

Una mirada al análisis de los actos de abuso de posición de dominio en mercados digitales: actualidad y desafíos

A glance at the analysis of abuse of dominance in digital markets: Relevance and challenges

Giuliana Zúñiga Díaz¹

Resumen. El presente trabajo busca brindar al lector una mirada introductoria a las características que presentan los mercados digitales y el impacto que estas tienen sobre el análisis de actos de abuso posición dominio. En ese sentido, se analizan los retos que estas características combinadas implican a la definición del mercado relevante, a la determinación de la existencia de una posición de dominio y al análisis de los efectos de la conducta a la luz de la experiencia internacional plasmada en reporte de autoridades públicas, casuística y propuestas normativas. Asimismo, se explora –de modo expositivo– algunas propuestas de ajustes a las herramientas existentes, la creación de nuevas herramientas y el análisis de conductas de abuso de posición de dominio bajo las categorías clásicas, así como bajo nuevas categorías de abuso de posición de dominio específicas para mercados digitales.

Abstract. This paper seeks to provide an introductory look at the characteristics of digital markets and the impact they have on the analysis of of abuse of dominance. In this sense, it analyzes the challenges that these combined characteristics imply for the definition of the relevant market, the determination of the existence of a dominant position and the analysis of the effects of the conduct in the light of the international experience reflected in the reports of public authorities, case law and bills. It also explores adjustments to existing tools, the creation of new tools and the analysis of abuse of dominance theories of harm under traditional categories, as well as under new categories of abuse of dominance specific to digital markets.

Palabras clave. actos de abuso de posición de dominio, mercados digitales, efectos de red, *gatekeeper*, *Big Data*, competencia, mercado relevante

Keywords. *abuse of dominance, digital markets, network effects, gatekeeper, Big Data, competition, relevant market*

Sumario: I. Introducción, II. Características de los mercados digitales, 1. Incremento extremo de economías de escala, 2. Efectos de red 3. Data como ventaja competitiva 4. Incremento extremo de economías de alcance y creación de Ecosistemas. III. Principales retos y propuestas en el análisis de los actos de abuso de posición en los mercados digitales. 1. Definición de mercado relevante. 2. Indicadores de la existencia de una posición de dominio. IV. Actos de abuso de posición de dominio en mercados digitales. V. Reflexiones Finales.

¹ Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) con segunda especialidad en Derecho Público y Buen Gobierno. Master of Laws (LL.M.) in Business, Competition and Regulatory la Freie Universität de Berlin. Ha sido Docente Adjunta en el Programa de Segunda Especialidad de la PUCP. Actualmente es Ejecutivo Legal en la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia del Indecopi. Miembro del Laboratorio de Datos, Inteligencia Artificial, Innovación y Gobierno Digital del Grupo de Investigación del Derecho Público y Buen Gobierno de la PUCP.

1. Introducción

Los productos y servicios digitales han significado una revolución en el modelo tradicional de diversos negocios y, ciertamente, han creado numerosas oportunidades de crecimiento, innovación y eficiencia, generando grandes beneficios para los consumidores.

No obstante, existe una creciente preocupación entre diversas autoridades internacionales respecto de las características de los mercados digitales como extremas economías de escala, los efectos de red, la *Big Data* como ventaja competitiva y la creación de ecosistemas digitales que conlleven a la necesidad de un nuevo enfoque en el análisis de los actos de abuso de posición de dominio por parte de las autoridades de competencia que se adecue a las características particulares que muestran estos mercados.

En ese sentido, en el presente trabajo analizaremos a través de la revisión de los reportes elaborados por diversas autoridades y casuística sobre el tema, las principales características que ostentan los mercados digitales y los principales retos que estas presentan de cara a la delimitación del mercado relevante, a la determinación de la existencia de una posición de dominio y a la evaluación de los efectos de la conducta de abuso de dicha posición.

Asimismo, se plantearán –de forma expositiva y sucinta– las principales propuestas que se han presentado desde distintos flancos para enfrentar estos retos. Estas incluyen el ajuste o la creación de nuevas herramientas mediante propuestas normativas, así como el análisis de casos e investiga-

ciones en curso bajo categorías tradicionales de abuso de posición de dominio o bajo categorías novedosas aplicadas específicamente a mercados digitales.

2. Características de los mercados digitales

Los reportes emitidos por diversas autoridades han hecho énfasis en una serie de características que despliegan los mercados digitales las que tienen un impacto directo sobre el análisis de los actos de abuso de posición de dominio².

Entre estas características encontramos un incremento extremo de las economías de escala y alcance, el rol de la *Big Data* como ventaja competitiva y los efectos de red. Si bien estas características no son completamente nuevas, pues se presentan también en menor medida en otros mercados, lo más resaltante es que, en los mercados digitales, estas características se presentan todas de forma simultánea y con mucha mayor intensidad que en los mercados tradicionales³.

Como veremos más adelante, las características combinadas de los mercados digitales pueden conllevar a que estos mercados puedan ser poco contestables y generar barreras de entrada⁴, lo que tendrá un impacto sobre el análisis del mercado relevante, la posición de dominio y los efectos de un acto de abuso de posición de dominio.

A continuación, explicaremos cada una de las características de los mercados digitales:

2 Ibáñez Colomo, Pablo. (2021). The Draft Digital Markets Act: A Legal and Institutional Analysis. Extraído de: <https://ssrn.com/abstract=3790276>. p. 2

3 Nadler, J y David Cicilline (2020) Investigation in Digital Markets. Majority Staff Report and Recommendations. Subcommittee on Antitrust Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary. p. 37

4 Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (2016) Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era. Background note by the Secretariat. Extraído de: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf) p.17.

2.1 Incremento extremo de economías de escala

Las economías de escala implican que el costo total promedio de producir cierto bien (es decir, el costo total de producir cada unidad) va disminuyendo a medida que va aumentando la producción.

Ahora bien, el costo total está compuesto por los costos fijos y variables. Los primeros son aquellos que se mantienen constantes en el tiempo y no dependen de la cantidad producida (p.e la implementación y mantenimiento de maquinaria, alquiler del local o el sueldo del personal). Por otro lado, los costos variables son en los que se incurre por la producción de cada unidad adicional, como, por ejemplo, los insumos de producción o la contratación de nuevo personal⁵.

Algunas de las industrias tradicionales caracterizadas por la presencia de economías de escala son la industria automovilística o aeronáutica. Ello en la medida que requieren grandes inversiones en costos fijos (equipos, maquinarias, fábricas) para iniciar con la producción de bienes⁶. De este modo, a medida que una industria de este sector produce a mayor escala, los costos fijos se distribuyen entre un mayor número de unidades y, por tanto, el costo promedio por unidad disminuye.

Asimismo, estas industrias deben también invertir en importantes costos variables por la compra de insumos para la fabricación de sus productos (p.e aluminio para fabricar los aviones o acero para fabricar los autos), los que se van reduciendo conforme produce a mayor escala, pues puede comprar al por mayor o tener mejor posición de negociación con los proveedores.

No obstante, en los mercados digitales las economías de escalas se incrementan al extremo en la medida que los costos fijos son sumamente altos; y, además, los costos variables (es decir, por atender a cada usuario adicional) son sumamente bajos y en ocasiones prácticamente nulos⁷. En efecto, a diferencia de industrias tradicionales en que los insumos para producir un bien adicional pueden significar un costo importante, las plataformas digitales trabajan con información (data) que puede ser transmitida de manera rápida a un gran número de usuarios prácticamente al mismo costo una vez que la plataforma ya ha sido instalada.

Así, por ejemplo, en la demanda presentada por el Departamento de Justicia de Estados Unidos (en adelante, el DOJ por sus siglas en inglés) contra Google, se resaltó que los costos fijos de participar en el mercado de búsqueda general con un motor de búsqueda como *Google Search* es sumamente alto, pues demanda una primera inversión de billones de dólares y, además, los costos de mantenimiento significan cientos de millones de dólares anuales. Sin embargo, una vez implementado el motor de búsqueda *Google Search*, este puede atender prácticamente al mismo costo a cientos o miles de usuarios adicionales.⁸

Teniendo en cuenta que las plataformas digitales pueden atender a una gran base de usuarios, los altos costos fijos en los que se incurren en un inicio para su implementación y mantenimiento se distribuyen entre todos los usuarios, por lo que el costo promedio (es decir, el costo por atender a cada usuario) disminuye significativamente y la plataforma alcanza una alta rentabilidad.

