. La conducta de Microsoft entorpecía el proceso competitivo por medio del cual la industria del software informático promovía generalmente la innovación y el beneficio óptimo de los consumidores. La afirmación de la anticompetitividad de la conducta de Microsoft no era consistente con la teoría de la restricción de la producción, sino con el principio de protección del mercado frente a distorsiones significativas e injustificadas. La exclusión constituía la piedra angular del juicio de anticompetitividad (la eliminación de competidores, tanto reales en el mercado de los navegadores como potenciales en el de los sistemas operativos). En principio, no

²² Declaraciones recogidas en Fox, E.: "The modernization of antitrust: a new equilibrium", 66, *Cornell Law Review*, 1981, p. 1150.

²³ *United States v. Microsoft Corp.*, 87 F.Supp. 2d 30 (D.D.C. 2000).

existía posibilidad de saber si las prácticas excluyentes y las amenazas de Microsoft perjudicaban a los consumidores desde el punto de vista de los precios y la innovación, pero el Tribunal consideró más conveniente que la evolución futura de los mercados no quedara en las manos de Microsoft, sino en las fuerzas más impersonales de la competencia²⁴.

Pero este caso es claramente una excepción y no llegó al Tribunal Supremo.

Visto cuál era el *status quo*, surge necesariamente una segunda pregunta: ¿por qué ahora? ¿Qué ha determinado la irrupción con furia en el debate político y doctrinal estadounidense, del renacimiento de una alarma por el gigantismo empresarial y su potencial anticompetitivo?

3. La concentración en los mercados digitales y el incremento de poder de las plataformas tecnológicas

Ya hemos comentando que la preocupación por la situación de la competencia en los mercados digitales es muy reciente y que, hasta hace cuatro o cinco años, no solo las autoridades de la competencia, sino la doctrina y los tribunales no habían considerado especialmente alarmante ni el aumento del grado de concentración de los mercados ni la posibilidad de conductas anticompetitivas por parte de las empresas líderes en este sector.

Con carácter general, puede hablarse de una interpretación laxa y un exceso de indulgencia (al menos en el ámbito estadounidense) en la aplicación de las normas antitrust que hunde sus raíces en los postulados liberales de la Escuela de Chicago y en la influencia que estas tesis han tenido en el devenir de la política antitrust desde los ochenta y que ha desembocado en una actitud no intervencionista y muy tolerante frente a lo que tradicionalmente se había considerado la bestia negra del Derecho de la competencia: las posiciones de dominio en el mercado.

Pero, además las especiales características de los mercados digitales favorecieron una sensación de absoluta confianza en las capacidades sanadoras o autocorrectoras de estos mercados que utilizan frecuentemente datos personales como insumos.

El vertiginoso y caótico desarrollo de Internet y la Web durante los años noventa y primera década del siglo XXI, con la rápida emergencia e, igualmente, fugaz desaparición de empresas en el ciberespacio, parecía augurar la imposibilidad de consolidación de posiciones de poder en el mercado. Cualquier dominancia tendría un carácter meramente temporal en esta rueda continua de sucesión de unas empresas por otras. No parecía posible, por tanto, la formación de posiciones de poder de mercado.

²⁴ El Tribunal de Apelación, si bien revoca algunas de estas conclusiones, mantiene, en líneas generales, la valoración sobre el carácter excluyente y anticompetitivo de la política de Microsoft y la ausencia de justificaciones empresariales razonables. Sobre el desarrollo de los distintos procedimientos entablados contra Microsoft, tanto en Europa como en EE.UU., *vid. in extenso*, Herrero Suárez, C.: *Los contratos vinculados (tying agreements) en el Derecho de la Competencia*, La Ley, Madrid, 2006.

Pese a que los mercados vinculados a la economía de los datos suelen ser, debido a la presencia de importantes efectos de red o *network effects*, mercados muy concentrados en los que la actividad se reparte entre muy pocas empresas de gran tamaño, se minimizaba el riesgo de que esas elevadas cuotas pudieran conducir a una afectación del desarrollo del proceso competitivo, sobre la base de distintos argumentos.

En primer lugar, se afirma que, la mayoría de los mercados digitales se caracterizan por la ausencia o la falta de importancia de barreras de entrada. Se trata de mercados muy dinámicos en los que el elemento clave de competencia no es el precio, sino la innovación, lo que facilita que las empresas que irrumpen con productos o servicios novedosos puedan obtener el favor de los consumidores y conseguir rápidamente la información que precisan para mejorar su oferta y desplazar a las empresas incumbentes”. En apoyo de esta afirmación se suele citar el ejemplo de empresas como Google o Facebook que consiguieron desbancar a operadores muy asentados, como Yahoo o Lycos en el primer caso, y My Space, en el segundo.

