



COMPETENCIA EN EL SECTOR TECNOLÓGICO

Autor:
Alejandro Morales Cáceres

COMPETENCIA EN EL SECTOR TECNOLÓGICO

Alejandro Morales Cáceres¹

SUMARIO

- I. Introducción.
- II. De Rockefeller a Google. Amazon, Facebook y Amazon.
- III. La libre competencia en el Perú.
- IV. Características del sector tecnológico.
- V. Casos de libre competencia en el sector tecnológico.
- VI. Aplicación de la normativa de competencia en el sector tecnológico: ¿Viejas reglas para nuevos mercados?
- VII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN.

Es innegable que los avances tecnológicos han aportado a los consumidores un sinnúmero de beneficios al ofrecerse nuevos productos y servicios que han modificado la forma cómo se crea y genera valor. Las plataformas digitales son el elemento central de esa evolución y han tenido efectos disruptivos en muchos sectores de la economía. Las plataformas proporcionan infraestructura digital para diversos servicios, como mercados en línea (Amazon), tiendas de aplicaciones (Apple), sitios de redes sociales (Facebook) y motores de búsqueda (Google).

El alcance, la escala y el enorme crecimiento de algunas de estas empresas las convierten en una suerte de “guardianes digitales” de los servicios que ofrecen. Esto les confiere el poder de determinar las reglas que se utilizan en sus plataformas, les confiere acceso exclusivo a datos sobre los desarrolladores, los proveedores y las preferencias de los consumidores. Los beneficios de ser “guardianes digitales” son claros: seis de las diez empresas con mayor valor en el mercado (Microsoft, Amazon, Alphabet/Google, Facebook, Tencent y Alibaba) son empresas pertenecientes al sector tecnológico y digital, tal como se puede apreciar en el cuadro a continuación:

¹ Abogado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Máster en Especialización en Derecho de las TIC, Redes Sociales y Propiedad Intelectual por ESADE de Barcelona. Jefe del Área de Derecho y Nuevas Tecnologías del Estudio Torres y Torres Lara Abogados. Especialista en Protección de Datos Personales. Profesor Universitario.

Las diez principales empresas mundiales al 30 de junio de 2020:

Ranking	Compañía	Ubicación	Sector	Capitalización Bursátil (\$Bn)
1	SAUDI ARABIAN OIL	Arabia Saudita	Petróleo & Gas	1,741
2	APPLE INC.	Estados Unidos	Tecnología	1,568
3	MICROSOFT CORP.	Estados Unidos	Tecnología	1,505
4	AMAZON.COM INC.	Estados Unidos	Servicios al consumidor/ Tecnología	1,337
5	ALPHABET INC-A	Estados Unidos	Tecnología	953
6	FACEBOOK INC-A	Estados Unidos	Tecnología	629
7	TENCENT	China	Tecnología	599
8	ALIBABA GRP-ADR	China	Servicios al consumidor/ Tecnología	577
9	BERKSHIRE HATH-A	Estados Unidos	Financiero	430
10	VISA INC – CLASS A	Estados Unidos	Financiero	372

Fuente: Bloomberg con el análisis de PWC

Este cuadro demuestra cómo es que las grandes empresas tecnológicas han modificado el paisaje empresarial mundial, tomando en consideración que en el reporte *Global 100 Companies by Market Capitalization de PWC* del año 2009 solo figuraba una empresa tecnológica (Microsoft). La sociedad observa este fenómeno tecnológico-empresarial con una combinación de asombro y, en algunos casos, de preocupación, pues la condición de "guardianes digitales" que estas empresas ostentan la pueden utilizar para abusar de su poder y perjudicar al mercado.

El presente artículo se centra en las características especiales de la industria tecnológica y sus repercusiones en el derecho y la política de la competencia.

II. DE ROCKEFELLER A GOOGLE, AMAZON, FACEBOOK Y AMAZON.

El Derecho a la Competencia fue desarrollado en los Estados Unidos para controlar los efectos no deseados de la acumulación del poder económico. Esto fue como consecuencia de los cambios socioeconómicos que experimentó Estados Unidos hacia finales de la Guerra Civil en 1864. Los agricultores que solo producían para su autoconsumo y/ o para realizar algunos intercambios menores de sus productos, habían sido reemplazados por aquellos agricultores que colocaban sus productos en los diferentes mercados y que adquirían bienes a los pequeños empresarios con el dinero obtenido².

En este marco, se acrecentó la interdependencia entre agricultores y pequeños empresarios. Los patrones laborales comenzaron a cambiar y Estados Unidos fue testigo de cómo una nación de agricultores rurales y de pequeños empresarios se fue transformando en un país cada vez más urbanizado e industrializado.

Dichas transformaciones no fueron vistas con suspicacia hasta que en las últimas tres décadas del siglo XIX surgió con extraordinaria rapidez todo un nuevo orden socioeconómico. El anterior orden, considerado "natural", tenía como presupuesto que el poder económico -y político-

² LANDE, Robert. *Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: the Efficiency Interpretation Challenged*. En: *Hastings L.J.*, N° 34, 1982. p. 100.

siempre se encontraría descentralizado. Este orden fue desplazado por las concentraciones de poder denominadas *trusts*.

El término "*trust*" alude a acuerdos entre empresas con el fin de monopolizar una determinada industria. Los *trusts* eran mecanismos mediante los cuales empresas que realizaban la misma actividad comercial se agrupaban -sin fusionarse- con el fin de eliminar a la competencia y controlar la cantidad ofertada y, así, el precio del producto. Concretamente, el mecanismo ideado consistía en lo siguiente: se creaba un comité central o directorio compuesto por los presidentes o gerentes generales de las diferentes empresas miembro, la mayoría de los accionistas de cada empresa transfería "*in trust*" -en confianza- sus acciones a estas personas para que ellas ejercieran el derecho de voto correspondiente a sus acciones, entregándose a los accionistas certificados que acreditaban su derecho a recibir dividendos. Este mecanismo permitía que los presidentes o gerentes generales ejercieran el control absoluto de las políticas comerciales de cada empresa miembro y, así, un intenso control sobre el mercado del bien o servicio que proveía cada *trust* en el mercado³.

En ese contexto, aparecieron grandes emporios en sectores como el petróleo, los ferrocarriles o el aluminio, construidos por magnates como John D. Rockefeller, J. P. Morgan o Andrew Carnegie; auténticos monopolios empresariales que jugaron un papel determinante en el crecimiento de la economía estadounidense tras la Guerra Civil. El dominio que tenían Rockefeller, Morgan o Carnegie sobre sectores económicos que acababan de emerger como consecuencia de los avances tecnológicos les otorgaba la posibilidad de aprovecharse de las economías de escala y de una menor inversión en costes laborales; estos magnates incluso limitaban aún más la competencia estableciendo alianzas entre ellos. Así, por ejemplo, Rockefeller consiguió un monopolio casi exclusivo del transporte por ferrocarril de su petróleo al conseguir un precio reducido exclusivo por parte de Cornelius Vanderbilt, uno de los principales magnates del ferrocarril. J. P. Morgan provocó la aparición del término "morganización", referido a la estrategia de monopolización que siguió en sectores como el del ferrocarril, el acero o el bancario, en los que creaba conglomerados de pequeñas empresas en un mismo sector y reducía los precios hasta conseguir que sus competidores acabasen en bancarrota, momento en el que los compraba y los unía a su conglomerado. Asimismo, la heterogeneidad de su imperio le otorgaba sinergias privilegiadas: sus bancos le proporcionaban financiación, el acero resultaba fundamental para construir las líneas de ferrocarril, que eran a la segunda revolución industrial lo que es significa el internet a la revolución digital⁴.

El contexto descrito generó una atmósfera social sobrecargada de miedos respecto de los *trusts*. Las principales acusaciones planteadas contra estas agrupaciones eran, en resumidas cuentas, las siguientes: "*que tienden a crear monopolios y desplazar a los pequeños capitalistas (empresarios) fuera de los negocios; que destruyen la competencia, el gran reductor de las ganancias y compensador de los precios; que amasan fortunas a expensas de la comunidad al aumentar el precio de los artículos; que tienden a erigir una oligarquía que controle la legislación en su propio interés contra el de la comunidad, minando con ello la libertad personal y política y poniendo en peligro la existencia de las instituciones democráticas*"⁵. ¿Suenan familiar?

³ CÁCERES FREYRE, Fernando. El por qué de la política de libre competencia. EN: Revista Derecho & Sociedad N° 19, 1994. p.90

⁴ SHIPLEY, Trajan. De Rockefeller a Google, el retorno de las leyes antitrust. Recuperado de: <https://elordenmundial.com/rockefeller-google-retorno-leyes-antitrust/>

⁵ CÁCERES FREYRE, Fernando. Op. Cit. p.92. El autor agrega: "Los temores contra la concentración del poder económico eran tan fuertes que no podían ser ignorados por los políticos. Por ello, se generó una demanda social muy fuerte

A raíz de lo anteriormente descrito, se promulgó una normativa federal contra las combinaciones que restringían la competencia y contra las situaciones monopolísticas: la Ley Sherman⁶, la cual obtuvo su nombre del Senador que la propuso y defendió; durante su procedimiento de elaboración señaló lo siguiente⁷:

"Si los poderes concertados de una combinación son encomendados a un solo hombre, esto es una prerrogativa real, inconsistente con nuestra forma de gobierno, y deberían estar sujetos a la firme oposición del Estado y de las autoridades nacionales (...). Si no toleramos a un rey como poder político, no deberíamos tolerar a un rey de la producción, transporte y venta de lo que necesitamos para vivir. Si no nos sometemos a un emperador, no nos deberíamos someter a un autócrata del comercio, con poder para impedir la competencia y fijar los precios de cualquier bien o producto. La opinión popular está agitada con los problemas que pueden perturbar el orden social, y entre ellos ninguno es más amenazador que la desigualdad de condición, riqueza y oportunidad que ha crecido en una sola generación a fuerza de la concentración de capital en grandes asociaciones para controlar la producción, el comercio y para acabar con la competencia. Estas asociaciones ya desafían o controlan poderosas empresas de transporte y alcanzan a las autoridades estatales. Nos alcanzan con sus garras hasta cualquier parte de nuestro país (...). Si no tenemos la voluntad o somos incapaces, pronto habrá un monopolio para cada producto y un señor que fijará el precio de cada producto necesario para la vida".

Este fragmento del Senador Sherman demuestra que la legislación antitrust tiene como principal objetivo proteger al mercado frente a prácticas que restrinjan la libre competencia, principalmente aquellas en las que un grupo de competidores se ponen de acuerdo para fijar precios, distribuirse mercados y restringir la competencia entre ellos. A partir de este momento se dio inicio a más de un siglo de jurisprudencia sobre los monopolios, las concentraciones empresariales, las prácticas restrictivas, los carteles y en general todos los aspectos relacionados con el derecho *antitrust*.

La Ley Sherman entró en vigor en 1890. En esencia, esta prohibía cualquier actividad que limitase la competencia y el intento de monopolización de un mercado por parte de grupos empresariales. Pese a no regular todas las posibilidades de limitar la competencia (por ejemplo, en cuanto a las concentraciones empresariales) la Ley Sherman supuso que la Corte Suprema de Estados Unidos

para que el Estado intervenga; el problema era cómo. La primera opción era que el gobierno asumiera la propiedad y el control de las grandes corporaciones. Sin embargo, los norteamericanos no confiaban en el gobierno más que en las empresas. El poder concentrado en manos de unos pocos, ya fueran esas manos privadas o del gobierno, se consideraba contrario al ideal Jeffersoniano de que el poder se encontrara desconcentrado. La segunda opción consistió en la política de libre competencia. Su instauración en los Estados Unidos se explica en el pensamiento imperante en la sociedad norteamericana de aquella época. Se creía que, a diferencia de lo que sucedía cuando el poder se concentraba en manos de unos pocos, un mercado competitivo guiado por la "mano invisible" de Adam Smith permitía que las decisiones se tomaran de manera impersonal. Las decisiones así tomadas eran vistas con buenos ojos por cuanto eran el promedio de las decisiones de miles de individuos y no decisiones concretas de una persona o grupo de personas en particular. Por ello, al satisfacer el deseo social de ver un poder descentralizado, el mecanismo de mercado aparecía ante las personas como la perfecta contraparte económica del sistema democrático".