5 Krugman, Paul y Robin Wells (2015) *Economics*. Worth Publishers: 4ta Ed. p.348

6 Ídem.

7 Crémer, Jacques, Montjoye Yves-Alexandre y Heike Schweitzer (2019) *Competition Policy for the digital era*. Publications Office of the European Union, Luxembourg. Extraído de: https://ec.europa.eu/competition/information/digitisation_2018/report_en.html. p. 2.

8 Ibidem. p. 20.

De esta manera, teniendo en cuenta que la entrada a los mercados digitales requiere altos costos fijos iniciales, el mercado será más favorable a la plataforma que ya se encuentra establecida y cuenta con una base importante de usuarios, dificultando así la entrada de potenciales competidores que puedan desafiar a estas grandes plataformas⁹. En efecto, tanto la Comisión Europea en el caso *Google Android* como la demanda del DOJ contra Google resalta que el incremento extremo de las economías de escala es una de las razones por las que el motor de búsqueda de Google enfrentaría muy poca competencia.

2.2 Efectos de red

Los efectos de red pueden ser directos e indirectos. En primer lugar, los efectos de red directos se refieren a que el valor de la red aumenta para una persona conforme más usuarios se unen a la misma¹⁰. Estos se encuentran presentes en mercados de comunicaciones, mercados de transporte y, por supuesto, los mercados digitales. Así, por ejemplo, el valor de un teléfono aumenta conforme más personas también adquieran dicho aparato y, por tanto, exista más gente con la que pueda establecerse comunicación.

Del mismo modo, los efectos de red directos cobran especial importancia en los mercados digitales, en particular, en las plataformas de redes sociales. Por ejemplo, mientras más usuarios se unen a la red de Facebook, más contenido e interacciones van a generarse, lo que, ciertamente, otorgará más valor a dicha red. En esa línea, los

efectos de red directos en los mercados digitales conllevan a un *feedback loop* o retroalimentación positiva, también conocido como “efecto arrastre” en el que, si un gran número de usuarios utilizan una red social, es más probable que otras personas lo hagan también¹¹. En efecto, nadie querrá estar solo o ser el primero en una red social.

De otro lado, los efectos de red indirectos son característicos de las denominadas “plataformas de dos lados”, la que se distinguen por conectar o facilitar la interacción virtual de dos o más grupos distintos de usuarios¹². En este tipo de plataformas, los efectos de red indirectos ocurren cuando al menos uno de los dos lados de la plataforma se ve beneficiado con el incremento de usuarios del otro lado¹³.

Por ejemplo, en el caso de la plataforma de comercio electrónico Amazon (*Marketplace*), de un lado (lado “A”) encontramos a los compradores, los que se verán beneficiados de que al otro lado de la plataforma (lado “B”) existan más *retailers online*. Esto pues tendrán a su disposición mayores opciones de productos a elegir. Del mismo modo, los *retailers online* que se encuentran en el lado “B” de la plataforma se verán beneficiados de que existan más compradores en el lado “A”, pues así tendrán mayores exposición y opciones de concretar la venta de sus productos.

Asimismo, los efectos de red indirectos permiten que muchas plataformas basen su modelo de negocios en publicidad online como, por ejemplo, el motor de búsqueda *Google Search* o Facebook, quienes en conjunto concentran más del 80%

9 Nadler, J y David Cicilline. *Op cit.* p.156

10 Krugman, Paul y Robin Wells. *Op cit.* p.482.

11 Ídem

12 Evans, David y Richard Schmalensee (2015). The Industrial Organization of markets with Two-Sided Platforms. Extraído de: <https://www.law.berkeley.edu/wp-content/uploads/2015/04/Evans-Schmalensee-The-Industrial-Organization-of-Markets-with-Two-Sided-Platforms-2007.pdf> p. 151

13 Haucap, J y Ulrich Heimshoff. (2013). Google, Facebook, Amazon, eBay: Is the Internet driving competition or market monopolization. Dusseldorf Institute for Competition Economics Discussion Paper. No83. p. 3

del mercado publicidad online en el Reino Unido¹⁴. Así, de un lado de la plataforma (lado “A”), encontramos a los usuarios que cuentan con un perfil en Facebook y que, al interactuar en la plataforma, consienten la recolección de su data para el despliegue de anuncios personalizados. Del otro lado (lado “B”), encontramos a los anunciantes quienes se benefician de que sus anuncios publicitarios sean mostrados de forma personalizada a los usuarios mientras estos interactúan en la plataforma de Facebook.

En esa línea, los efectos de red indirectos –junto con el valor de la data, como veremos más adelante– conllevan a un fenómeno denominado *zero price*, característico de las plataformas de dos lados, en los que, para atraer a más usuarios al lado “A” de la plataforma se les cobra un precio monetario “cero” en la medida que la presencia de estos usuarios es altamente valorada por el lado “B” de la plataforma¹⁵.

De esta manera, si bien estos servicios parecerían ser “gratis” para el lado “A” de la plataforma, en realidad están siendo solventados de forma indirecta por el lado “B”, por ejemplo, a través del *fee* que pagan los *retailers* a Amazon por cada venta que realizan a través de la plataforma o por los ingresos publicitarios que pagan los anunciantes a Facebook por el despliegue de los anuncios personalizados en su plataforma¹⁶.

En ese sentido, debido a los efectos de red indirectos, mientras más usuarios existan en el lado “A”

de la plataforma más usuarios de lado “B” (p.e. anunciantes o *retailers*) la considerarán valiosa y se verán atraídos a invertir en la misma, lo que generará que la plataforma obtenga mayor participación en el mercado y dificultará la entrada de nuevos competidores que no tengan una gran base de usuarios¹⁷.

Por ello, podrá generarse el escenario que –debido a los efectos de red directos e indirectos– entre dos productos o servicios competidores, sea el que tenga una red de usuarios más grande –y no necesariamente el que ofrezca el mejor producto o servicio– el que obtenga una participación más significativa en el mercado¹⁸.

Por ello, se ha propuesto el *multihoming* y la interoperabilidad como mecanismos para promover la competencia mercados digitales que se caractericen por tener efectos de red importantes, como veremos a continuación¹⁹.

2.1 Multihoming

El *multihoming* es entendido como la posibilidad de usar en paralelo dos plataformas; así, por ejemplo, un usuario, además del motor de búsqueda de Google, puede utilizar en simultáneo los motores de búsqueda *Bing* (producto Microsoft) o *Duck Duck Go* (enfocado en la protección de la privacidad de sus usuarios)²⁰.

Sin embargo, el *multihoming* no es en la práctica tan sencillo para los usuarios debido a que existen

14 Competition Markets Authority (CMA) (2020) Online platforms and digital advertising. Market study final report. Extraído de: <https://www.gov.uk/cma-cases/online-platforms-and-digital-advertising-market-study>. p. 9.

15 Crémer, Jacques, Montjoye Yves-Alexandre y Heike Schweitzer. *Op cit.* p. 22

16 CMA. *Op cit.* p.8.

17 Digital Regulation Platforms. Competition and Economics. Explanation of externalities in digital platforms. En: <https://digitalregulation.org/explanation-of-externalities-on-digital-platforms/>

18 Krugman, Paul y Robin Wells. *Op cit.* p.482.

19

20 Shapiro C & Varian, H (1999) Information Rules. A Strategic Guide to the Network Economy. Harvard Business School Press. p. 184

“costos de migración colectivos”²¹, los mismos que se encuentran referidos a la dificultad que tienen los usuarios para coordinar de forma masiva la migración a una nueva plataforma, lo cual reduce además los pocos incentivos que tienen para hacerlo debido al “efecto arrastre” que comentamos anteriormente.

Asimismo, si bien el *multihoming* entre motores de búsqueda pareciera, en principio, no tener restricciones, los usuarios podrían ser alentados sistemáticamente a permanecer en la misma plataforma —o, al menos, dificultar su migración— mediante el uso de opciones por defecto²². Así, por ejemplo, en el caso Google *Android*, la Comisión Europea tomó en cuenta en su análisis los sesgos que tenía los usuarios por el “*status quo*” y su tendencia a permanecer en la *app* del motor de búsqueda que estuviera preinstalado por defecto en sus dispositivos móviles.