También se ha defendido que las propias características económicas de los datos personales: ubicuidad, bajo coste, amplia accesibilidad y obsolescencia, impedirían que una empresa adquiriera poder de mercado mediante su captación y explotación, sin importar la entidad de las cantidades de datos manejadas.

Los datos son ubicuos y su captación fácil y asequible. La información se encuentra en todas partes²⁵ y, además, a diferencia de otros *inputs*, la utilización de los datos por una empresa no excluye un posible uso de los mismos por parte de terceros, que puede acceder a ella empleando los mismos medios u otros diversos. Los consumidores pueden compartir sus datos con una pluralidad de empresas, mediante la multiconexión o *multihoming*, es decir, la utilización de una pluralidad de proveedores para obtener el mismo servicio. Además, las empresas pueden adquirir los datos o informaciones que precisan de un tercero, existiendo numerosas empresas en el mercado dedicadas precisamente al almacenamiento, análisis y comercio de información (*Data brokers*).

Estas afirmaciones sobre el funcionamiento de los mercados digitales pese a su indudable atractivo y contundencia pueden ser cuestionadas, especialmente la categorización con la que son formuladas. Un simple vistazo a la realidad de algunos mercados digitales pone de manifiesto una historia diferente y cuestiona la validez de estas afirmaciones como reglas de carácter general. No todos los mercados de la economía digital son iguales, observándose en algunos una feroz competencia y la sustitución continua entre los operadores económicos, y una mayor estabilidad en otros, con presencia de empresas con elevadas y estables cuotas de mercado. Empresas como Google, Facebook, Amazon, o Apple no solo no han desaparecido tras más de una década de existencia, sino que continúan creciendo y reforzando sus posiciones en el mercado.

²⁵ Vid. Tucker, D. S.; Wellford, H.: “ Big Mistakes Regarding Big Data”, *Antitrust Source*, 2014, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2549044>;

¿Qué ha ocurrido entonces? ¿Que ha determinado no solo el elevado grado de concentración en estos mercados sino además la estabilidad de las posiciones?

Ya hemos señalado como las economías de escala y alcance y los efectos de red pueden ser un factor conducente a la concentración de los mercados que además, llevan implícito un riesgo estructural ya que, en ellos se plantea el problema del único ganador (*winner takes it all*) que se suele producir cuando el valor de la red es muy alto, los costes de multiconexión muy elevados y menor la diferenciación de la demanda entre los usuarios.

Las ventajas de los operadores ya instalados como el eventual “*feedback loop*” o “bucle de retroalimentación”, de los algoritmos de aprendizaje automático, y las limitaciones de la multiconexión y el cambio de proveedores de servicios (pérdida de historial, costes de aprendizaje, etc.), pueden facilitar el atrincheramiento de las empresas líderes.

Finalmente, resulta un tanto ingenio pensar que las empresas van a quedarse tímidamente esperando, cruzadas de brazo, a ser desbancadas por otras. La consolidación de posiciones de poder también puede obedecer a estrategias de las empresas asentadas orientadas a mantener y aislar su posición de dominio: contratos de exclusividad o de vinculación, copia sistemática de productos de rivales o adquisiciones estratégicas de empresas orientadas a eliminar a potenciales competidores u otras amenazas. Es difícil explicar de otra forma costosísimas operaciones de concentración orientadas a asegurar la cartera de datos de exitosas start-ups, como las adquisiciones de Whatsapp o Instagram por parte de Facebook, de YouTube por parte de Google o de LinkedIn por parte de Microsoft, esta última ya con condiciones.

Es cierto que se trata de mercados fuertemente concentrados y dominados por empresas con elevadísimas cuotas que aspiran a mantener su posición en ellos. Pero, ¿es esto suficiente para deducir una lesión de la competencia? Así, por ejemplo, ¿es suficiente con constatar que Amazon ha crecido como la mala hierba, cobra precios muy bajos y ha llevado a la quiebra a muchos pequeños minoristas?

4. El camino que se abre... ¿una vuelta a los criterios estructurales? ¿una regulación *ex ante* de conductas?

Introducimos así nuestra última pregunta, ¿cómo van a ser valoradas estas prácticas? Aunque tenemos por delante una larga batalla judicial que seguramente se extienda muchos años, y un más que probable escenario de *lobbies* en pro de estas empresas y en apoyo de posturas no intervencionistas, es innegable la recuperación de los abandonados y denostados parámetros estructurales en el discurso antitrust. Así se deduce del informe del subcomité antitrust, de las declaraciones de Fiscales Generales y otras autoridades y del propio planteamiento de las acusaciones de monopolización de mercados contra Facebook y Google. La estructura de los mercados importa.