⁶ Según ZULLITA FELLINI y PÉREZ MIRANDA la primera ley que tenía como fin la protección de la libre competencia no fue sancionada en Estados Unidos, sino en Canadá en el año de 1889. Pero los autores citados advierten que esta ley tan solo se ocupó de sancionar algunas prácticas colusorias, dejando por fuera muchos temas relacionados con la libre competencia. (ZULLITA FELLINI, Gadulfo y PÉREZ MIRANDA, Rafael "El derecho frente a los monopolios." En "Estudios de Derecho Económico IV", 1A. REIMP., Universidad Nacional Autónoma de México: 1983. Pág 9.) Asimismo, según Thomas J. DiLorenzo, la Ley Sherman fue la primera norma antimonopolios de aplicación nacional, pero no fue la primera norma antimonopolios expedida en EE.UU. En años anteriores, este tipo de normas habían sido expedidas en varios Estados de la Unión. (DILorenzo, Thomas J. "The Case Against All Antitrust Legislation." Cátedra en Mises University 18, Ludwig Von Mises Institute, August 9, 2003.)

⁷ CÁCERES FREYRE, Fernando. Op. Cit. p.93.

ordenara en 1911 la división forzosa de Standard Oil, el controvertido caso *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*. La petrolera de Rockefeller fue declarada culpable de monopolizar la industria del petróleo a través de una serie de prácticas abusivas y anticompetitivas. El remedio de la Corte fue dividir a Estándar Oil en 34 empresas distintas, de las que hoy perviven, Exxon Mobil y Chevron, después de diversas fusiones y adquisiciones por otras grandes petroleras.

Han transcurrido 130 años desde que la Ley Sherman fue promulgada, 109 años desde que Standard Oil fue escindida y, sin embargo, el crecimiento desmesurado de las grandes empresas tecnológicas en la última década, evoca el poder de los *trusts* que dieron origen, justamente, a las normas que buscan combatir las prácticas anticompetitivas. Muestra de ello es que el pasado 29 de julio del año 2020, el Subcomité de *antitrust* de la Cámara de Representantes de los Estados Unidos llevó a cabo una audiencia virtual, donde fueron a declarar los CEO's de las cuatro empresas de tecnología más importantes del mundo: Tim Cook de Apple, Jeff Bezos de Amazon, Sundar Pichai de Google y Mark Zuckerberg de Facebook. Los líderes de estas empresas, también conocidas como GAFa, por sus siglas, fueron cuestionados por la dominancia que sus empresas tienen en el mercado tecnológico y sus prácticas anticompetitivas que, supuestamente, los llevan a abusar del poder de sus plataformas para aplastar o sofocar a los competidores.

David Cicilline, miembro de la Cámara de Representantes de los Estados Unidos y la persona que lideró el proceso de escrutinio y el interrogatorio en mención, dejó una frase que nos invita a reflexionar acerca del poder que ostentan actualmente estos gigantes tecnológicos y si es que realmente ello atenta contra la libre competencia y el bienestar de los consumidores.

"Estas compañías, tal y como existen hoy, tienen poder monopolístico. Algunas deberían ser divididas. Todas deben ser adecuadamente reguladas y dar explicaciones. Cuando se escribieron estas leyes, los monopolísticos eran hombres llamados Rockefeller y Carnegie. Hoy los hombres se llaman Zuckerberg, Cook, Pichai y Bezos. Una vez más, su control del mercado les permite hacer lo que sea necesario para aplastar negocios independientes y expandir su propio poder. Esto debe terminar".

Cabe recordar que, estas cuatro empresas en su conjunto reportan ingresos anuales de 800 mil millones de dólares. Es por esta razón que, el Congreso de Estados Unidos ha investigado a las GAFa desde hace 13 meses por las prácticas aparentemente anticompetitivas de estas empresas, pues estos gigantes tecnológicos dominan mercados como el de anuncios online, búsquedas online, comercio electrónico, redes sociales, mensajería, hardware y software. Es por ello que, el objetivo de esta investigación es determinar el impacto de sus prácticas en la competencia en el sector tecnológico.

Al respecto, las GAFa manifestaron que sus empresas no solo no operan en un monopolio, sino que están en riesgo de perder terreno frente a sus competidores o dejar de ofrecer servicios que en su opinión revitalizan a las pequeñas empresas y crean empleo de calidad. Sin embargo, varios miembros del Congreso de los Estados Unidos argumentaban que estas ejercen una dominancia predominante en cada uno de sus campos y que esta posición los ha llevado muchas veces a abusar de sus competidores e incluso a eliminarlos por completo.

A continuación, presentamos un resumen de lo que fue la audiencia:

- **Google:** David Cicilline, quien lideró el proceso de escrutinio y el interrogatorio, citó varios emails de hace una década en los que empleados de Google hablaban de sitios que estaban creciendo en tráfico y que podían amenazar los ingresos de Google. Tanto

Cicilline como el congresista Ken Buck acusaron a Google de robar el contenido digital de empresas más pequeñas, como Yelp. Cicilline acusó a Google de amenazar a la empresa de reseñas de restaurantes de sacarla de sus listas, por lo que esta empresa se vio perjudicada por los actos anticompetitivos de Google y su abuso de posición de dominio: *"La opción que Google le dio a Yelp fue la de dejarles robar su contenido o desaparecer del website. ¿No es esto anticompetitivo?"*, se preguntó Cicilline durante una árida secuencia de preguntas duras.

Sundar Pichai, por su parte, se defendió diciendo que *"cuando dirijo una empresa, me centro en darle a los usuarios lo que quieren. [En Google] nos comportamos conforme a los estándares más altos"*. Cicilline también preguntó a Pichai por la capacidad de Google para recolectar datos que les permiten identificar a posibles competidores. Pichai indicó que *"como cualquier otro negocio tratamos de entender las tendencias de, ya sabe, los datos que podemos ver, y los usamos para mejorar nuestros productos para los usuarios"*.

Asimismo, el CEO de Google mencionó que, *"el panorama competitivo de hoy no se parece en nada a hace cinco años, y mucho menos a hace 21 cuando Google lanzó su primer producto, Google Search. La gente tiene más formas de buscar información que nunca"*. Pichai señaló en su defensa que el éxito continuo de Google no está garantizado. *"Google opera en mercados globales altamente competitivos y dinámicos, en los que los precios caen y los productos mejoran constantemente"*. Además, agregó que, gracias a las herramientas de Google, *"las empresas a pie de calle pueden competir de una manera que no era posible hace 20 años"*.

- **Amazon:** Jeff Bezos en su defensa resaltó cómo inició Amazon en un garaje y cómo el éxito de su compañía, *"... enfocarse continuamente en el cliente"*, ha permitido crear un millón de empleos directos. Igualmente, ha defendido que Amazon es un motor de crecimiento para los pequeños emprendimientos: *"Hoy nuestra plataforma es utilizada por 1,7 millones de pequeñas empresas, que en conjunto representan en torno al 60% de las ventas de productos físicos en Amazon"*. También recalcó que el comercio digital no es un mercado diferente (al del comercio minorista en general), sino un canal diferente, agregando que el comercio minorista global es *"sorprendentemente grande y competitivo"* y que *"Amazon representa menos del 1% de ese mercado de 25 billones de dólares, y menos del 4% del comercio minorista en Estados Unidos"*.

La principal acusación contra Amazon es que esta destruye a la competencia generando sus propios productos *"first-party"*, lo cual resultaría paradójico porque a su vez los vendedores que utilizan la plataforma le pagan una comisión.

Pramila Jyapal, una de las congresistas que participó en el interrogatorio, planteó una cuestión importante a Amazon: *"Déjeme que le pregunte, Sr. Bezos, ¿accede alguna vez Amazon a los datos de los vendedores a la hora de tomar decisiones de negocio?"*. La pregunta era importante y hacía referencia a las sospechas de que Amazon utiliza la información que tiene sobre los vendedores y sus productos para acabar vendiendo versiones propias de esos productos a menor precio. Bezos respondió: *"No puedo garantizarle que la política nunca haya sido violada. Seguimos investigándolo con"*

cuidado". Esto sería considerado una práctica anticompetitiva porque, de ser cierto, Amazon planificadamente sacaría a sus competidores del mercado. Jayapal indicó que *"el comité ha entrevistado a empleados que dicen que dichas violaciones ocurren con frecuencia"*, y otra congresista, Lucy McBath también atacó a Bezos afirmando que la empresa *"bloquea sistemáticamente" a vendedores impidiéndoles que vendan ciertos productos*. Bezos, indicó que *"no creo que eso sea lo que ocurre de forma sistemática. A los vendedores externos les está yendo extremadamente bien de forma global"*.

Por otro lado, Jeff Bezos fue también cuestionado por sus prácticas frente a competidores, recordándole el caso de Diapers.com, la empresa de fabricación de pañales con la que compitió hace años. Amazon invirtió 200 millones de dólares a fondo perdido en un trimestre bajando los precios de otros pañales que puso a la venta en su tienda online, lo que hizo que Diapers.com no pudiera competir.

"Usted dice que Amazon se centra exclusivamente en los clientes", le preguntó la congresista Mary Gay Scanlon. *"Si es así, ¿cómo se benefician los clientes, especialmente las madres solteras y las nuevas familias, cuando los precios se incrementaron por el mero hecho de que ustedes eliminaron a su principal competidor?"*. Bezos contestó que los pañales *"son una categoría muy grande de producto que se vende en muchos, muchos lugares"*, pero lo cierto es que la empresa propietaria de Diapers.com, Quidsi, acabó siendo adquirida por Amazon.

- **Facebook:** Mark Zuckerberg señaló en la audiencia virtual que *"las compañías no son malas solo por ser grandes"* y Facebook forma *"parte de una industria que ha cambiado el mundo"*, así como de un colectivo que se *"enfrenta a una intensa competencia mundial"*. Por todo ello, el líder tecnológico ha demandado *"nuevas reglas para la red"*. Según ha valorado, la historia de su compañía *"no habría sido posible sin las leyes de Estados Unidos que fomentan la competencia y la innovación, por lo que generar una política de competencia fuerte y consistente resulta vital para asegurar que el terreno de juego sea igual para todos"*. Además, recalcó que *"en Facebook, competimos duro, porque nos enfrentamos a otras empresas muy inteligentes e innovadoras decididas a ganar. Sabemos que nuestro éxito futuro no está garantizado, especialmente en una industria tecnológica global definida por la rápida innovación. De hecho, la historia de la tecnología es a menudo la historia del fracaso, e incluso las empresas tecnológicas líderes en la industria desaparecen si no se mantienen competitivas. Por eso nos centramos en la prestación de mejores servicios para las personas y las empresas, y competir tan vigorosamente como podamos dentro de las reglas"*.

Sin embargo, al creador de Facebook se le acusó de comprar Instagram sabiendo que era una competencia directa y que amenazaba su posición dominante en redes sociales. Esta acusación tiene como base un correo filtrado en la investigación que indicaba que Mark Zuckerberg veía a Instagram como una potencial amenaza para su negocio en el año 2012: *"Solo necesito decidir si compramos Instagram. Nos arrepentiremos de no hacerlo porque puede hacernos mucho daño de manera significativa, aunque no se convierta en un gran negocio"*, escribió Zuckerberg en un mail al director financiero de Facebook, David Ebersman, a comienzos de 2012. El argumento presentado es que Facebook

aprovechó el poder de mercado que tenía ya por aquel entonces para comprar Instagram porque estaban preocupados por el potencial de la *app* para crecer rápidamente y quitar usuarios a Facebook. Era "exactamente el tipo de adquisición anticompetitiva que las leyes antimonopolio pretendían evitar", mencionó uno de los representantes del Congreso de Estados Unidos.