2.2 Interoperabilidad

La interoperabilidad se encuentra referida a la posibilidad de conectar plataformas a través de *Application Program Interfaces* (APIs). En ese sentido, los APIs funcionan como un “traductor” que permite que dos plataformas que hablan dos lenguajes informáticos distintos puedan comunicarse entre sí²³. Por citar un ejemplo, desde la adquisición de Instagram por parte de Facebook, vemos como ambas plataformas han alcanzado cierto grado de interoperabilidad en la medida que un usuario puede “postear” fotos y subir “*stories*” de manera simultánea tanto en Instagram como Fa-

cebook e, incluso, tiene la opción de comunicarse mediante mensajes entre ambas plataformas.

En relación con ello, se ha propuesto que la implementación de obligaciones específicas de interoperabilidad en mercados digitales podría reducir los costos de migración, así como la ventaja competitiva que proporcionan los efectos de red a las plataformas que cuentan con una gran base de usuarios establecida²⁴. Estas propuestas, recuerdan las obligaciones de interoperabilidad impuestas a las operadoras de telefonía (que operan en mercados también caracterizados por efectos de red) para garantizar la comunicación entre los usuarios de las distintas compañías²⁵.

Asimismo, cabe precisar que existen antecedentes de que, hace algunos años, Facebook buscó limitar la interoperabilidad de su plataforma. En efecto, una *start-up* denominada *Power Ventures* creó una novedosa plataforma que interconectaba diversas redes sociales —entre las que estaba Facebook— y a la que un usuario podía ingresar con una clave única. Sin embargo, en el 2008, Facebook demandó a *Power Ventures* alegando que dicha plataforma vulneraría sus políticas de privacidad, logrando que el juez ordenara a dicha *start-up* pagarle más de 3 millones de dólares como indemnización por daños y perjuicios²⁶.

2.3 Data como ventaja competitiva

La data es un insumo muy valorado en diversos sectores e industrias tradicionales, en particular, la data de los clientes actuales y potenciales. Así,

21

22 OCDE. 2016. *Op cit.* p.17

23 Stigler Center Study of the Economy & the State, Chicago Booth, Final Report. 2019, Extraído de: <https://research.chicagobooth.edu/stigler/media/news/committee-on-digital-platforms-final-report>. p. 16

24 Rogerson, William y Howard Shelanski (2020). Antitrust Enforcement, Regulation and Digital Platforms. *University of Pennsylvania Law Review*. [Vol. 168: 1911-1940]. p. 1927.

25 Stigler Center Study of the Economy & the State, Chicago Booth. *Op cit.* p. 16

26 No. C 08-5780 JF (RS) (2009, Facebook, Inc. v. Power Ventures, Inc., WL 3429568, at *2 (N.D. Cal. Oct. 22, 2009)

por ejemplo, el *score* creditico es importante en el sector financiero para evaluar el riesgo de otorgar un crédito; y, el uso de la data de los clientes para segmentar sus preferencias y patrones de consumo es importante para el ofrecimiento promociones y publicidad personalizada²⁷.

No obstante, en los mercados digitales la data ha cobrado un rol fundamental, siendo incluso considerada el “petróleo” de la economía digital. Ello se debe a que los mercados digitales no solo se basan en la data sino en la *Big Data*. Si bien no hay una definición establecida de Big Data en la literatura, suele ser explicada en base cuatro elementos que la caracterizan, conocidos como las 4 “V”s: (i) Volumen, (ii) Variedad; (iii) Velocidad y (iv) Valor²⁸.

De este modo, la Big Data se caracteriza por la recolección de grandes cantidades de data (volumen), (ii) proveniente de diversas fuentes (variedad), (iii) recolectada y transmitida con mucha rapidez, incluso en tiempo real (velocidad); y, lo más importante, que gracias a tecnología específica y al análisis de datos, puede extraerse de la data un inmenso valor comercial²⁹.

En ese sentido, en los mercados digitales la Big Data se ha convertido en un insumo esencial de la inteligencia artificial y, por tanto, para la creación y desarrollo de nuevos productos, servicios y procesos, lo que ciertamente le otorga una importante ventaja competitiva.³⁰

Del mismo modo, la Big Data en conjunto con los efectos de red crean un “*feedback loop*” o “bucle

de retroalimentación” en la medida que una plataforma con una gran base de usuarios recolectará más data con la que podrá mejorar la calidad de su producto o servicio, lo que, a su vez, le permitirá atraer más usuarios. Así, por ejemplo, mientras un motor de búsqueda cuenta con más información sobre búsquedas realizadas por los usuarios podrá perfeccionar sus algoritmos para que arrojen resultados más precisos y relevantes y, gracias a ello, continuar atrayendo más usuarios³¹.

Por ello, la explotación de la *Big Data* tiene un gran valor comercial y genera una gran ventaja competitiva tanto a quien la recolecta y procesa ya sea para invertirla en sus propios productos y servicios o para monetizarla a través de la comercializarla a terceros.

2.4 Incremento extremo de economías de alcance y creación de Ecosistemas

Las economías de alcance también están presentes en las industrias tradicionales y se refieren a que, una vez que una empresa ofrece un servicio, será más eficiente al incursionar en mercados adyacentes en la medida que puede hacer uso de los recursos de los que ya dispone como, por ejemplo, infraestructura, maquinaria, personal, etc³².

Ahora bien, en los mercados digitales las economías de alcance adquieren una dimensión mucho más importante, principalmente debido al valor que extraen de la Big Data. Esto último pues la gran cantidad de data recolectada en una determinada línea de negocios puede ser también utili-

27 European Data Protection Supervisor (2014) Preliminary Opinion. Privacy and competitiveness in the age of big data. Extraído de: https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/opinions/privacy-and-competitiveness-age-big-data_en p.8

28 Andrea de Mauro, Marco Greco and Michele Grimaldi (2016). A Formal Definition of Big Data Based on its Essential Features”, Library Review, Vol. 65., No 3. p. 123

29 Stucke, Maurice y Allen Grunes. *Op. cit.* p. 23

30 Crémer, Jacques, Montjoye Yves-Alexandre y Heike Schweitzer. *Op cit.* p. 22

31 OCDE (2016). *Op cit.* p.10

32 Crémer, Jacques, Montjoye Yves-Alexandre y Heike Schweitzer. *Op cit.* p. 33

zada por una empresa para mejorar sus algoritmos y tecnología a fin de expandirse a mercados adyacentes con mayor facilidad y a un precio relativamente bajo³³.

Así, por ejemplo, podemos mencionar los modelos de negocios de Google y Facebook que crean grandes ecosistemas de productos complementarios y servicios alrededor de un servicio principal. En efecto, si bien el servicio principal de Google es el motor de búsqueda “*Google Search*” tiene además presencia en los mercados de navegadores (a través de *Chrome*), sistemas operativos (a través de *Android*) y de *streaming* de video (a través de *Youtube*). De la misma forma, Facebook mantiene como su línea de negocio principal su plataforma de red social; sin embargo, ha logrado expandirse también a mercados adyacentes como mensajería, juegos online y *retail*³⁴.

Si bien los ecosistemas implican eficiencias y mejoras significativas en la experiencia del usuario; las empresas pueden desplegar estrategias que creen efectos “*lock-in*” o efectos “*de bloqueo*” para que los usuarios permanezcan dentro del ecosistema, dificultando o haciendo más costosa su salida. Dichas estrategias pueden incluir dificultar la posibilidad de que los usuarios realicen *multihomeing* o no permitir que los productos y servicios del ecosistema sean interoperables con productos fuera del mismo³⁵.

Así, por ejemplo, en el caso *Google Android* la Comisión Europea sancionó a Google porque a través de distintas estrategias anticompetitivas habría utilizado su sistema operativo *Android* como

un vehículo para consolidar la posición de dominio de otro producto de su ecosistema en el mercado de búsqueda general: el motor de búsqueda “*Google Search*”.