Y sin llegar a posturas extremas de demonización *per se* del tamaño empresarial, sí que parece estar empezando a cuestionarse la afirmación contraria "Bigness is goodness", que supuso un cambio de actitud frente al monopolista desde los años ochenta y que tal vez, alcanza su máxima expresión en EE.UU. con el caso *Verizon*²⁶. Con arreglo a esta perspectiva, el monopolista, ya no era la bestia amenazante temida por las generaciones anteriores, sino como una criatura tímida y bien intencionada, casi un gigante gentil que vivía con el temor constante de nuevos competidores. Incluso, si ya se había encargado de acabar con sus competidores actuales, el mero pensamiento de ellos restringía y limitaba su conducta y era, por ello, impensable que pudiera recurrir a prácticas como la subida de precios o, en general, cualquier conducta excluyente, por lo que todas ellas habían de presumirse necesariamente eficientes y beneficiosas.

El poder de mercado ha vuelto a irrumpir en el discurso *antitrust*, informando la política de aplicación de sus normas. La consolidación de estas posiciones estratégicas en el mercado puede traducirse en una lesión de los intereses de los consumidores y agentes económicos desde diversas perspectivas, resultando directamente de la explotación de esa ventaja estratégica en relación tanto a los clientes-consumidores como a los clientes-empresas: precios más altos, reducción de opciones, afectación de la calidad de los productos o servicios ofrecidos, menor precio por los datos o menor privacidad²⁷.

Pero la afectación también puede producirse desde una perspectiva excluyente, conduciendo al cierre o exclusión de los mercados de otras empresas con la consiguiente afectación de la innovación y la posibilidad de renovación de los mercados. Se trataría de una visión del daño a la competencia más amplia o más mediata, en un enfoque de carácter dinámico, cuyo centro lo constituye la protección del proceso competitivo en cuanto tal, que se basa en la creencia de que los mercados abiertos y la acción independiente de los agentes empresariales conduce a la eficiencia y en la necesidad de que el derecho antitrust vele por la existencia y mantenimiento de estructuras económicas razonables.

¿Serán suficientes las armas tradicionales del Derecho de la competencia para conjurar los supuestos peligros vinculados a la actuación -y a la propia posición-, de las grandes plataformas en los mercados digitales? Aún es prematuro anticipar una valoración, pero diversas voces doctrinales están cuestionando la capacidad real de las normas en materia de acuerdos, concentraciones o monopolización para hacer frente a estas distorsiones del proceso competitivo, abogando por una solución similar a la proyectada en la Unión Europea, más orientada a la aprobación de reglas de conducta específicas para estos guardianes de las puertas digitales²⁸.

²⁶ *Verizon v. Trinko*, U.S. 398 (2004).

²⁷ Entre las variables cualitativas de la competencia se encuentra la privacidad de sus datos. Un incremento en la colección de datos privados podría ser analizado bien como un incremento de precios o como una degradación de la calidad de los servicios previstos.

²⁸ *Vid. First/Fox, cit.*



Los mercados digitales plantean cuestiones novedosas y complejas desde una perspectiva antitrust. Las especiales características de los insumos utilizados, la importancia de la competencia en investigación e innovación o la existencia de mercados con interrelaciones entre distintos grupos de clientes dificulta la aplicación de los instrumentos tradicionales de análisis. El posible impacto negativo de las políticas empresariales de estas plataformas no resulta de manera evidente -al menos, en aplicación de los criterios, hasta la fecha, predominantes-. No obstante, la evidente consolidación de posiciones de poder en estos mercados exige el abandono de políticas complacientes y despreocupadas y obliga a buscar instrumentos que permitan la conciliación de los diferentes intereses en conflicto y a marcar líneas de actuación claras para los operadores involucrados.

Milton Friedman alertaba sobre la necesidad de elegir entre tres males posibles: el monopolio privado no regulado; el monopolio regulado por el Estado y el monopolio de Estado. El Derecho antitrust representa la solución intermedia y puede constituir un útil instrumento para luchar contra (algunos de) los males asociados al poder de mercado... pero para ello es preciso que alcance un punto de equilibrio en su aplicación e interpretación, que evite tanto su uso populista como un extremo *laissez-faire*.