Por otro lado, cuando se le preguntó por su tamaño, Zuckerberg respondió lo siguiente: *"En muchas áreas estamos detrás de nuestros competidores. El servicio de mensajería más popular de Estados Unidos es iMessage. La aplicación de más rápido crecimiento es TikTok. La aplicación de videos más popular es YouTube. La plataforma de anuncios de más rápido crecimiento es Amazon. La plataforma de anuncios más grande es Google. Y por cada dólar gastado en publicidad en los Estados Unidos, se gasta menos de diez centavos con nosotros"*.

- **Apple:** A la compañía que fundó Steve Jobs se le acusaba de tener un monopolio en el mercado de aplicaciones, pues su App Store en dispositivos iOS, representan el doble en ventas que su rival más cercano, Google Play. Tim Cook respondió que el mercado de las aplicaciones es "una jungla" por ser "ferozmente competitivo".

Asimismo, el congresista demócrata Henry Johnson expresó su preocupación por el App Store de Apple, tras considerar que sus moderadores inventan reglas "*en el camino*" y luego las interpretan arbitrariamente. Johnson consideró que las reglas a veces "*cambiaban para beneficiar a Apple a expensas de los desarrolladores [de terceros]*" y también discriminaban entre diferentes creadores. "*Tratamos a todos los desarrolladores de la misma manera. Tenemos reglas abiertas y transparentes*", respondió Cook.

En la audiencia se le acusó a Apple de competir injustamente con aplicaciones a las que le cobra hasta el 30% de lo que pueden generar; y le recordaron que Apple cuenta con 60 aplicaciones propias que son competencia directa de otras aplicaciones de terceros, pero que, a diferencia de estas últimas, no pagan nada por estar en App Store. Tim Cook respondió lo siguiente: *"Después de comenzar con 500 aplicaciones, hoy la App Store alberga más de 1.7 millones, de las cuales solo 60 son software de Apple. Claramente, si Apple es un guardián, lo que hemos hecho es abrir el portón más ancho. Queremos obtener todas las aplicaciones que podamos en la tienda, no mantenerlas alejadas."* Según el CEO de Apple, la App Store ha proporcionado nuevas formas para que los desarrolladores establecieran negocios que eran imposibles antes del iPhone, una realidad que a su juicio es contraria a las acusaciones de que Apple usa su poder contra otras compañías. Tim Cook afirmó que las comisiones que cobra su compañía en su *marketplace* "*son comparables e incluso inferiores*" en algunos casos a las cobradas por otras tiendas de sus competidores. Además, apuntó, que cuando se creó la App Store, las opciones de distribución disponibles para los desarrolladores de software no funcionaban bien. "*Las tiendas físicas cobraban tarifas altas y tenían un alcance limitado"*.

No cabe duda que, como "guardianes digitales" concentran mucho poder que les permitiría cometer actos anticompetitivos; sin embargo, debemos analizar si realmente lo han hecho o no. Para ello es necesario comprender un poco acerca de la normativa en materia de competencia.

III. LA LIBRE COMPETENCIA EN EL PERÚ.

La libre competencia es el mejor mecanismo para promover la asignación eficiente de recursos en el mercado. Esto se debe a que, para ganarse la preferencia de los consumidores, los proveedores bajan sus precios, mejoran la calidad de sus productos, amplían la oferta y para mantenerla variada, las empresas innovan en sus conceptos, diseños, técnicas de producción, servicios, etc. Como consecuencia de ello, los consumidores tienen más y mejores opciones a su disposición. Por este motivo, la defensa de la libre competencia es una de las políticas públicas más importantes para el desarrollo económico de un país.

Las normas de defensa y protección de la libre competencia buscan evitar que las empresas concentren poder de mercado por razones distintas a una mayor eficiencia, y también que utilicen de forma ilegal el poder de mercado que tienen. Asimismo, buscan que el poder de mercado no se concentre a través de fusiones o adquisiciones de empresas que generen un grave riesgo para la competencia y el bienestar de los consumidores.

En el Perú, las principales normas que regulan la competencia son las siguientes:

1. **La Constitución Política del Perú:** El artículo 58⁸ de la Constitución Política del Perú, establece un sistema económico social de libre mercado basado en la libertad de competencia y en la participación en los mercados de los agentes privados. Asimismo, el artículo 61⁹ encarga al Estado la misión de corregir las fallas que puedan surgir en el mismo, con el objetivo de optimizar la asignación de recursos y aumentar los niveles de bienestar económico.
2. **Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas:** El Decreto Legislativo N° 1034 prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas, como el abuso de posición de dominio y las prácticas colusorias horizontales y verticales, con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.
3. **Decreto de Urgencia que establece el control previo de operaciones de control empresarial:** El Decreto de Urgencia N° 013-2019 tiene por fin establecer un régimen de control previo de operaciones de concentración empresarial con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.

⁸ **Artículo 58.-** *"La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura"* (subrayado agregado).

⁹ **Artículo 61.-** *"El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios."*

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares" (subrayado agregado).

4. **Ley de Represión de Competencia Desleal:** El Decreto Legislativo N° 1044 tiene el objetivo de reprimir todo acto o conducta de competencia desleal que tenga por efecto, real o potencial, afectar o impedir el adecuado funcionamiento del proceso competitivo.
5. **Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas:** El Decreto Legislativo N° 1256 tiene como finalidad supervisar el cumplimiento del marco legal que protege los derechos a la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, en beneficio de personas naturales o jurídicas, mediante la prevención o la eliminación de barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad que restrinjan u obstaculicen el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado. Las políticas de competencia deben evitar que se creen barreras de acceso al mercado que limiten artificialmente la oferta. Cabe recordar que la limitación de acceso por actos propios del Estado es un atentado contra la libre competencia.
6. **Decisión 608 de la Comunidad Andina:** Esta Decisión tiene como objetivo la protección y promoción de la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina, buscando la eficiencia en los mercados y el bienestar de los consumidores.

El Derecho de la Competencia tiene dos vías típicas de aplicación que se plasman en normas legales que se conocen como "control de conductas" y "control de estructuras".

3.1 Control de Conductas.

El control de conductas se manifiesta en normas que establecen la prohibición de determinados comportamientos de los agentes económicos en el mercado, que se considera que restringen inválidamente la competencia en perjuicio del consumidor, del proceso competitivo y, en términos más generales, del mercado en sí mismo. Como regla general, el control de conductas opera luego que la conducta prohibida se ha producido en el mercado; es decir, funciona como una evaluación ex post del comportamiento de las empresas, identificando si el mismo ha sido conforme al marco legal o ha incurrido en la práctica prohibida¹⁰.

En tal sentido, las normas de control de conductas buscan inhibir y, de ser necesario, sancionar las prácticas restrictivas de la competencia realizadas por empresarios o agentes económicos. Estas prácticas anticompetitivas pueden ser de dos tipos según se explica a continuación:

A) Abuso de Posición de Dominio.

De acuerdo al artículo 7° del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas:

"7.1. Se entiende que un agente económico goza de 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,

¹⁰ Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. "Libre Competencia. Colección por el vigésimo aniversario del INDECOPI". Mayo del 2013, Lima, p. 17.

proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad, debido a factores tales como:

- a. Una participación significativa en el mercado relevante.*
- b. Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios.*
- c. El desarrollo tecnológico o servicios involucrados.*
- d. El acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro, así como a redes de distribución.*
- e. La existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica.*
- f. La existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de estos.*

7.2. La sola tenencia de posición de dominio no constituye una conducta ilícita".

Se puede apreciar que, si bien el monopolio¹¹ o la posición del dominio no está penalizada en nuestro ordenamiento jurídico, sí lo está el abuso de tal posición. La ley entiende que una empresa que ostenta dicha posición tiene la potencialidad de causar daños a sus competidores y con ello perjudicar a los consumidores.

En efecto, es claro que un monopolio puede generar un costo social, dado que al ser el único proveedor puede elevar el precio de su producto, dejar de innovar al no tener incentivos, limitar la oferta al elevar las barreras de entrada para otros productores, impidiendo a los consumidores el acceso a más y mejores productos a precios más razonables.

Sin embargo, el monopolio puede ser positivo, dado que muchos de ellos pueden surgir espontáneamente como producto de la competencia existente en el mercado. En otras palabras, debida a esta, el monopolio nace como producto de una superior eficiencia respecto a ciertas empresas competidoras en el mercado, lo que les permitió desplazar a aquellas menos eficientes. Ello, entre otras razones, por la existencia de las economías de escala. Justamente, es esta competencia aquello que fuerza al monopolio a ser eficiente, puesto que, si decide subir sus precios o bajar la calidad de su producto, el mismo mercado será quien se encargue de que ingresen nuevos competidores que darán más opciones y con ello reducirán los precios. Es decir, el monopolio es parte de un proceso dinámico que contribuye a la eficiente asignación de recursos.

Así, prohibir el monopolio muchas veces implica perjudicar a los consumidores a quienes precisamente las normas que promueven la competencia buscan beneficiar. Como bien señala Alfredo Bullard¹², si bien el monopolio puede tener consecuencias negativas para los consumidores, su prohibición puede generar daños a esos mismos competidores. El proceso competitivo se alimenta de la aspiración de todo empresario por reducir costos y bajar precios, mejorar la calidad de sus productos o, que el servicio a los consumidores se oriente precisamente a aumentar la participación que dicha empresa tiene en el mercado. El sueño de todo empresario

¹¹ Un monopolio se presenta cuando se verifican ciertas condiciones específicas como la existencia de un único proveedor, la inexistencia de bienes sustitutos que de alguna manera satisfagan la demanda de los consumidores y la presencia de barreras de entrada al mercado que impidan la aparición en el corto plazo de opciones para los consumidores.

¹² BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. " *La Regulación Constitucional de los Monopolios y las políticas de competencia*". EN: Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales. Editorial Palestra, 2da Edición, 2da Reimpresión, 2010, p.970.

es convertirse en monopolio y eso es lo que lo motiva a mejorar. Si se prohíbe a rajatabla el monopolio y se imponen sanciones por crecer, sin analizar las causas del crecimiento empresarial, ese sueño se volverá una pesadilla y el resultado será reducir los incentivos para mejorar la situación de los consumidores. Ese sueño, de no existir barreras al mercado, casi nunca se realizará. La propia competencia (es decir, el deseo de todos los competidores por alguna vez alcanzar un monopolio) controla esa capacidad. Esa es la paradoja: que exista competencia implica aceptar el riesgo de un monopolio. Y la existencia del monopolio implica aceptar que el mismo manda señales para su propia destrucción.

Por consiguiente, lo que le preocupa a nuestro legislador no es el monopolio o la posición de dominio *per se*, sino los medios por los cuales alcanza una mayor participación de mercado de un lado, y los posibles abusos que, una vez alcanzada una posición dominante en el mercado, puedan cometerse. En otros términos, no hay que confundir el "*uso de la posición de dominio*" con el "*abuso de la posición de dominio*". Mientras el uso de la posición de dominio sea utilizado para generar eficiencia y con ello beneficiar a los consumidores, dicho uso no deberá considerarse un abuso, pues la misma competencia contempla el daño concurrencial¹³ como algo legítimo. El abuso de posición de dominio, son aquellos actos ilícitos de una empresa cometidos para excluir ilegalmente del mercado a los competidores.

Para que una empresa pueda incurrir en actos de abuso de posición de dominio, en primer lugar, debe contar con esta posición en el mercado. Para determinar si una empresa cuenta con dicha posición es necesario definir si puede imponer las condiciones de compra o venta, con independencia de la reacción de sus clientes, proveedores o competidores. Una empresa podrá actuar de esta forma cuando los clientes y proveedores del mercado en cuestión no tienen alternativas reales, distintas a la empresa dominante, para comprar los bienes que requieren o vender los bienes que producen, respectivamente. Asimismo, una empresa contará con una posición de dominio en la medida que tenga la aptitud para modificar provechosamente, respecto a la situación de competencia, el precio o cualquier otra característica del producto que impacta el mercado tales como incorporar barreras de entrada o controlar el entorno.

En ese sentido, resulta fundamental para definir si una empresa tiene la condición de dominante en un mercado determinar: (i) Cuál es el mercado relevante (debemos preguntarnos *¿de qué mercado estamos hablando?*). Es decir, qué bienes y servicios pueden considerarse que compiten con la empresa cuya posición en el mercado se requiere determinar y dentro de qué espacio geográfico se da dicha competencia; (ii) verificar los niveles internos (estructurales) y externos (nivel de concentración en el mercado) de la posición de dominio.