3. Principales retos y propuestas en el análisis de los actos de abuso de posición en los mercados digitales

3.1 Definición de mercado relevante

El primer paso para determinar un supuesto abuso de posición de dominio consiste en la definición del mercado relevante. En efecto, el análisis de la posición de dominio de la empresa investigada será realizada en base al mercado relevante previamente determinado. Dicha definición, se basará en el (i) mercado de producto relevante, el que se encuentra determinado por la demanda de un producto específico y sus sustitutos cercanos; y, por (ii) el mercado geográfico, el que responde al espacio geográfico en el cual interactúan la oferta y la demanda respecto de un determinado producto o servicio³⁶.

Ahora bien, se ha sostenido que las características particulares de los mercados digitales ameritan repensar las herramientas tradicionales para la definición de mercado³⁷. En efecto, las herramientas tradicionales suelen basarse en parámetros de precios para la definición de mercado, por lo que difícilmente podrán ser utilizadas con la misma

33 Nadler, J y David Cicilline. *Op cit.* p. 40.

34 CMA. *Op cit.* p. 18.

35 Crémer, Jacques, Montjoye Yves-Alexandre y Heike Schweitzer. *Op cit.* p. 48

36 Figari, Hugo Gómez y Mario Zúñiga (2005). Hacia una metodología para la definición del mercado relevante y la determinación de la existencia de posición de dominio. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual* p.160

37 Comisión Federal de Competencia Económica -COFECE (2018) Repensar la Competencia en la Economía Digital. Extraído de: https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/03/repensarlacompetenciaenlaeconomíadigital_01022018.pdf. p.50

eficacia en mercados digitales que presentan “precios cero”³⁸.

Así las cosas, una de las herramientas metodológicas más importantes para definir el mercado relevante es el test del monopolista hipotético (SSNIP, por sus siglas inglés). Este requiere que para determinar el mercado relevante, la autoridad analice a qué otros productos irían los consumidores si se produce un incremento de precio “pequeño pero significativo y no transitorio” en el producto investigado³⁹.

Por ejemplo, en el caso *Google Shopping* (2017) la Comisión Europea optó por no utilizar el SSNIP test en la medida que Google brindaba sus servicios de búsqueda general (a través de su motor de búsqueda) de manera gratuita a sus usuarios⁴⁰. En ese sentido, resaltó que, en la medida que en los mercados de búsqueda general se caracterizan por tener “precio cero”, resultaba preferible tener en cuenta otros parámetros para la definición del mercado relevante y el análisis de sustituibilidad del producto, entre los que se encontraban el nivel de relevancia de los resultados, la velocidad con que los resultados eran provistos y si la interfaz era atractiva para los usuarios.

De la misma manera, en el caso *Google Android* (2018), la Comisión Europea decidió no utilizar el SSNIP test para definir el mercado de sistemas operativos móviles con licencia y, en su lugar, utilizó el SSNDQ test (por su siglas en inglés), una herramienta que se basa en parámetros de calidad para determinar el mercado relevante y que implica analizar a qué otros productos sustitutos irían

los consumidores si se produce una **reducción de calidad** “pequeña pero significativa y no transitoria” en el producto investigado⁴¹.

En esa misma línea, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante, OCDE) ha resaltado la importancia de introducir parámetros de competencia distintos al precio al momento de delimitar el mercado relevante en mercados digitales como, por ejemplo, la innovación, la calidad o privacidad. Sin embargo, también reconoce que este análisis puede ser complejo y el acceso a data insuficiente, por lo que es importante contar con evidencia sobre las reacciones de los consumidores ante cambios en los parámetros mencionados, ya sea a través de encuestas informes o documentación interna⁴².

Además, debe tenerse en cuenta que la definición del mercado geográfico normalmente considera para su análisis las barreras geográficas y barreras al comercio. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que los mercados digitales permiten acceder a productos o servicios desde lugares lejanos a donde son producidos a un costo muy bajo, por lo que el ámbito geográfico puede ampliarse en gran medida, dificultando así su delimitación.⁴³

Asimismo, otro aspecto importante para la definición de mercado relevante en mercados digitales es la presencia plataformas de dos lados caracterizadas por efectos de red directos e indirectos. En ese sentido, existe un consenso en que una definición del mercado relevante debería considerar ambos lados de las plataformas y la interacción

38 Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos – OCDE (2020) Abuse of Dominance in Digital Markets. Extraído de: <https://www.oecd.org/dafl/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf>. p.14

39 Figari, Hugo Gómez y Mario Zúñiga (2005). *Op cit.* p.161

40 Comisión Europea. Caso AT.39740. *Google Shopping* (2017), numeral 245.

41 Caso AT.40099, *Google Android*, (2018), numeral 266.

42 OCDE (2020). *Op cit.* p.14

43 COFECE. *Op cit.* p. 51

que estos tienen entre sí, así como los efectos de red involucrados⁴⁴.

No obstante, se ha criticado que en el análisis de casos de mercados digitales resueltos por la Comisión Europea (p.e *Google Shopping*), esta autoridad únicamente hace referencia a que se trata de plataformas de dos lados, sin incorporar la interrelación entre ambos lados de la plataforma en la definición del mercado relevante⁴⁵.

De igual manera, se ha propuesto que la definición de mercado relevante considere la importancia de los ecosistemas digitales y los mercados que lo conforman. Esto teniendo en cuenta que son estos bastante dinámicos y se interrelacionan entre sí, por lo que sus límites no suelen estar del todo definidos y pueden ser variables con el tiempo⁴⁶.

Por lo expuesto, las características particulares de los mercados digitales como efectos de red, múltiples lados y ecosistemas digitales podrían dificultar en gran medida una delimitación clara del mercado relevante bajo las herramientas tradicionales. En atención a ello, es importante que la autoridad de competencia considere las características particulares de los mercados digitales al definir

el mercado relevante y, de ser necesario, adapte las herramientas tradicionales para dicho fin.⁴⁷

Es en esa línea que la Comisaria de Competencia de la Comisión Europea, Margrethe Vestager, anunció recientemente que la Comisión Europea se encontraba revisando las directrices relativas a la definición de mercado relevante⁴⁸ –que data de 1997– a fin de que estos se adecuen a la características y retos de los mercados digitales, teniendo en consideración que las herramientas tradicionales podrían necesitar ser ajustadas para poder delinear de mejor manera los mercados digitales.⁴⁹

3.2 Indicadores de la existencia de una posición de dominio

Una empresa cuenta posición de dominio cuando tiene la posibilidad de restringir o afectar las condiciones de oferta o demanda en el mercado relevante, comportándose de manera independiente a su competidores, clientes y proveedores, sin que estos puedan contrarrestar dicha posibilidad⁵⁰.

Es importante resaltar que el solo hecho de que una empresa ostente posición de dominio no constituye una conducta ilícita o anticompetitiva, sino únicamente el abuso que se haga dicha posi-

44 Crémer, Jacques, Montjoye Yves-Alexandre y Heike Schweitzer. *Op cit.* p. 45.

45 Robertson, Viktoria H.S.E (2020) Antitrust Law and Digital Markets: A Guide to the European Competition Law Experience in the Digital Economy. Extraído de: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3631002>. p.6

46 Robertson, Viktoria H.S.E (2021) Antitrust Market Definition for Digital Ecosystems. *Concurrences* N° 2-2021. I Competition policy in the digital economy. Extraído de: <https://ssrn.com/abstract=3844551> p.4

47 Federal Ministry for Economic Affairs and Energy. A new competition framework for the digital economy. Report by the Commission “Competition Law 4.0” Extraído de: https://www.bmwi.de/Redaktion/EN/Publikationen/Wirtschaft/a-new-competition-framework-for-the-digital-economy.pdf?__blob=publicationFile&v=2 p. 31

48 Comisión Europea. “Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia”. Diario Oficial N° C 372 de 09/12/1997 p. 0005 - 0013

49 Margrethe Vestager. “*Defining Markets in a new age*”. Discurso pronunciado en “Chillin’ Competition Conference”, Bruselas, el 9 de diciembre de 2019.

50 Caso 85/76 *Hoffmann-La Roche v Commission* EU :C:1979:36. Esa misma línea, el artículo 7° del Texto Único Ordenando de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas señala que una empresa ostenta posición de dominio en un mercado relevante cuando “(...) *tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad*”.

ción para afectar o restringir la competencia en el mercado relevante (acto de abuso de posición de dominio).