¹³ La posibilidad que la competencia beneficie a los consumidores lleva implícitamente la posibilidad que la competencia dañe a los competidores. Y la opción por la libre competencia es una opción a favor de los consumidores. La manifestación más clara de ese daño al competidor es la pérdida de participación de una empresa o incluso su eventual salida del mercado. Pero ese es un daño legítimo. A ese daño se le conoce como concurrencia. Se considera, por tanto, como daño concurrencial a todo perjuicio causado a los competidores mediante el uso legítimo de políticas de precios, calidad y condiciones ofrecidas a los consumidores. EN: BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. "*La Regulación Constitucional de los Monopolios y las políticas de competencia*". EN: Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales. Editorial Palestra, 2da Edición, 2da Reimpresión, 2010, p.971.

a) Mercado Relevante.

El concepto de mercado relevante permite identificar los alcances del mercado en que se desenvuelve el agente económico investigado. La idea de definir un mercado relevante es evaluar si existen o no alternativas para el cliente o consumidor. Por ejemplo, cuando pensamos en Coca Cola, lo primero que se nos viene a la cabeza es que nos encontramos ante una compañía con una posición dominante. Sin embargo, resulta un poco más complejo determinar su mercado relevante: ¿Es dominante en el mercado de gaseosas? ¿En el mercado de refrescos? ¿En el mercado de bebidas? Esto quiere decir que si no se analiza adecuadamente el mercado relevante no se podrá alegar que hay posición de dominio.

A fines de identificar el mercado relevante se puede realizar tomando en consideración una doble perspectiva:

1. **Analizar el Producto.** Para analizar el producto debemos de considerar tanto a la demanda como a la oferta.

Respecto a la demanda, el criterio principal para determinar el producto relevante o conjunto de productos que, por sus características, forman parte de un mismo mercado, es la sustituibilidad por el lado de la demanda. Esta sustituibilidad se analiza atendiendo a criterios prácticos o cualitativos como son, en concreto, las características físicas del producto y el uso que está previsto hacer de él, el precio, la estructura de la demanda, y las preferencias de los consumidores.

El análisis de la sustituibilidad de la demanda implica determinar, desde la perspectiva del comprador, la serie de productos que considera substitutivos. La presión competitiva a la que se enfrenta una empresa puede venir dada por la posibilidad de que, en respuesta a un incremento en los precios de su producto, sus clientes decidan redirigir el consumo hacia otros productos o servicios que consideran substitutivos, ya sea por razones de sus características técnicas, precios o, en definitiva, su capacidad para satisfacer una determinada necesidad de forma equiparable.

Una forma de encontrar el mercado del producto es realizar la prueba del monopolista hipotético (*Small but Significant and Nontransitory Increase in Prices – SSNIP- test*)¹⁴, introducida por el Departamento de Justicia de Estados Unidos. Este criterio es un ejercicio teórico que consiste en imaginar si la empresa que se está analizando sería capaz de incrementar los precios (entre un 5% o 10%) y sostener el aumento sin perder utilidades. En otras palabras, se busca responder la siguiente pregunta: *¿El consumidor seguiría comprando el producto o se iría a la competencia?* Si la empresa analizada no es capaz de aumentar los precios sin perder a los consumidores porque estos se cambian a

¹⁴ Cabe señalar que si bien esta herramienta es generalmente aceptada y utilizada en el ámbito del análisis competitivo, ello no significa que sea infalible. Existe lo que se conoce como la “falacia del celofán”. Esto implica que existen algunos casos en que las empresas que gozan de poder de mercado elevan sus precios hasta el nivel donde ulteriores incrementos en precios no resultan rentables. Este nivel puede ser tal que, en respuesta a un incremento en precios, el consumidor esté dispuesto a redirigir su consumo hacia productos que no consideraría como substitutivos en caso de que los precios se situasen en el nivel competitivo.

otros productos o porque otras firmas comienzan a ofrecer el producto, la empresa analizada se encontraría dentro de ese mercado relevante. Si el producto es sustituible por otro significa que pertenece a ese mercado relevante. Es por ello que el *SSNIP test* debe repetirse (productos adicionales son incluidos en el análisis) tantas veces hasta que el incremento en el precio resulte no beneficioso.

La sustituibilidad de la oferta, por otro lado, consiste en identificar los proveedores que, en caso de que una empresa incrementase el precio de sus productos, podrían comenzar a comercializar los productos de referencia a corto plazo y sin incurrir en costes o riesgos adicionales significativos. En otras palabras, el comportamiento de una empresa en el mercado se puede ver condicionado por la posibilidad de que, en respuesta a un incremento en precios, otras empresas decidan comenzar a competir con ella suministrando uno o varios de esos bienes o servicios que el consumidor considera substitutivos.

2. ***Analizar el Mercado Geográfico:*** Los principios para la definición del mercado geográfico son, en esencia, los mismos que los descritos para la definición del mercado de producto, esto es, sustituibilidad de demanda y oferta. De esta forma, la capacidad del productor de un cierto bien en un área geográfica determinada para incrementar los precios puede verse disciplinada por:

- La posibilidad de que los consumidores decidan redirigir su consumo hacia productores de ese mismo bien situados en áreas geográficas vecinas (sustituibilidad de la demanda). La elección del punto de compra estará limitada por el espacio geográfico al que le resulte razonable desplazarse al consumidor para efectuar una compra.
- La posibilidad de que empresas situadas en áreas geográficas vecinas decidan entrar a competir en la zona donde se han incrementado los precios (sustituibilidad de la oferta). Lo importante en este punto es identificar si las empresas que venden o pueden vender el producto relevante al comprador se encuentran en capacidad real de convertirse en proveedores alternativos a su proveedor habitual. Para ello, debe tenerse en cuenta los distintos costos o el tiempo involucrado para el traslado de los bienes que esos proveedores ofrecen, a fin de identificar si el comprador obtendrá esos bienes en condiciones similares a las que le ofrece el proveedor habitual. De este modo, se irán incluyendo o descartando proveedores alternativos según el comprador pueda adquirir los bienes que ellos ofrecen en condiciones equivalentes o no.

b) Elementos Internos y Externos de la Posición de Dominio.

Una vez determinado cuál es el mercado relevante, el segundo problema a resolver es probar que, efectivamente, la empresa analizada se encuentra en posición de dominio. Para ello se deben analizar elementos de la estructura de la empresa y los elementos de la situación competencial.

En primera instancia, se debe estudiar la estructura interna de la empresa analizada a fin de medir su fuerza competitiva y comercial en términos absolutos, esto es, sin compararla con la situación de los competidores o con la estructura general del mercado. El análisis de la empresa comprende los siguientes factores:

- El poder sobre los recursos y métodos de producción. Una empresa puede crear barreras si goza de economías de escala, lo que significa que a mayor volumen de producción, menores costos por unidad. Asimismo, este poder se acrecentará si, adicionalmente, cuenta con recursos financieros suficientes para ser solventes y líquidos en un mercado que requiere de un capital inicial determinado para entrar al mercado. Otro factor interno para tomar en consideración es si la empresa es titular o goza de la tenencia de derechos exclusivos como patentes, diseños industriales, modelos de utilidad, secretos industriales que restringen o limitan la entrada de otros.
- Marca propia y sistema logístico: La eficiencia logística puede conferir una especial ventaja competitiva en industrias que exigen una distribución con amplia capilaridad geográfica. No obstante, debe verificarse si los competidores pueden acceder a dichos activos, para lo cual hay que establecer si son propios de la empresa, si están reservados a estas en régimen de exclusividad y si dichas redes tienen capacidad excedentaria para transportar o distribuir productos rivales. También se encuentran dentro de este esquema la tenencia de marcas comerciales y su explotación.
- Tecnología: La relevancia de este factor dependerá de si, en el mercado en cuestión la innovación tecnológica resulta importante para competir a medio plazo y si la existencia de estas herramientas permite a la empresa dominar el sector. En otros términos, si el mercado es muy tecnológico y dificulta el acceso a otros, facilita la posición de dominio.
- Presencia en mercados ascendentes, descendentes y vecinos del mercado relevante: La integración se traduce en la existencia, de forma jerárquica y sistemática, de empresas que comparten los mismos dueños, las cuales se distribuyen en el ejercicio de las diversas funciones desde el comienzo de la elaboración o producción, incluyendo los canales de distribución hasta llegar finalmente al consumidor. Cuanto más integrada este la empresa, más opción de posición de dominio existirá.

En segunda instancia es necesario evaluar la fuerza competitiva de la empresa en términos relativos, comparándola con la situación de los demás agentes del mercado, para lo cual se pueden aplicar los siguientes factores:

- Número y fuerza de los competidores: Se debe medir la fortaleza industrial, comercial, financiera o tecnológica de los rivales de la empresa en cuestión. A mayor atomización (más competidores) normalmente menores barreras de entrada y mayor dificultad para tener una posición de dominio. Asimismo, si los

competidores tienen bastante poder económico también se reduce la posibilidad de tener una posición de dominio.

- Cuotas de mercado: Se entiende que la cuota de mercado se refiere al porcentaje o fracción expresado en las ventas de la compañía o empresa del producto o servicio ofrecido en relación con un determinado mercado. Este porcentaje, al ser elevado, genera la dominancia, pero debiéndose también analizar el comportamiento y estructura de los mercados de los competidores. Este criterio es utilizado con cierta frecuencia es establecer el porcentaje de participación en el mercado. Si bien la participación de mercado es un indicador importante, este no debe tenerse como un elemento que determina la existencia de posición de dominio. En otras palabras, si la empresa denunciada registra una cuota elevada de participación, por ejemplo, del 55%, ello debe considerarse como indicador de su importancia en el mercado, pero no debe determinar por sí solo la existencia de posición de dominio.
- Concentración del mercado: La concentración de un mercado se da en función del número de empresas y la participación de estas empresas en el mismo. En mercados muy concentrados aumentan las posibilidades de que una o un pequeño grupo de empresas puedan ejercer su posición dominante en el mercado de manera efectiva, principalmente porque se reducen los costos de transacción para llegar a una concertación, para desarrollar prácticas paralelas o para que el abuso de cierta posición en el mercado sea más efectivo¹⁵.

Por tanto, no importa solo analizar la cuota de mercado sino la concentración del mercado en que dicha participación se da. No existe una cuota de mercado que por sí sola determine una posición de dominio. Por ejemplo, si la empresa denunciada tiene 45% de participación y el competidor más cercano tiene 40%, la elevada participación de la primera no necesariamente le otorga libertad para imponer las condiciones de venta en el mercado, en tanto que la segunda es comparable y puede disciplinar el comportamiento de la denunciada. En cambio, cuando una empresa cuenta con más del 60% de la cuota del mercado y las cuotas de sus competidores se encuentran dispersas, existe un indicio de que la empresa es dominante.

Es por esta razón que se recomienda utilizar el Índice Hirschman – Herfindahl (IHH), el cual sirve para medir las condiciones de competencia del mercado en su conjunto y no para evaluar la importancia de la empresa denunciada como sucede con la participación de mercado. En este caso se considera que el mercado es menos competitivo cuanto mayor es el grado de concentración que presenta y viceversa.

La relación entre el valor del IHH y el nivel de competencia se plantea en los siguientes términos:

¹⁵ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. "¿Debe preocuparnos el tamaño? El abuso de posición de dominio en las normas de libre competencia". EN: Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales. Editorial Palestra, 2da Edición, 2da Reimpresión, 2010, p. 1008.

Índice IHH	Grado de Concentración en el mercado
Menor de 1,500	Desconcentrado
Entre 1,500 a 2,000	Moderadamente concentrado
Superior a 2,500	Altamente concentrado

- Competencia Potencial¹⁶: Al evaluar la competencia potencial se busca determinar qué tanta posibilidad hay de que la distribución de cuotas de mercado y el grado de concentración del mercado relevante identificados se mantengan a futuro en condiciones similares o cambien de modo significativo, debido a la posibilidad de ingreso de nuevos competidores en dicho mercado. Si existe una considerable posibilidad de modificación de los participantes en el mercado relevante, se entiende que las condiciones de competencia actual pueden transformarse con la nueva competencia impidiendo que la empresa denunciada, aún cuando tenga una elevada cuota de mercado, se comporte indebidamente.

El análisis de competencia potencial busca identificar si el comportamiento de los agentes que actúan en el mercado relevante, y en particular el de la empresa denunciada, se verá disciplinado por el riesgo de competencia que puedan generar los nuevos competidores que pudieran ingresar al mercado.

La entrada de nuevos actores al mercado depende de los costos y tiempo involucrados o, en términos más amplios, de las condiciones de acceso que pudieran inhibir o impedir la decisión de entrada de nuevos competidores. Estas condiciones de acceso se analizan como barreras de entrada al mercado, las cuales pueden tener distinto origen, pues pueden ser legales, estructurales o en base a estrategias por parte de las empresas dominantes para disuadir a la competencia.

Ahora bien, como se mencionó anteriormente, la ley establece de modo expreso que la existencia de posición de dominio no es ilícita, siendo necesario que se identifique un acto de abuso de posición de dominio para que se infrinja la ley. Por tanto, el problema no es solo definir qué constituye una posición dominante, sino qué es abusar de tal posición.

En términos generales, habrá abuso si es que existe un desarrollo de una práctica o conjunto de prácticas (acción u omisión) por parte de una empresa que ostente una posición de dominio en un mercado relevante y que dichas prácticas tengan por objeto o efecto el de restringir, vulnerar o falsear la competencia.

Los actos de abuso de posición de dominio se suelen clasificar en dos grandes categorías conocidas como (i) prácticas predatorias o exclusorias y (ii) prácticas explotativas.

Se considerarán **prácticas predatorias o exclusorias** aquellos supuestos en los que una empresa que goza de posición de dominio en el mercado utiliza dicha situación para desarrollar conductas dirigidas o que tienen por efecto el desplazamiento de uno o varios competidores por medios distintos a la competencia normal o impedir la entrada de competidores. Son conductas que en

¹⁶ Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Op.Cit Lima, pp. 25-26.

su estructura afectan directamente a competidores y en consecuencia afectan a los consumidores de manera indirecta, por la vía de reducir las opciones de los mismos en el mercado. Por otro lado, las **prácticas explotativas** buscan explotar la posición de dominio adquirida por la vía de capturar el excedente del consumidor, usualmente por medio de figuras como la de precios abusivos. No se afecta, por tanto, el proceso competitivo, sino que se trata de definir el resultado¹⁷.

Al respecto, el Tribunal del Indecopi ha señalado de forma precisa lo siguiente:

"19. Una práctica exclusoria es considerada como aquella cuyos efectos impactan principalmente en la estructura de mercado, o que apuntan a reforzar el poder de mercado de un dominante colocando en desventaja a otros competidores, por ejemplo, mediante la negativa a contratar o denegar el acceso a facilidades esenciales. Por su parte, los abusos denominados explotativos implican la explotación o ejercicio mismo del poder de mercado y son aquellos que impactan directamente en los consumidores o proveedores, por ejemplo, mediante la imposición de precios 'excesivos' (de venta o de compra) o condiciones y términos irrazonables¹⁸".

Por su parte, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi plantea lo siguiente sobre cada una de las categorías de abuso de posición de dominio:

"24. Las conductas exclusorias tienen el efecto real o potencial de afectar la competencia, en beneficio del dominante y en perjuicio de sus competidores actuales o potenciales, directos o indirectos. Es importante precisar que se trata de conductas que tienen la capacidad de afectar a los competidores del dominante por razones distintas a la mayor eficiencia económica. Las conductas exclusorias generan un impacto directo en el proceso competitivo y un impacto indirecto sobre el bienestar de los consumidores pues, al reducir los niveles de competencia (efecto directo), reducen las opciones disponibles para los consumidores (efecto indirecto). Pueden ser conductas exclusorias la negativa de trato, la discriminación de precios, las ventas atadas, los precios predatorios, etc.

25. Las conductas explotativas consisten en el ejercicio directo del poder de mercado del dominante. A través de estas conductas, el agente económico que goza de posición de dominio impone a sus clientes o proveedores condiciones que le permiten obtener mayores beneficios económicos (condiciones distintas a las que hubiera podido establecer si no gozara de posición de dominio). Las conductas explotativas no solo no afectan el proceso competitivo sino que incluso podrían dinamizarlo, incentivando el ingreso de nuevos competidores atraídos por las ganancias del dominante. Son ejemplos de conductas explotativas los 'precios excesivos' y la 'discriminación explotativa'¹⁹.

A continuación, se detallarán algunos supuestos específicos de casos de abuso de posición de dominio:

¹⁷ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. Op. Cit. p.1023.

¹⁸ Resolución N°0708-2011/CS1-INDECOPI, del 16 de marzo del 2011. Corresponde indicar que la parte de la resolución citada remite en nota a pie de página a las siguientes referencias: GOYDER, D.G. (2003). *EC Competition Law*. Great Britain, Oxford University Press, pp. 284-285. MOTTA, Massimo y DE STREEL, Alexandre. (2003). *Exploitative and Exclusionary Excessive Prices in EU Law*. Consulta en: <http://www.eui.eu/Personal/Motta/Papers/ExcessivePrices18122003.pdf>. (23 de septiembre del 2012).

¹⁹ Resolución N°005-2010/ST-CLC-INDECOPI, del 15 de abril del 2010.

- **Precios Predatorios:** La doctrina reconoce a los precios predatorios como un caso de abuso de posición de dominio en el mercado. Consiste en el supuesto de que una empresa, con posición de dominio en el mercado, reduce sus precios por debajo de sus niveles de costos con la intención de generar pérdidas en su competidor y así sacarlo del mercado.

El propio uso del término “predación” evoca una conducta intencional o al menos consciente de sus consecuencias, que supuestamente refleja una estrategia dirigida a excluir a un competidor o a un grupo de competidores del mercado o a desincentivarlos a entrar al mismo usando precios que los forzarán a pérdidas para poder competir o llevarlos a suspender actitudes competitivas. Nótese, sin embargo, que estas prácticas generan, al menos en el corto plazo, beneficios para los consumidores, que pagan por los bienes y servicios menores precios. La preocupación surge porque en el largo plazo la eliminación de competidores podría llevarlo a pagar precios monopólicos derivados de la existencia de menos competidores, o por lo menos competidores «disciplinados» por la práctica del predador²⁰.

- **Discriminación de precios y condiciones:** La discriminación de precios puede definirse, en términos generales, como una situación en la cual unidades de un mismo bien o servicio son comercializadas a precios distintos, es decir que: un mismo bien es vendido a precios diferentes. Dicha diferencia puede ser determinada comparando el precio del bien o servicio respecto de distintos consumidores o en operaciones realizadas por un mismo proveedor.

En términos sencillos, ello significa que si un proveedor de un bien por ejemplo arroz suministra el producto a distintos clientes, la discriminación se produce cuando ante las mismas condiciones y términos -volumen comprado, condiciones de crédito, plazo de pago, lugar de entrega, etc.- se cobra diferente. Por tanto, no basta demostrar que se cobra diferente a dos clientes, porque si a uno se le venden 10 unidades y al otro 100, es lógico que se conceda un descuento por volumen. La discriminación se dará solo si ante dos circunstancias iguales se da un tratamiento diferente.

La discriminación es una práctica sujeta a la «regla de la razón», es decir, una práctica que solo será ilícita si se demuestra que tiene efectos no deseados en el mercado, y en particular en el bienestar de los consumidores²¹.

- **Negativa Injustificada a contratar:** Al igual como ocurre con otras prácticas, la negativa a contratar es, en principio, una decisión legítima de cualquier empresa. Es parte inherente de su autonomía de la voluntad, en especial de su libertad de contratar. Sin embargo, cuando la empresa en cuestión tiene posición de dominio en el mercado, queda sujeta a algunas obligaciones especiales, como es el caso de no negarse, sin justificación, a contratar con un proveedor (en el caso de un monopsonio) o con un cliente (en el caso de un monopolio). Normalmente la doctrina y las legislaciones de los diversos países han

²⁰ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. Op. Cit. p.1024.

²¹ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. Ibidem. p.1024.

considerado la negativa concertada a contratar, más conocida como el «boicot», como una práctica per se ilegal. Así, si un conjunto de empresas se pone de acuerdo para no contratar con una empresa o un competidor, o con un determinado grupo de empresas o consumidores, ello será considerado una práctica ilegal en sí misma, sin perjuicio del análisis de sus efectos reales o potenciales²².

- **Cláusulas de Atadura:** La venta atada es una práctica comercial a través de la cual, un vendedor de diversos productos que goza de una posición de dominio en el suministro de algunos de ellos, establece que los clientes solo podrán comprar un determinado producto (en el cual gozan de posición de dominio) cuando acepten comprar un producto de distinta clase (respecto del cual el proveedor no goza de posición de dominio). Es decir, vincula o empaqueta la venta de sus productos, sin tomar en cuenta el interés de los compradores por ellos. En este sentido, las ventas atadas son definidas como: las situaciones en las cuales la venta de un bien está condicionada a la compra de otro bien.

La condena de este tipo de conductas se origina en la posibilidad de que las empresas recurran a este tipo de prácticas con la única intención de extender el poder de mercado que ostentan en un mercado determinado (del producto X o producto atante) a otro (del producto Z o producto atado). Esta conducta permitiría a la empresa con posición de dominio establecer un mayor precio en el mercado donde enfrenta una mayor competencia y eventualmente excluir de ese mercado a los competidores existentes. La idea detrás de la práctica es tratar de trasladar la posición de dominio en un mercado a un mercado de un producto diferente.

B) Prácticas Colusorias.

Las prácticas colusorias son comportamientos coordinados entre agentes competidores o agentes que actúan en distintas etapas del proceso productivo o de comercialización que, a través de la coordinación, dejan de actuar de modo independiente entre sí y se comportan coludidos según los términos pactados o convenidos, creando así una restricción indebida de la competencia.

A diferencia de lo que ocurre con los actos de abuso de posición de dominio que son, por regla general, unilaterales, las prácticas colusorias involucran siempre a dos o más agentes. Además, estos agentes deben ser necesariamente independientes, es decir, deben tener la capacidad de tomar decisiones comerciales y empresariales por su propia cuenta y riesgo, pues solo así pueden optar por no actuar de modo independiente a través de la práctica colusoria. Por ello, si las empresas no son independientes, ya sea porque pertenecen al mismo grupo económico o, por alguna razón, no pueden actuar con libertad de decisión, no cumplen la premisa básica para incurrir en una práctica colusoria ilegal²³.

Según la Ley de Competencia, los acuerdos, decisiones, prácticas concertadas y recomendaciones que involucran a agentes económicos competidores y que tienen como propósito restringir la rivalidad comercial entre ellos, califican como modalidades de prácticas colusorias horizontales.

²² BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Ibidem*. p.1067.

²³ Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. *Op.Cit* Lima, p. 33

Estas cuatro modalidades de prácticas colusorias horizontales se distinguen de la siguiente manera²⁴:

- **Acuerdos:** son compromisos explícitos de los competidores para definir conjunta o coordinadamente su estrategia comercial, en vez de hacerlo independientemente. Así, las empresas dejan de verse expuestas a los riesgos que se generan en un entorno competitivo (perder clientela y consecuentemente ingresos a manos de los competidores), pues saben de antemano que sus rivales se comportarán en el mercado según lo acordado. Usualmente, los términos de los acuerdos, o cuando menos su existencia, se encuentran plasmados por escrito en documentos de diversa índole y, consecuentemente, esta modalidad de práctica colusoria se demuestra a través de prueba directa.
- **Decisiones:** son acuerdos, pero tienen la particularidad de ser adoptados por los competidores al interior de asociaciones o gremios que los agrupan, ajustándose a las reglas de quórums y mayorías que se aplican según sus instrumentos constitutivos (estatutos u otros). Las decisiones tienen carácter vinculante para los miembros, eventualmente incluso para quienes no participaron de la sesión en que se adoptaron. Su objetivo y consecuencias son también la restricción de la competencia, al igual que en el caso de los acuerdos.
- **Prácticas concertadas o concertaciones:** comportamientos llevados a cabo conscientemente por los competidores que no pueden explicarse por las características y condiciones naturales del mercado, y que tienen iguales consecuencias que un acuerdo. No existe o nunca llega a encontrarse prueba directa que demuestre las concertaciones (pues los infractores suelen ocuparse de desaparecerla). Por ello, deben probarse a través de elementos de juicio o evidencias circunstanciales (prueba indirecta) que permiten inferir que el mismo patrón de comportamiento de los competidores (que suele denominarse «paralelismo de conductas») se debe a un arreglo o concierto de voluntades previo entre ellos.
- **Recomendaciones:** son orientaciones no vinculantes emitidas por gremios y asociaciones de competidores, o por sus representantes o directivos, con el objeto de influir en el comportamiento y estrategia comercial de los agremiados o asociados, de modo que se comporten uniformemente en el mercado dejando de competir.