Para determinar la posición de dominio, se tomarán en cuenta diversos factores o indicadores, encontrándose entre los más importantes que la empresa cuente con una participación significativa en el mercado relevante, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios investigados, el desarrollo tecnológico de los productos o servicios involucrados, la existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económico o estratégico, entre otros.

Ahora bien, las características de los mercados digitales que hemos desarrollado en la sección “II” del presente trabajo, en particular, los efectos de red y la data como ventaja competitiva podrían generar que la posición de dominio en estos mercados se despliegue de un modo distinto a cómo sucede en mercados tradicionales. En ese sentido, los indicadores que tradicionalmente se utilizan para medir la posición de dominio podrían requerir adecuarse a las características propias de los mercados digitales como veremos a continuación.⁵¹

3.2.1 Escenario “*the winner takes it all*” o el “ganador se lleva todo”

La combinación de las características de los mercados digitales descritas en la sección “II” del presente trabajo conlleva a que los mercados digitales sean propensos a hacer “*tipping*” o estar “inclinados”, es decir, a alcanzar un punto de inflexión en el que el mercado tenderá naturalmente hacia

una única empresa, la que ostentará una ventaja significativa en el mercado o mercados involucrados⁵². Este escenario es conocido como “*the winner takes it all*” o “*el ganador se lleva todo*”.

Así, el proceso competitivo cambia de una competencia “*en*” el mercado a una competencia “por el mercado”⁵³, en el que las empresas compiten por convertirse en la “ganadora” del mercado. Ello implica que consumidores solo podrán beneficiarse de la competencia, entre diversas empresas, en el mercado digital involucrado por un periodo relativamente corto hasta que una de estas empresas incumbentes adquiera una ventaja significativa en el mercado.⁵⁴

Ahora bien, este escenario no será necesariamente perjudicial mientras exista competencia “por el mercado”, esto es, que la empresa “ganadora” del mercado enfrente presión competitiva por parte de potenciales entrantes (mercados contestables), dado que así tendrá incentivos para continuar mejorando sus productos y servicios y, así, evitar la entrada de otra empresa innovadora al mercado que pueda terminar desplazándola⁵⁵.

Sin embargo, como desarrollamos en la sección “II”, algunas de las características de los mercados digitales como efectos de red, economías de escala y la explotación de la *Big Data*, propiciarían mercados digitales poco contestables y con altas barreras de entrada que dificultarían el ingreso de nuevos competidores. Asimismo, dichas características tenderían a crear efectos *lock-in* o de “bloqueo”, a fin mantener a los usuarios dentro los ecosistemas digitales y, así, proteger la base de usuarios que le otorga a la empresa la ventaja competitiva.⁵⁶

51 Robertson, Viktoria (2021). *Op cit.* p.49

52 Stigler Center Study of the Economy & the State, Chicago Booth. *Op cit.* p. 8

53 *Ibidem.* p. 29

54 Stigler Center Study of the Economy & the State, Chicago Booth. *Op cit.* p. 35

55 COFECE (2018) *Op cit.* p 19.

56 CMA (2020) *Op cit.* p. 31

En ese sentido, se sugiere que la poca contestabilidad de estos mercados –pese a la alta rentabilidad que estos ofrecen– puede deberse a la concentración y altas barreras de entrada que estos erigen, debido a la combinación particular de sus características, las que se verían reforzadas –como veremos más adelante– por potenciales conductas exclusorias a fin de mantener su posición de dominio en el mercado⁵⁷.

Por ello, resulta fundamental que, al momento de analizar si determinada empresa ostenta una posición de dominio, la autoridad de competencia tome en cuenta las características particulares de los mercados digitales, como los efectos de red, las economías de escala y alcance y la explotación de la Big Data, así como el impacto que estas tienen, combinadas, sobre sus competidores (actuales y potenciales), proveedores y clientes⁵⁸.

En esa línea, el parlamento alemán realizó en el 2017 la novena reforma de su Ley de Competencia (en adelante, GWB por sus siglas en alemán) con el objetivo de hacer frente a los nuevos desafíos de los mercados digitales. En ese sentido, incluyó en el artículo 18 (3) del GWB los siguientes indicadores para determinar la posición de dominio en mercados de dos lados y plataformas: (i) los efectos de red directos e indirectos, (ii) la existencia de *multihoming* y los costos de migración, (iii) las economías de escala y los efectos de red, (iv) el acceso a data como ventaja competitiva; y, (v) la presión competitiva que enfrenta la empresa a través de la innovación.

Así, por ejemplo, en el caso llevado a cabo por el *Bundeskartellamt* (autoridad de competencia alemana) contra Facebook, por abuso de posición de dominio, se tomaron en consideración los indicadores del artículo 18 (3) del GWB⁵⁹ para deter-

minar la posición de dominio de dicha empresa en el mercado de redes sociales.

En ese sentido, consideró que Facebook tenía posición de dominio en el mercado de redes sociales en la medida que, además de tener una cuota del 95% en el territorio alemán, presentaba las siguientes características (i) existían externalidades directas e indirectas que generaban barreras de entradas pues debía alcanzarse un número crítico de usuarios para que la red social sea atractiva en el mercado; (ii) no se evidenciaba la existencia de *multihoming*; y, (iii) Facebook tiene un importante acceso a data relevante que permitía mejorar el diseño de la plataforma y monetizar el servicio a través de publicidad online.

De esta manera, concluyó que el mercado de redes sociales era un mercado que había hecho *tiping* favor de Facebook, la que se habría erigido como un monopolista o “casi” monopolista en dicho mercado.

Asimismo, en el caso *Google Shopping*, la Comisión Europea consideró que Google tenía posición de dominio en el mercado de búsqueda general online, para lo cual tomo en consideración, además de las cuotas de mercado, las barreras de entrada y expansión, la falta de *multi-homing*, entre otros factores⁶⁰.

3.2.2 Plataformas *Gatekeepers* o guardianas de acceso.

Las grandes plataformas pueden llegar a obtener un gran poder de intermediación, control o influencia entre empresas que brindan servicios digitales (usuarios profesionales) y los usuarios finales. Estas plataformas son llamadas *gatekeepers* o

57 Stigler Center Study of the Economy & the State, Chicago Booth. *Op cit.* p.34

58 Robertson, Viktoria (2020). *Op cit.* 10.

59 Bundeskartellamt. (2019) Caso Facebook. B6-22/16.

60 Comisión Europea (2017) Caso AT.39740. *Google Shopping*.

“guardianas de acceso”, en tanto funcionan como las principales vías de acceso para que las empresas digitales puedan acceder a usuarios o clientes potenciales⁶¹.

Así, por ejemplo, la plataforma de Amazon (*Marketplace*) funciona como la puerta de acceso al comercio online para los *retailers* independientes (usuarios profesionales) que buscan vender en internet sus productos a potenciales clientes (usuarios finales). De la misma manera, la tienda de aplicaciones de Apple, “*Istore*” funciona como la puerta de acceso para que los desarrolladores de aplicaciones (usuarios profesionales) puedan poner a disposición de los usuarios de *Iphone* (usuarios finales) sus aplicaciones para descarga.

Ahora bien, el reporte del Subcomité en Antitrust de la Cámara de Representantes destaca que las plataformas “GAFA” (Google, Amazon, Facebook y Apple) tendrían un rol de *gatekeepers* en canales de distribución cruciales en sus respectivos mercados⁶², y podrían estar utilizando dicha posición para mantener su poder de mercado⁶³.

En esa línea, en enero de 2021, el parlamento alemán realizó la décima reforma al GWB, en la cual se incorporó como un indicador de posición de dominio en mercados de múltiples lados el que la empresa cuente con “poder de intermediación”. Es decir, el GWB tomará como un indicador de posición de dominio el que la plataforma cumpla con un rol de *gatekeeper* en atención a la importancia que ello implica para el acceso a determinado mercado o mercados,

Ahora bien, la Comisión Europea presentó, en diciembre de 2020, una propuesta normativa de

nominada “Ley de Mercado Digitales” (en adelante, DMA por sus siglas en inglés), la que buscaría abordar los presuntos efectos negativos en la competencia que producirían las plataformas *gatekeepers*, debido a las características que presentan, tales como efectos de red, economías de escala y data como ventaja competitiva.⁶⁴ En ese sentido, el DMA tendrían como objetivo asegurar la contestabilidad de dichos mercados, es decir, que no se impida o dificulte la entrada de nuevos competidores.⁶⁵

De acuerdo con la propuesta, la Comisión Europea determinará que una plataforma califica como *gatekeeper* en base a tres criterios objetivos: (i) impacto significativo en el mercado, (ii) importante poder de intermediación entre una gran base de usuarios profesionales y finales y, (iii) una posición duradera y estable en el mercado. Así, las empresas calificadas como *gatekeepers* estarán sujeta a una serie de obligaciones y prohibiciones, entre las que se encuentran prohibiciones como realizar *self-preferencing* o autofavorecimiento y la preinstalación de aplicaciones, así como a obligaciones específicas de interoperabilidad y acceso a data relevante en casos específicos, entre otras.