De conformidad con la ley de competencia, **las prácticas colusorias horizontales** están sujetas a dos estándares de ilicitud dependiendo de su gravedad y de qué aspecto de la estrategia comercial de los competidores impactan. En general, las prácticas colusorias horizontales se sujetan a la prohibición relativa, según la cual para determinar la ilicitud de la conducta se debe demostrar su existencia y, además, que tiene o puede tener efectos negativos para la competencia y el bienestar del consumidor.

Pero, excepcionalmente, algunos tipos de acuerdos entre competidores se encuentran sujetos a una prohibición absoluta, lo que significa que para determinar su ilicitud solo se debe demostrar

²⁴ QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo. "Una mirada descentralizada al enjuiciamiento de cárteles en el Perú". EN: Derecho PUCP N° 74, Lima, 2015, pp. 270-271.

la existencia de la conducta, sin necesidad de evaluar sus efectos sobre el mercado. Están sujetos a prohibición absoluta los acuerdos para: (i) fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio; (ii) limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas; (iii) repartir los clientes, proveedores o zonas geográficas; y (iv) amañar las ofertas en licitaciones, concursos u otra forma de contratación pública. Esto es lo que se conoce como aquellas conductas que son restrictivas por "su objeto".

En el caso de las conductas por objeto, dada su potencialidad anticompetitiva, no es necesario que la conducta haya causado un daño efectivo a la competencia, sino que es suficiente con que la conducta sea apta para producir estos efectos; de manera que cuando la infracción es por objeto, no es necesario analizar o evaluar si se han producido efectos anticompetitivos. En otras palabras, la mera acreditación de la existencia de la conducta implica la existencia de la infracción, con independencia de los efectos que se hayan podido tener en el mercado.

Este conjunto de prácticas colusorias entre competidores se denomina generalmente con el término «cártel», el mismo que internacionalmente refiere a las prácticas anticompetitivas más perjudiciales para el mercado, lo que justifica que se sometan a un drástico estándar de ilegalidad basado en una prohibición automática para la que basta la prueba de la existencia del cártel. Ello se debe a que los cárteles implican un «fraude» al mercado, pues, en vez de competir para atender mejor a los clientes y ganar así una mejor posición en el mercado, las empresas optan por evitar la competencia y actúan como si fueran una sola, definiendo conjuntamente las condiciones de venta. Con ello, aparentan competir pero, en los hechos, se comportan como podría hacerlo un monopolio²⁵.

En efecto, al eliminar el riesgo de la competencia aprovechándose de la colusión, las empresas pueden obtener beneficios indebidos y mayores a los que lograrían en una situación de competencia. Esto ocurre cuando las prácticas colusorias tienen como finalidad única y directa afectar las condiciones de oferta en el mercado, ya que, por lo general, producen efectos dañinos, entre los que se pueden señalar los siguientes²⁶:

- Afectar al comprador o consumidor al permitir que se le cobre precios mayores o que se le imponga condiciones menos beneficiosas que las que primarían en un mercado competitivo.
- Privar al comprador o consumidor de la posibilidad de elegir entre distintas opciones de precios, calidades u otras condiciones de venta.
- Limitar los incentivos a la eficiencia e innovación de las empresas que participan de la práctica pues, al desaparecer los riesgos de la competencia, también desaparece el impulso a ganarle a los rivales.

De otro lado, **las restricciones verticales**²⁷ de la competencia se producen entre agentes económicos que realizan actividades en distintos niveles de la cadena de producción o comercialización, actividades que –por lo general– son complementarias, como por ejemplo las de un fabricante y su proveedor de insumos, o de un fabricante y sus canales de distribución mayorista y/o minorista; por ello, se las califica como verticales al involucrar una relación de esta naturaleza.

²⁵ QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo. *Ibidem*, p. 273.

²⁶ Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. *Op.Cit* Lima, p. 34.

²⁷ Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. *Ibidem* Lima, p. 35.

Las restricciones verticales requieren necesariamente la participación de dos o más agentes independientes entre sí, y que al menos uno de ellos decida o acepte sujetar o restringir su libre voluntad empresarial en función del compromiso asumido con el o los otros agentes. Esta restricción coordinada de la libertad puede manifestarse en diversos aspectos de la relación comercial existente entre los agentes que participan en distinto nivel de la cadena de producción y comercialización, por ejemplo, los precios a cobrar, el área geográfica a atender, los productos que pueden venderse, el canal de comercialización a utilizar, entre otros.

Las prácticas colusorias verticales pueden manifestarse a través de las mismas modalidades que las prácticas colusorias horizontales; es decir, mediante acuerdos, prácticas concertadas, decisiones o recomendaciones. La principal diferencia radica en que en las prácticas verticales participan agentes de distintos niveles de la cadena productiva o de comercialización.

En particular, se describen tres tipos genéricos de restricciones verticales, asumiendo para fines explicativos una relación entre fabricante y comercializador mayorista o minorista.

- Restricciones que determinan una situación de marca única: Existen cuando uno o más comercializadores aceptan vender los bienes de un solo fabricante o de una sola marca. En tal sentido, el o los comercializadores restringen su libre voluntad empresarial comprometiéndose a comprar solamente los bienes de ese fabricante y a ofrecer solamente esos bienes a través de su canal de distribución o punto de venta. Este tipo de prácticas puede encontrarse en contratos de aprovisionamiento exclusivo, cláusulas de no competencia, cuotas mínimas de venta, entre otras.
- Restricciones que determinan una situación de distribución limitada: Se presentan cuando un fabricante decide vender sus bienes a través de un solo comercializador. Con ello, el fabricante restringe su libre voluntad empresarial comprometiéndose a conducir todas sus ventas a través de un único canal de distribución o ventas. La forma más típica en que puede encontrarse este tipo de prácticas es en los contratos de distribución exclusiva que, por lo general significan la asignación de una zona geográfica definida o de un número o tipo de clientes.
- Restricciones que determinan una situación de fijación de precios de reventa: En este caso, el fabricante logra convencer y comprometer a uno o más comercializadores para que vendan sus bienes a los clientes al precio que defina dicho fabricante. De esta forma, los comercializadores restringen su voluntad empresarial aceptando que sea el fabricante quien determine el precio de venta al público. Estas restricciones se manifiestan en tres formas distintas: un precio fijo de reventa, un precio máximo, o un precio mínimo; siendo el primero el que mayor restricción genera, mientras que los otros dos ofrecen cierto margen de decisión al comercializador hacia abajo o hacia arriba, respectivamente.

3.2 Control de Estructuras.

El control de estructuras se manifiesta en normas que establecen un procedimiento a través del cual una autoridad estatal aprueba las operaciones de concentración de empresas, ya sea antes o después que se lleven a cabo los actos requeridos para la ejecución de tales operaciones. El propósito de estas normas es que la autoridad analice los alcances de la operación de concentración y defina, en términos anticipados, cuáles pueden ser sus efectos sobre la competencia en el mercado respectivo y, en función de ello, concluya si corresponde o no aprobar la operación.

En función del tipo de operación que diseñen las empresas, las concentraciones de empresas se denominan:

- Horizontales, cuando involucran a agentes competidores, que producen y/o venden bienes sustitutos.
- Verticales, cuando involucran a agentes que actúan en distintas etapas del proceso productivo o de comercialización, como por ejemplo un productor y su proveedor de insumos de producción, o un productor y su canal de distribución mayorista o minorista.
- De conglomerado, cuando involucran a agentes económicos que realizan actividades no relacionadas, es decir, agentes que no son competidores ni tienen una relación vertical como la antes mencionada.

Al respecto, el 19 de noviembre de 2019, se publicó en el Diario Oficial "El Peruano", el Decreto de Urgencia N° 013-2019²⁸, Ley de Control de Concentraciones. El objetivo de la norma es establecer un procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial, con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores, a cargo del INDECOPI. Esta norma es aplicable a todos los sectores de la economía, incluido el sector eléctrico que tenía su propia regulación especial.

El artículo 5° de la Ley de Control de Concentraciones señala que son operaciones de concentración empresarial todo acto u operación que implique una transferencia o cambio en el control²⁹ permanente de una empresa o parte de ella. Dichas concentraciones pueden producirse a consecuencia de las siguientes operaciones:

- a. Una fusión de dos o más agentes económicos, los cuales eran independientes antes de la operación, cualquiera que sea la forma de organización societaria de las entidades que se fusionan o de la entidad resultante de la fusión.

²⁸ Pierino Stucchi sostiene que podría ser considerada como una norma inconstitucional, pues señala que la promulgación de esta norma no era ni necesaria ni urgente. Al respecto, manifiesta lo siguiente: "*Como sabemos, aun si se quiere asumir que el Congreso de la República fue válidamente disuelto por el Poder Ejecutivo, ello no significa que este poder pueda legislar tan igual como lo hacía el Congreso. El Poder Ejecutivo solo puede legislar sobre lo estrictamente necesario para asegurar la continuidad del gobierno efectivo del país hasta que se instale el nuevo Congreso. Así, el Poder Ejecutivo no podría legislar en este tiempo, por ejemplo, una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial o un nuevo Código de Protección y Defensa del Consumidor.*"

Una de las exigencias constitucionales para la válida emisión de un decreto de urgencia sigue siendo que este se oriente a revertir situaciones extraordinarias e imprevisibles, que deben estar respaldadas en constataciones objetivas previas a su emisión. ¿Y cuál es la situación extraordinaria para aprobar este control previo de fusiones y adquisiciones empresariales? Ninguna. Incluso, como hemos manifestado en diferentes oportunidades, una legislación de esta naturaleza para el Perú no tenía el debido sustento técnico para su aprobación, considerando las exigencias de los estándares de calidad regulatoria; y, además, no es necesaria ni oportuna para el país.

Tan clara es la falta de urgencia en este caso que el propio decreto de urgencia establece que entrará en vigencia en el plazo de nueve (9) meses desde su publicación. Ello revela que no existía necesidad extraordinaria ni urgente en su emisión, incluso desde el entendimiento del propio Poder Ejecutivo, debido a que no es razonable que una ley de esta naturaleza entre en vigencia inmediatamente. Esta emisión apresurada luce por ello inconstitucional'.

Recuperado de: <https://gestion.pe/blog/reglasdejuego/2019/11/ni-urgente-ni-necesario-el-decreto-que-aprueba-el-control-previo-de-fusiones-y-adquisiciones-empresariales.html?ref=gesr>

²⁹ Se entiende por "control" la posibilidad de ejercer una influencia decisiva y continua sobre un agente económico mediante: (i) derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de una empresa; o (ii) derechos o contratos que permitan influir de manera decisiva y continua sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa, determinando directa o indirectamente la estrategia competitiva.

- b. La adquisición por parte de uno o más agentes económicos, directa o indirectamente, de derechos que le permitan, en forma individual o conjunta, ejercer el control sobre la totalidad o parte de uno o varios agentes económicos.
- c. La constitución por dos o más agentes económicos independientes entre sí de una empresa en común, *joint venture* o cualquier otra modalidad contractual análoga que implique la adquisición de control conjunto sobre uno o varios agentes económicos, de tal forma que dicho agente económico desempeñe de forma permanente las funciones de una entidad económica autónoma.
- d. La adquisición por un agente económico del control directo o indirecto, por cualquier medio, de activos productivos operativos de otro u otros agentes económicos.