Sin embargo, dicha propuesta parece alejarse del derecho de la competencia y acercarse más a un régimen *ex ante*, ejercido por la Comisión Europea, en tanto no será necesario definir un mercado relevante o analizar la posición de dominio para determinar la condición de *gatekeeper*, sino que esta será determinada en base a criterios objetivos previamente establecidos en la norma, y en mérito de la cual se le impondrá una serie de obligaciones y prohibiciones, sin posibilidad de presentar una justificación de eficiencias.

61 Stigler Center Study of the Economy & the State, Chicago Booth. *Op cit.* p 105

62 Nadler, J y David Cicilline. *Op cit.* p. 6

63 Ídem.

64 Ibáñez Colomo, Pablo (2021). *Op cit.* p. 2

65 El texto completo de la propuesta puede revisarse en: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-markets-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets_en

En una línea similar, la décima reforma al GWB introdujo una nueva herramienta en la sección 19 (a) su Ley de Competencia que apuntaría a los agentes con una “importancia primordial en los mercados” y permitiría imponerle una serie de medidas como la prohibición de *self-preferencing* o autofavorecimiento, así como de impedir el acceso a data relevante para la competencia.

Dicha herramienta, ha sido también denominada como un “poder de mercado de una nueva naturaleza”, en tanto no se basaría en los indicadores de posición de dominio tradicionales, sino en la posición especial que tienen los *gatekeepers* para determinar el acceso al mercado de otras empresas y para determinar cómo interactúan entre ellas.⁶⁶

Finalmente, cabe precisar que, en contraposición con el DMA, la herramienta prevista en el GWB sí mantiene un análisis *ex post*, característico del análisis de los actos de abuso de dominio y, en ese sentido, permite que la empresa pueda justificar las eficiencias que tendría su conducta en el mercado, a fin de que ello pueda ser evaluado por la autoridad de competencia⁶⁷.

4. Actos de abuso de posición de dominio en mercados digitales

Una vez se hubiera determinado que una empresa cuenta con posición de dominio en el mercado relevante, corresponde analizar si dicha empresa ha incurrido en actos que impliquen el abuso de dicha posición y que tengan como efecto una restricción indebida de la competencia.

Conforme mencionamos en la sección anterior, la posición de dominio en sí misma no es ilícita, sino que solo lo será cuando implique un abuso de dicha posición para generar efectos negativos sobre la competencia⁶⁸. En ese sentido, el análisis de los efectos de la conducta cobra especial relevancia en el análisis que realiza la autoridad de competencia de un acto de abuso de posición de dominio.

Si bien no existe una lista cerrada de actos que pueden constituir un abuso de posición de dominio, existen ciertas categorías o modalidades “tradicionales” que han sido ejemplificadas en la normativa o han sido recogidas por la jurisprudencia como, por ejemplo, las ventas atadas, la discriminación, los contratos de exclusividad, entre otros. Ahora bien, dicha lista no es exhaustiva, por lo que la autoridad de competencia puede también analizar conductas novedosas que constituyan un abuso de posición de dominio, pero que no calcen dentro de las categorías “tradicionales” mencionadas.⁶⁹

En ese sentido, a efectos del análisis de casos de abuso de posición de dominio en mercados digitales, la autoridad de competencia puede encausar las conductas en las categorías tradicionales ya establecidas de abuso de posición de dominio o desarrollar nuevas categorías en el contexto específico de los mercados digitales⁷⁰.

Por ello, en esta sección, exploraremos los principales tipos de conductas de abuso de posición de dominio en mercado digitales en base a la casuística de distintas agencias de competencia, in-

66 Brook, Or y Eben, Magali (2021) Abuse without dominance and monopolisation without monopoly (2021). Akman, Brook, Stylianou (eds.) Research Handbook on Abuse of Dominance and Monopolization (Edward Elgar Publishing, próximo a publicarse). Extraído de: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=>. pp. 17-18

67 Ídem

68 OECD (202). *Op cit.* p.11

69 Robertson, Viktoria (2020). *Op cit.* p. 13

70 Ibidem. p 14

cluyendo casos resueltos, demandas presentadas e investigaciones en curso.

4.1 Ventas atadas (Google Android)

El caso Google Android⁷¹ ejemplifica cómo pueden ser aplicadas categorías tradicionales de abuso de posición de dominio en el análisis de actos de abuso de posición de dominio en mercados digitales. En este caso, la Comisión Europea sancionó a Google con la multa más alta impuesta hasta la fecha por dicha entidad (4,34 billones de euros), en la medida que, desde el 2011, impuso restricciones ilegales a los fabricantes de dispositivos Android y operadores de redes móviles a fin de consolidar la posición dominante de su motor de búsqueda *Google Search*

Ahora bien, la Comisión Europea determinó que, en este caso, debían considerarse tres mercados relevantes en los que Google tenía posición de dominio: (i) el mercado de servicios de búsqueda general, en el que Google tenía posición de dominio con su motor de búsqueda *Google Search*; (ii) el mercado de sistemas operativos móviles, en el que Google tenía posición de dominio con su sistema operativo *Android*; y, (iii) el mercado de tiendas de aplicaciones, en el que Google era dominante con su tienda de aplicaciones *Play Store*.

Una vez realizada la definición de mercado relevante y determinada la posición de dominio, la Comisión Europea analizó tres conductas de Google que habrían constituido actos de abuso de su posición de dominio. Para efectos del presente trabajo, nos centraremos en la conducta realizada por Google, que fue calificada por la Comisión Europea como una “venta atada”, consistente en condicionar a los fabricantes de dispositivos *An-*

droid la licencia de la aplicación *Play Store* a la preinstalación previa de las aplicaciones *Google Search* (motor de búsqueda) y *Chrome* (navegador)⁷².

Así, Google ofrecía la licencia de sus aplicaciones *Google Search*, *Chrome* y la *Play Store* a los fabricantes de dispositivos móviles como un paquete, no siendo posible adquirir estas por separado. Al respecto, un dato clave es que la tienda de aplicaciones *Play Store* no podía ser descargada legalmente por los usuarios, por lo que estos requerían adquirir el equipo con la aplicación de la *Play Store* ya instalada en el mismo. De esta manera, con dicha “atadura” Google buscaba que las aplicaciones *Google Search* y *Chrome* fuera también preinstaladas en conjunto con la *Play Store* en todos los dispositivos móviles *Android*.

Con relación al análisis de los efectos de la conducta, la Comisión Europea consideró que con la venta atada de las aplicaciones *Play Store*, *Google Search* y *Chrome*; Google buscaba consolidar la posición de dominio de su motor de búsqueda *Google Search* en el mercado de búsqueda general. En efecto, asegurando la preinstalación de las aplicaciones *Google Search* y *Chrome* en los dispositivos móviles Android, Google buscaba que el tráfico de búsquedas generales, realizadas a través de estos dispositivos, fuera dirigido a la aplicación de su motor de búsqueda (*Google Search*) o a la de su navegador (*Chrome*), pues este último mostraba a *Google Search* como motor de búsqueda por defecto en su página de inicio.