Cabe señalar que no todas las concentraciones económicas deben ser notificadas al INDECOPI. Solo serán objeto de evaluación previa por parte del INDECOPI cuando:

- 1. La concentración empresarial tenga efectos en el territorio peruano debido a que generará impacto en la oferta o la demanda de bienes y servicios en el país, sin importar si ha sido acordada o ejecutada total o parcialmente en territorio nacional o en el extranjero; y,
- 2. La concentración empresarial, de manera simultánea, superen los siguientes umbrales económicos:
 - i. Que, la suma total de los ingresos brutos anuales en el país de las empresas involucradas en la operación debe ser igual o mayor a 118,000 UIT (aproximadamente 150 millones de dólares).
 - ii. Que, el ingreso bruto anual en el país de al menos dos de las empresas involucradas debe ser igual o mayor a 18,000 UIT (aproximadamente 23 millones de dólares) individualmente para cada una. Es decir que, para cada una, esta suma supere los 23 millones de dólares, aproximadamente.

Eduardo Quintana³⁰ sostiene que, al ser montos elevados -en particular la cifra de negocio total- se evita someter al procedimiento de aprobación previa del INDECOPI operaciones que no tienen la potencialidad de ocasionar un impacto negativo en la competencia. Además, al referirse solo a los ingresos en el país, el régimen se enfoca en las operaciones que podrían impactar nuestra economía, dejando de lado operaciones pequeñas en nuestro país aun cuando involucren a grupos económicos que tienen cuantiosos ingresos en el extranjero.

- 3. Se establece que solo deben notificarse al INDECOPI las transacciones que, superando las cifras de negocio antes indicadas, constituyan efectivamente una concentración. En efecto, la transacción debe ocasionar la transferencia o cambio permanente en el control de una empresa o parte de ella. Por ejemplo, a través de la transacción un grupo económico que ya controla alguna empresa en el Perú debe tomar el control de otra empresa. El control se define como la capacidad de influir de manera determinante en las decisiones de estrategia comercial y competitiva (al nivel de los órganos societarios). Esta

³⁰ QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo. Control de Concentraciones en el Perú: Ingreso a las mayores ligas. Recuperado de: <https://laley.pe/art/8852/control-de-concentraciones-en-el-peru-ingreso-a-las-ligas-mayores>

regla es bastante típica, específicamente en los marcos legales que siguen la corriente europea.

En función de lo anterior, se excluye expresamente del ámbito de la norma operaciones que no involucren un cambio en la estructura de control de las empresas, como por ejemplo la reorganización de sociedades al interior del mismo grupo económico, el crecimiento corporativo de un agente económico por propias inversiones, el crecimiento corporativo que no produzca efectos en el territorio nacional, entre otros. Hubiera sido deseable que el listado de operaciones excluidas expresamente fuera más amplio -como sucede en marcos legales de otros países- para evitar cualquier duda o interpretación extensiva de la norma, pero habrá que convivir con algún grado de incertidumbre en este tema.

Es importante resaltar que la presente norma indica expresamente que se excluyen del control previo a cargo del INDECOPI, los siguientes actos u operaciones:

- a. El crecimiento corporativo de un agente económico como resultado de operaciones realizadas exclusivamente al interior del mismo grupo económico.
- b. El crecimiento corporativo interno de un agente económico, independientemente de que se produzca mediante inversión propia o con recursos de terceros que no participen directa ni indirectamente en el mercado.
- c. El crecimiento corporativo de un agente económico que no produzca efectos en los mercados dentro del territorio nacional, en una parte o en su totalidad.
- d. El control que se adquiera sobre un agente económico como resultado de un mandato temporal conferido por la legislación relativa a la caducidad o denuncia de una concesión, reestructuración patrimonial, insolvencia, convenio de acreedores u otro procedimiento análogo.
- e. Cuando las entidades de crédito u otras entidades financieras o de seguros o del mercado de capitales cuya actividad normal constituya la negociación y transacción de títulos, por cuenta propia o de terceros, posean con carácter temporal acciones o participaciones que hayan adquirido de una empresa con el propósito de revenderlas, siempre que no ejerzan los derechos de voto inherentes a dichas acciones o participaciones con objeto de determinar el comportamiento competitivo de dicha empresa.
- f. La adquisición de derechos por parte de un agente económico que previamente no haya participado en el mercado relevante o los mercados relacionados, que le permitan ejercer control sobre la totalidad o parte de un agente económico que participa en cualesquiera de dichos mercados, en los términos que establece el reglamento de este decreto de urgencia.

Una vez que se constata que una fusión o adquisición cumple con las características antes señaladas, deberá solicitarse la autorización por parte de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI antes de su ejecución por el agente económico que adquiere el control; o, en caso de una fusión o adquisición de control conjunto, por parte de todas las empresas involucradas en dicho control. Los actos de ejecución de la concentración serán nulos de no solicitarse o lograrse tal autorización.

Cabe señalar que se han establecido criterios bastante típicos para la evaluación de fondo que debe realizar el INDECOPI al decidir si aprueba o no la operación notificada. Así, debe delimitar el o los mercados relevantes que podría impactar la operación, y definir si a través de esta se crearía o fortalecería una posición de dominio en alguno de dichos mercados. Asimismo, la autoridad debe analizar de manera prospectiva si existe el riesgo potencial de que se generen prácticas anticompetitivas, tales como conductas unilaterales exclusorias tipo abuso de posición de dominio o comportamientos colusorios entre competidores. Igualmente, la autoridad debe valorar las eficiencias que le hayan demostrado los agentes involucrados en la operación, identificando si son suficientes para contrarrestar los potenciales efectos negativos para la competencia que haya identificado. Asimismo, la norma ha establecido que la autoridad puede aprobar la concentración, pero imponiéndole ciertas condiciones a los agentes involucrados, que mitiguen o diluyan los riesgos potenciales para la competencia³¹.

La Comisión puede decidir: i) autorizar la operación de concentración empresarial; ii) no autorizarla; o, iii) autorizar la operación sujeta al cumplimiento de determinadas condiciones y obligaciones. Si vencen los plazos que tiene la Comisión para emitir su decisión, la solicitud se considera aprobada (silencio positivo). En todo caso, la decisión de la Comisión es apelable ante el Tribunal del Indecopi, el cual deberá pronunciarse en un plazo máximo de (noventa) 90 días hábiles³².

IV. CARÁCTERÍSTICAS DEL SECTOR TECNOLÓGICO.

La rapidez del desarrollo tecnológico ha modificado la naturaleza de los mercados y los modelos de negocio, planteando así algunos problemas en relación con el derecho y la política de competencia, que deben adaptarse a los nuevos modelos de negocio y realidades del mercado. Los mercados tecnológicos presentan una serie de características que los distinguen de los mercados tradicionales, lo que lleva a cuestionarse sobre la idoneidad de las herramientas clásicas del Derecho de Defensa de la Libre Competencia aplicadas a este sector.

La caracterización de gran parte de los mercados digitales, con un amplio apoyo en sistemas online y alto grado de innovación tecnológica, presenta –en líneas generales– una serie de rasgos que los distinguen de los mercados tradicionales, que históricamente han sido objeto de escrutinio antitrust³³.

- A) **Estructura de Plataforma Digital.** Aunque no necesariamente es así en todos, muchos de estos mercados altamente tecnológicos suelen estar estructurados sobre la base de plataformas digitales. La Comisión Europea define las plataformas en línea como empresas que operan en mercados de dos o múltiples partes, que utilizan Internet para facilitar las interacciones entre dos o más grupos de usuarios distintos pero interdependientes, a fin de crear valor al menos para uno de esos grupos. Las plataformas engloban servicios y actividades como mercados en línea, redes sociales, motores de búsqueda, sistemas de pago y sitios de intercambio de vídeos³⁴.

³¹ QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo. *Ibíd.*

³² STUCCHI, Pierino. *Op.Cit.*

³³ DÍEZ ESTELLA, Fernando. La aplicación del Derecho de Competencia en la Era Digital. Recuperado de: <http://www.fernandodiezestella.com/Publicaciones>

³⁴ Recuperado de: [//ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/public-consultation-regulatory-environment-platforms-online-intermediaries-data-and-cloud](http://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/public-consultation-regulatory-environment-platforms-online-intermediaries-data-and-cloud).

- B) **Presencia de Efectos de Red.** El "Network Effect" se produce cuando, a medida que crece el uso de un producto o servicio por parte de un usuario, el valor que ese producto o servicio genera a los demás, también incrementa. A medida que crece la oferta, se produce un mayor valor para la demanda. Cuando se incrementa el número de vendedores en una plataforma digital, más valor existirá para los compradores. Y cuantos más compradores atraiga la plataforma digital, más interesante será para los vendedores, produciéndose, de esta forma, un círculo virtuoso.

En otras palabras, el mayor número de usuarios de una plataforma atrae a más empresas –sean desarrolladoras de programas, aplicaciones, anunciantes, etc.– lo que hace la plataforma más atractiva, lo que a su vez atrae a más usuarios, etc. Por ejemplo, las personas pueden querer usar la red social de Facebook simplemente porque la usan sus amigos. El valor de uso de las plataformas digitales depende directamente del número de usuarios.

Alfredo Bullard en su artículo denominado "Atrapados en la Red" en el Diario Perú 21 señala que cada industria es distinta. No es lo mismo una industria común que aquellas que se basan en la economía en red:

"En las industrias comunes, como la del calzado, el que muchos tengan los mismos zapatos no le da un mayor valor de uso al zapato que compró. Puedo usarlo igual así haya un millón de personas con zapatos parecidos o no haya ninguna. Pero en las industrias de red, cuantas más personas tengan el mismo bien o servicio, más valor de uso tiene.

Usted está trabajando un documento importante en su computadora. ¿Es necesario preguntarle qué procesador de texto está usando? Le apuesto (y ganaré casi siempre esa apuesta) que es Word. ¿Cómo lo sé? Porque todo el mundo lo usa.

Tenderemos a pensar que es un monopolio y que nos ha capturado usando prácticas anticompetitivas. Pero la razón principal por la que preferimos usar Word es porque todos los demás lo usan. Y queremos que sea así. Cuando abrimos una computadora en cualquier lugar del mundo o recibimos un archivo de texto de otra, nos disgustaría que el procesador no sea Word. Preferimos uno conocido que mejora la forma como interactuamos con los demás. Un procesador de textos, a diferencia de un zapato, vale más cuantas más personas lo usan.

Una plataforma de redes sociales usada por pocas personas no nos interesa. Usamos Instagram, Facebook o LinkedIn porque nos permiten contactar con más personas. Allí radica su valor.

Conoce a una persona. Le pide su WhatsApp. Le contesta que no tiene. Pensará o que le está mintiendo (es lo más probable) o que es una persona que está literalmente fuera de este mundo. Queremos usar WhatsApp porque nos permite comunicarnos con cualquier persona. No es como comprar un zapato.

Hace unos días el Congreso de Estados Unidos citó a los ejecutivos principales de Apple, Amazon, Google y Facebook. El tipo de preguntas que escuché y la

concepción de la que parten reflejan que (como congresistas, funcionarios y "opinólogos" de redes sociales de todo el mundo) no pueden hacer la diferencia entre las industrias de red y la compra de un par de zapatos.

Ello no significa que no pueda haber conductas cuestionables o ilegales, como en cualquier industria. Pero sí significa que no se puede entender la competencia en esos mercados como se produce la competencia en el mercado de zapatos. Esas industrias crecen y tienden a alcanzar altísimas cuotas de mercado porque los consumidores quieren que sea así, y en ejercicio de su opción escogen aquellos servicios con redes de mayor cobertura. Y los reguladores proponen medidas que nos quiten a los usuarios lo que deseamos que ocurra".