Al respecto, la Comisión Europea tomó en consideración que los usuarios mostraban una tendencia o sesgo por mantenerse en el *status quo* o en la opción predeterminada que venía preinstalada con su equipo, siendo muy limitado el *multihom-*

71 Comisión Europea (2018) Caso AT.40099. *Google Android*.

72 Las otras dos conductas consistieron en (i) realizar pagos ilegales para la preinstalación exclusiva de *Google Search* a operadores y fabricantes, entre los que se encontraba Apple; y, (ii) acuerdo *anti-forking*, para la obstrucción al desarrollo y distribución de sistemas operativos competidores de Android (forks), pese a que era un sistema de código abierto.

ming. En efecto, en los dispositivos con sistema operativo *Android* en los que las aplicaciones móviles *Google Search* y *Chrome* estaban preinstaladas, más del 95 % de todas las búsquedas se realizaban a través del motor de búsqueda de Google. En contraste, en los dispositivos con sistema operativo *Windows Mobile*, que tenía preinstalada la aplicación del motor de búsqueda *Bing* (de Microsoft), solo el 25 % de todas las búsquedas se realizaron a través del motor de búsqueda de Google.

De este modo, la Comisión consideró que la conducta anticompetitiva de Google generó efectos negativos sobre el mercado, al reducir los incentivos de los fabricantes para preinstalar aplicaciones de búsqueda y de navegación competidoras, así como también redujo los incentivos de los usuarios para descargar aplicaciones distintas a las de Google y hacer *multihoming* con otros motores de búsqueda.

En relación con las ventas atadas en los mercados digitales, la OCDE ha destacado que, en atención a las características que presentan estos mercados, la conducta resultaría atractiva para las plataformas incumbentes dado que puede ser implementada con relativa facilidad (p.e creando una interfaz que permita conectar ambos productos)⁷³. Asimismo, dada la importancia de los efectos de red en mercados digitales, existirían incentivos para incurrir en ventas atadas a fin de ampliar la base de usuarios del producto o servicio atado y, de esta manera, trasladar la posición de dominio a otros productos o servicios que formen parte de su ecosistema⁷⁴.

Finalmente, cabe mencionar que, recientemente, el DOJ de Estados Unidos demandó a Google,

entre otras cosas, por monopolización (el equivalente en la legislación norteamericana al abuso de posición de dominio), en la categoría de ventas atadas, al condicionar la licencia de la *Play Store*, a que sea preinstalada, en paquete, con las aplicaciones Google, Gmail, Maps y Youtube, sin brindar la opción a que sean desinstaladas.⁷⁵

4.2 *Self preferencing* y *Google Shoooping*

A grandes rasgos, el “*self-preferencing*” o “autofavorecimiento” implica que una empresa o plataforma busque expandir su posición de dominio a otro mercado mediante el favorecimiento de sus propios productos⁷⁶. El caso más relevante, en el cual se analizó esta conducta de abuso de posición de dominio, es el caso llevado a cabo por la Comisión Europea “*Google Search (Shopping)*”.

En el 2017, luego de más siete años de investigación, la Comisión Europea sancionó a Google con 2.42 billones de euros por incurrir un abuso de posición al utilizar su motor de búsqueda general *Google Search* para autofavorecer a su propio producto, el comparador de compras *Google Shopping*; y, de esta manera, excluir a los comparadores de compras competidores. En el presente caso, la Comisión Europea analizó el mercado relevante y la existencia de una posición de dominio de la siguiente manera:

1. Mercado de servicios de búsqueda general: La Comisión determinó que Google contaba con posición de dominio en el servicio de búsqueda con su motor de búsqueda “*Google Search*”. Dicho mercado abarca las búsquedas realizadas por un usuario a través de *Google Search* cuando ingresa una palabra clave (a

73 OECD (2020). *Op cit.* p 42

74 Ídem

75 Ver texto completo de la demanda en: <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1328941/download>

76 Paemen, Dieter y Aleksander Tombiński. The Google comparative shopping case. A critical take on the arguments. Competition Law Insight. Extraído de: https://www.cliffordchance.com/briefings/2017/10/cpi_article_on_thegooglecomparativeshoppin.html. p 3

“*query*”) y, en función a determinados algoritmos, se le muestra una variedad de resultados que abarcan distintas categorías entre los que se muestran resultados genéricos y especializados, siendo que estos últimos pueden incluir resultados correspondientes a comparadores de compras.

2. El mercado de servicios de comparación de compras: Comprende plataformas que brindan servicios de búsqueda especializados que: (i) permiten a los usuarios comparar los precios y características de determinado producto a través de las distintas ofertas de los *retailers* en línea; y (ii) proporcionan enlaces que conducen a los sitios web de dichos *retailers online*. Entre los compradores de Google más conocidos en Europa se encuentran *Google Shopping* (comparador de compras de Google), *Le Guide* y *Shopzilla*.

Una vez realizada la definición de mercado y la determinación de la existencia de una posición de dominio, la Comisión Europea analizó la conducta que habrían constituido el abuso de posición de dominio. Así, la Comisión Europea consideró que Google había incurrido en una conducta de abuso de posición de dominio novedosa y distinta a las categorías tradicionales denominada “*self-preferencing*” o “autofavorecimiento”.

La conducta de Google consistió en que, cada vez que un usuario realizaba una búsqueda especializada relacionada con la compra de un producto a través del motor de búsqueda *Google Search*, este arrojaba entre los primeros resultados a su comparador de compras *Google Shopping* y relegaba a los últimos lugares a los servicios de comparación de compras competidores. Así, Google habría abusado de su posición de dominio en el mercado de búsqueda general para favorecer su propio comparador de compras.

Es importante mencionar que, para analizar los efectos anticompetitivos de la conducta, la Comisión Europea tomó en cuenta los sesgos cognitivos de los usuarios. Así, encontró que los usuarios mostraban un sesgo o tendencia a hacer *click* en los resultados de búsqueda que aparecían en mejor posición. En efecto, estudios mostraban que los diez resultados de la primera página eran los que recibían el 95% de *clicks* de los usuarios y el resultado que aparecía en primer lugar recibía el 35% de los *clicks*. A criterio de la Comisión, ello explicaría por qué el tráfico de los rivales de *Google Shopping* se redujo en 85% en Reino Unido, 92% en Alemania y 80% en Francia, mientras duró la conducta.

De esta manera, la Comisión Europea consideró que el *self preferencing* o autofavorecimiento, que Google brindaba a su propio servicio de comparación de compras, generaba una desviación ilícita de la demanda hacia su propio producto en la medida que lograba que los comparadores de precios competidores tuvieran menor tráfico a sus plataformas. En ese sentido, dicha conducta habría privado a los consumidores de los beneficios de la innovación y de contar con una mayor competencia en el mercado.

Finalmente, cabe precisar que la Comisión Federal de Comercio de Estados Unidos inició también una investigación contra Google, en paralelo a la que realizó la Comisión Europea por el tratamiento que otorgaba el motor de búsqueda *Google Search* a los servicios de comparación de compras competidores de *Google Shopping*.

No obstante, en el caso americano se decidió archivar la investigación, en el año 2013, al considerar que los cambios introducidos en el algoritmo de Google, para relegar a los comparadores de competidores de *Google Search* a los últimos lugares, tuvieron finalmente efectos positivos sobre los consumidores, pues incrementaron la ca-

lidad de los resultados del motor de búsqueda de Google⁷⁷.

4.3 *Free-riding* forzoso y Amazon

La OCDE ha identificado otra conducta novedosa, distinta a las categorías tradicionales, denominada *forced-free riding* o “free riding forzoso”, enfocada principalmente en las plataformas digitales gatekeeper que sirven de acceso o son intermediarias entre usuarios profesionales y los usuarios finales⁷⁸ y que, además, se encuentran verticalmente integradas y participan en la plataforma con sus propios productos y servicios. Así, esta conducta implica que la plataforma se apropie o utilice la innovación (por ejemplo, data) de la empresa (usuario profesional) que participa en su plataforma, y la utilice ilícitamente para beneficiar sus propios productos y servicios, restringiendo la competencia en dicho mercado.

Así, por ejemplo, Amazon participa en el mercado de *e-commerce* a través de su plataforma (*Marketplace*), mediante la cual conecta *retailers* independientes con compradores; y, a su vez, también participa como un *retailer* más dentro de su propio *Marketplace*. En ese sentido, se habría identificado que Amazon podría estar utilizando la data que recolecta de los *retailers* independientes que participan en su plataforma (p.e. data sobre qué productos son los más vendidos, quiénes son los principales clientes, a qué partes del mundo despacha, etc) y aprovecharla para mejorar su propia

oferta de productos, excluyendo, de este modo, a los *retailers* independientes competidores⁷⁹.

En esa línea, en julio de 2019, la Comisión Europea inició una investigación contra Amazon por el uso de la data sensible que recolecta de los *retailers* independientes que participan en su *Marketplace*, vulnerando la normativa en libre competencia⁸⁰. Posteriormente, en noviembre de 2020, la Comisión Europea presentó sus resultados preliminares, señalando que Amazon accede a grandes cantidades de data de los *retailers* independientes que participan en su *Marketplace* —la cual recolecta y procesa, a través de sistemas automatizados— y la utiliza para adecuar las ofertas de sus propios productos *retail* y sus decisiones estratégicas en dicho mercado, en perjuicio de los *retailers* independientes que participan en su plataforma⁸¹.

Asimismo, el Subcomité en Antitrust de la Cámara de Representantes resaltó que había recibido múltiples reclamos a lo largo de su investigación con relación a que Amazon estaría utilizando la data de los *retailers* independientes que participan en su *Marketplace* para identificar y luego replicar los productos más populares que se venden en la plataforma con la finalidad de excluir a sus competidores.⁸²

5. Reflexiones Finales

La combinación de las características de los mercados digitales, como el incremento extremo de

77 Solano Díaz, Pablo (2017). La decisión de la Comisión Europea en el asunto Google Search. La última frontera del derecho de la competencia. Actualidad Jurídica Uría Menéndez N° 46. pp. 101-102

78 OECD (2020). *Op cit.* p 54

79 Khan, Lina (2017), “Amazon’s Antitrust Paradox”, *Yale Law Journal*, Vol. 126, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2911742, p. 782.

80 Comisión Europea (2019). Antitrust: Commission opens investigation into possible anti-competitive conduct of Amazon. Nota de Prensa. Extraído de: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pl/ip_19_4291

81 Comisión Europea (2020). Antitrust: Commission sends Statement of Objection to Amazon for the use of non public independent seller data and opens second investigation into e-commerce business practices. Extraído de: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_20_2077

82 Nadler, J y David Cicilline. 2020. Investigation in Digital Markets. *Op cit.* p 276

las economías de escala, los efectos de red directos e indirectos, la Big Data como ventaja competitiva y, las economías de alcance y los ecosistemas digitales, presentan desafíos al análisis tradicional de los actos de abuso de posición de dominio llevado a cabo por las autoridades de competencia.

En ese sentido, hemos revisado cómo el derecho de la competencia ha ido adaptándose para poder enfrentar dichos retos y está demostrando ser lo suficientemente flexible para poder enfrentarlos mediante el ajuste de herramientas metodológicas para la definición del mercado relevante, la creación de nuevas herramientas para la determinación de la existencia de una posición de dominio y la creación de nuevas categorías específicas para mercados digitales, incorporando dentro su análisis de casos elementos particulares aplicables a dichos mercados.

Si bien consideramos que estos primeros pasos son importantes y se orientan en una dirección correcta, es necesario que las autoridades de competencia procuren reflejar en sus propuestas normativas y análisis de casos un adecuado conocimiento de la dinámica de estos mercados, así como brindar una respuesta celeré que pueda restablecer a tiempo la competencia en mercados altamente dinámicos y cambiantes.

Bibliografía

Brook, Or y Magali Eben. 2021. Abuse without dominance and monopolisation without monopoly. Akman, Brook, Stylianou (eds.) Research Handbook on Abuse of Dominance and Monopolization (Edward Elgar Publishing, próximo a publicarse). Extraído de: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=>.

Comisión Europea. “Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria

en materia de competencia”. Diario Oficial N° C 372 de 09/12/1997 p. 0005 - 0013

Comisión Federal de Competencia Económica -COFECE (2018) Repensar la Competencia en la Economía Digital. Extraído de: https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/03/repensarlapcompetenciaenlaeconomiadigital_01022018.pdf.

Competition Markets Authority (CMA). 2020. Online platforms and digital advertising. Market study final report. Extraído de: <https://www.gov.uk/cma-cases/online-platforms-and-digital-advertising-market-study>.

Crémer, Jacques, Yves-Alexandre de Montjoye y Heike Schweitzer. *Competition Policy for the digital era*. (Luxembourg: Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2019). Extraído de: https://ec.europa.eu/competition/information/digitisation_2018/report_en.html

De Mauro, Andrea, Marco Greco and Michele Grimaldi. 2016. <<A Formal Definition of Big Data Based on its Essential Features>>. Library Review, vol. 65, n° 3.

<<Explanation of externalities in digital platforms>>, Digital Regulation Platforms. Competition and Economics. En: <https://digitalregulation.org/explanation-of-externalities-on-digital-platforms/>

European Data Protection Supervisor. 2014. Preliminary Opinion of the European Data Protection Supervisor. Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy. Extraído de: https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/opinions/privacy-and-competitiveness-age-big-data_en

- Evans, David y Richard Schmalensee. 2015. <<The Industrial Organization of markets with Two-Sided Platforms>>. Competition Policy International, vol. 3, n°1. Extraído de: <https://www.law.berkeley.edu/wp-content/uploads/2015/04/Evans-Schmalensee-The-Industrial-Organization-of-Markets-with-Two-Sided-Platforms-2007.pdf>
- Figari, Hugo, Hugo Gómez y Mario Zúñiga. 2005. <<Hacia una metodología para la definición del mercado relevante y la determinación de la existencia de posición de dominio>>. Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual.
- Haucap, Justus y Ulrich Heimshoff. 2013 <<Google, Facebook, Amazon, eBay: Is the Internet driving competition or market monopolization>>. International Economics and Economic Policy, n°83. p. 3
- Ibáñez, Pablo. 2021 <<The Draft Digital Markets Act: A Legal and Institutional Analysis>>. London School of Economics- Law Department. Extraído de: <https://ssrn.com/abstract=3790276>.
- Khan, Lina. 2017. <<Amazon's Antitrust Paradox>>. Yale Law Journal, vol. 126. Extraído de: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2911742.
- Krugman, Paul y Robin Wells (2015). Economics. Worth Publishers: 4ta Ed.
- Nadler, J y David Cicilline (2020) Investigation in Digital Markets. Majority Staff Report and Recommendations. Subcommittee on Antitrust Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary.
- Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (2016) Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era. Background note by the Secretariat. Extraído de: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf)
- Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos – OCDE (2020) Abuse of Dominance in Digital Markets. Extraído de: <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf>
- Paemen, Dieter y Aleksander Tombiński. The Google comparative shopping case. A critical take on the arguments. Competition Law Insight. Extraído de: https://www.cliffordchance.com/briefings/2017/10/cpi_article_on_thegooglecomparativeshoppin.html
- Robertson, Viktoria H.S.E (2020) Antitrust Law and Digital Markets: A Guide to the European Competition Law Experience in the Digital Economy. Extraído de: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3631002>.
- Robertson, Viktoria H.S.E (2021) Antitrust Market Definition for Digital Ecosystems. Concurrences N° 2-2021. I Competition policy in the digital economy. Extraído de: <https://ssrn.com/abstract=3844551>
- Rogerson William y Howard Shelanski. Antitrust Enforcement, Regulation and Digital Platforms. University of Pennsylvania Law Review. [Vol. 168: 1911-1940. p. 1927.
- Shapiro C & Varian, H. 1999. Information Rules. A Strategic Guide to the Network Economy. Harvard Business School Press.
- Solano Díaz, Pablo (2017). La decisión de la Comisión Europea en el asunto Google Search. La última frontera del derecho de la competencia. Actualidad Jurídica Uría Menéndez N° 46

Stigler Center Study of the Economy & the State, Chicago Booth, Final Report. 2019, Extraído de: <https://research.chicagobooth.edu/stigler/media/news/committee-on-digital-platforms-final-report>

Tucker, D & Wellford, H (2014) Big Mistakes Regarding Big Data. Antitrust Source, American Bar Association. In: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2549044>

Casos consultados:

No. C 08-5780 JF (RS), 2009, Facebook, Inc. v. Power Ventures, Inc., WL 3429568, at *2 (N.D. Cal. Oct. 22, 2009)

Caso 85/76 *Hoffmann-La Roche v Commission* EU :C:1979:36

Comisión Europea (2017),. Caso AT.39740. *Google Shopping*

Caso AT.40099, *Google Android*, (2018), numeral 266.

Bundeskartellamt.(2019) Caso Facebook. B6-22/16.