- C) **Mercado altamente competitivo:** A diferencia de prácticamente cualquier otro mercado o sector, Internet es un entorno empresarial fluido, cambiante, en el que la inversión es mínima y cualquiera puede entrar y amenazar la posición dominante de la empresa líder. Huawei es el ejemplo modélico del dinámico sector tecnológico. Ha crecido enormemente en los últimos años, pasando de ser un pequeño fabricante de piezas para teléfonos a un líder global en la industria tecnológica. En su momento, Facebook fue creada por un estudiante con muy pocos recursos y desplazó a MySpace. Actualmente, Tik Tok es la red social que crece más rápido en todo el mundo. Dropbox compite de igual a igual con Apple, Google y Microsoft en el sector de almacenamiento en nube. Si las grandes empresas de tecnología se duermen en sus laureles es muy probable que en los siguientes años sus cuotas de mercado se vean perjudicadas.
- D) **Dificultad en la Definición del Mercado de Referencia:** Es bastante complejo definir cuál es el ámbito y alcance en un mercado tecnológico. Por ejemplo, cuando analizamos la competencia en el mercado de publicidad, ¿se debe ver a la publicidad digital como un mercado único o debe ser visto como parte del mercado de publicidad en general? ¿Facebook o Google compiten con los canales de TV o los periódicos?

Delimitar el mercado con la finalidad de ver cuál es la cuota de mercado de una determinada compañía genera dos problemas:

En primer lugar, el papel que juegan los productos tecnológicos en la sociedad puede cambiar a medida que evolucionan, convirtiéndose repentinamente en competidores de productos y servicios en mercados que antes parecían no tener relación. Por ejemplo, Apple era una empresa de computadoras, luego de reproductores de música, luego una compañía de celulares y ahora una plataforma de software. Netflix, por su parte, era una compañía que enviaba DVDs por correo, luego pasó a ser una plataforma de *streaming* y, finalmente, ahora es un productor de contenidos.

En segundo lugar, las empresas tecnológicas más destacadas ofrecen productos y servicios que pueden estar relacionados como no. A veces resulta complejo trazar la línea sobre si cierto producto es uno solo o es la suma de varios productos distintos. Por ejemplo, cuando uno compra un celular Apple resulta lógico para algunos consumidores que el navegador Safari se encuentre preinstalado, puesto que hay personas que desean

que se les brinde una experiencia completa y sencilla sin tener que estar invirtiendo tiempo en descargar ciertos programas.

- E) **Escalables.** La mayoría de las sociedades en el sector tecnológico cuentan con empresas escalables, lo que significa que a medida que sus ingresos aumentan, sus costes se mantienen planos o se incrementan muy poco. Si bien las inversiones iniciales pueden ser cuantiosas, una vez realizada, el coste marginal por cada venta unitaria adicional es un coste cercano a cero.
- F) **Oferta de servicios gratis.** Muchos de los productos y servicios que se ofrecen en el mercado tecnológico son gratuitos para los consumidores: redes sociales como Facebook, Twitter, Instagram, TikTok; buscadores como Google, Yahoo o Bing; navegadores como Google Chrome, Safari o Firefox; apps de mensajería instantánea como Whatsapp, Line, Telegram; correos electrónicos como Hotmail, Gmail o Yahoo; servicios de voz sobre IP como Skype o Viper. Asimismo, existen un sinnúmero de aplicaciones que son gratuitas para los usuarios y que pueden ser descargadas en cualquier momento.
- G) **Papel del Big Data.** Se dice que los datos son el equivalente al petróleo en la economía digital. Es por ello que, las empresas *tech* gestionan y rentabilizan estos datos procesándolos en grandes cantidades a una gran velocidad y con amplia diversidad; ello, con la finalidad de extraer el máximo valor monetario posible de los mismos. Este fenómeno es conocido como Big Data, que es entendido como el conjunto de tecnologías que permiten tratar cantidades masivas de datos personales provenientes de distintas fuentes a través del uso de algoritmos, con el objetivo de poder otorgarles una utilidad que proporcione valor. Es decir, el *Big Data* permite procesar datos cuyo tamaño (volumen), complejidad (variabilidad) y velocidad de crecimiento (velocidad) dificultan su captura, gestión, procesamiento o análisis por parte de tecnologías y herramientas convencionales.

Así, una herramienta como el motor de búsqueda de Google nos permite acceder a un vasto océano de información en cuestión de segundos; redes sociales como Facebook o LinkedIn nos permiten estar conectados y recibir información en tiempo real de miles de personas alrededor del mundo; y, plataformas de mercado como Amazon o Ebay nos permiten conocer información sobre vendedores y sus ofertas, así como a recibir los productos en nuestra puerta sin siquiera salir de casa³⁵.

En ese sentido, se puede apreciar que actualmente existen empresas que pugnan por obtener el ansiado *Data Power* (poder basado en posesión de Big Data) dado que el poder en el mercado recaerá en la empresa que cuente con el más grande y diverso set de data con el que podrá optimizar con mayor eficiencia sus procesos, servicios e individualizar su publicidad. Por ejemplo, mientras más data obtenga un motor de búsqueda como Google, mayor precisión desarrollará su algoritmo de búsqueda. Del

³⁵ ZUÑIGA DÍAZ, Giuliana. "Big Data y los desafíos que plantea al Abuso de Posición de Dominio". Revista de Actualidad Mercantil N° 6, Lima, 2019. p.209.

mismo modo, una plataforma como Amazon o eBay arrojará mejores resultados de búsqueda mientras acumule más data sobre transacciones realizadas y búsquedas pasadas de usuarios³⁶.

En efecto, la Organización para el Desarrollo Económico- OCDE ha señalado que la recolección y procesamiento masivo de datos puede favorecer el establecimiento de una posición dominante en unas pocas plataformas y llevar a un escenario de *winner takes it all* en que las firmas compiten *por* el mercado en lugar de *en* el mercado³⁷.

V. CASOS DE LIBRE COMPETENCIA EN EL SECTOR TECNOLÓGICO.

Han pasado más de 50 años desde que el Gobierno de los Estados Unidos de América presentara la primera demanda *antitrust* en contra de un gigante tecnológico, líder indiscutido –entonces- de la industria informática, la compañía IBM, alegando que la empresa había monopolizado el mercado de computadoras digitales de uso general. Tomando en consideración los cientos de miles de documentos examinados, las miles de horas de interrogatorio de testigos y expertos, y los millones de dólares invertidos en el caso, este es considerado como uno de los mayores despropósitos en la historia de la litigación antitrust, pues en 1982 se desestimaron todos los casos y el Gobierno dio por concluida su infructuosa persecución de 15 años contra el presunto monopolio de las computadoras de IBM.

Este caso ilustra cómo es que en muchas ocasiones tanto las autoridades americanas como las europeas tienen en la mira a las grandes empresas tecnológicas e inician una “cacería de brujas” en contra de ellas. Esta actitud podría explicarse desde un punto de vista psicológico como el deseo por parte de las autoridades de tener un protagonismo mediático, ya que es conocido que estos asuntos siempre atraen grandes titulares de prensa. Esto de ninguna manera quiere decir que las autoridades no persigan causas justas con el objetivo de proteger los intereses del consumidor.

A continuación, procederemos a analizar algunos casos famosos en contra de empresas tecnológicas:

a) *Caso Microsoft Windows Media Player.*

En 1998, *Sun Microsystems* acusó a Microsoft de no facilitar ciertas interfaces técnicas necesarias para la interoperabilidad de su software con Windows NT, y en agosto de ese año la Comisión de la Comunidad Europea decidió ampliar la investigación y estudiar si Microsoft había abusado de su posición de dominio. Al respecto, la Comisión define a Microsoft como una compañía dedicada al diseño y desarrollo de una amplia gama de productos relacionados a la industria de la computación, entre los que constan los sistemas operativos para computadoras personales (client PC's), los sistemas operativos para servidores de grupos de trabajo y los reproductores multimedia con capacidad de *streaming* en la Web³⁸.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ OECD (2016) “Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era”. Background note by the Secretariat. En: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf p.7](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf p.7).

³⁸ Court of First Instance of the European Communities (Grand Chamber). *Microsoft v Commission*. Case T201/04. Judgment of the Court. 17 September 2007. Pp. 3623.

La Comisión Europea acusó a Microsoft de abusar de su posición de dominio restringiendo deliberadamente la interoperabilidad entre los PC Windows y los servidores de grupos de trabajo que de sus competidores. De igual manera, se le acusó de bloquear el acceso de otros reproductores de música y video, valiéndose de dicha posición dominante, con el objetivo ulterior de favorecer su propio reproductor: El *Windows Media Player*. En otras palabras, Microsoft vinculaba su propio reproductor a su "omnipresente" sistema operativo Windows, debilitando considerablemente, de esta manera, a la competencia en el mercado de reproductores multimedia. La Comisión señalaba que esta situación había frenado la innovación, perjudicado el proceso de competencia y a los consumidores, que en definitiva tienen menos elección.

En el año 2004, la Comisión Europea sancionó a Microsoft con una multa de €497 millones (aproximadamente US\$648 millones), lo que suponía una cifra récord para ese entonces, por abusar de su posición de dominio en el mercado de sistemas operativos, en virtud del cargo de venta atada del sistema operativo client PC con el reproductor multimedia Windows Media Player. Adicionalmente, la Comisión le impuso dos medidas correctivas: (i) Ofrecer versiones de Windows sin el reproductor Windows Media Player; (ii) ofrecer la información necesaria para que terceras partes pudieran interactuar correctamente con servidores y equipos de escritorio basados en Windows a fin de hacer posible la interoperabilidad de los productos con el sistema operativo.

Microsoft apeló la sentencia de 2004 de la Comisión Europea y aunque hizo cambios en el ámbito de la operabilidad no cumplió con los requisitos que planteaba el regulador europeo. Eso hizo que lo multaran con €280.5 millones adicionales. Aquel caso se cerró el 22 de octubre de 2007, cuando Microsoft anunció que cumpliría con los términos que dictaba la UE y no apelaría más esa decisión, pero aun así la Comisión sancionó a Microsoft con un total de €899 millones (respecto a los 497 millones iniciales) en febrero de 2008 por no cumplir con la sentencia de 2004. Aquella multa -que más tarde se reduciría ligeramente a €860 millones— representó la más importante en toda la historia de la UE a la hora de perseguir abusos de posición dominante por parte de las empresas.

Cabe señalar que, uno de los puntos más importantes que se analizan en el presente caso es acerca de la existencia de un producto único o dos productos separados, con respecto al sistema operativo Windows y a su reproductor multimedia Windows Media Player. ¿Existen dos productos distintos que atienden demandas distintas por parte de los clientes? La Comisión Europea asevera que los productos son independientes, ya que se observa que hay un requerimiento de reproductores multimedia de manera individual y separados del sistema operativo. En otras palabras, hay un mercado que demanda sistemas operativos y otro que demanda reproductores multimedia.

Asimismo, la Comisión utiliza como argumento que la promoción realizada por Microsoft de su Windows Media Player es realizada de manera independiente al sistema operativo y busca la aceptación del reproductor multimedia en sus usuarios sin hacerlo con base en el señalamiento de su interdependencia al sistema operativo Windows. Adicionalmente, la Comisión determinó que los consumidores se encontraban imposibilitados de adquirir el producto atado sin tener que necesariamente adquirir el producto atado.

De esta manera, la Comisión concluye que era imposible que aplicaciones de otros desarrolladores pudieran adquirir dicho nivel de penetración de mercado, debido a que la ventaja en cuanto a la distribución del Windows Media Player por estar vinculado al sistema operativo

Windows le otorgaba automáticamente dicha condición de omnipresencia. En ese sentido, quedó determinado que Microsoft utilizó a Windows como canal de distribución para el reproductor multimedia; que la vinculación generaba condiciones de ventaja comercial en favor de Microsoft; que Microsoft intervino el normal desenvolvimiento del proceso competitivo en el mercado; que la vinculación constituye una barrera de entrada a los competidores directos; y finalmente, que Microsoft expandió su posición de dominio debilitando a la competencia y por ende desincentivando la innovación.

Por su parte, Microsoft alegaba que la vinculación entre el sistema operativo y el reproductor multimedia no implicaba ningún tipo de coerción a los usuarios al uso de su producto, ni constituía ninguna obligación adicional a la adquisición del sistema operativo Windows. En otras palabras, la presencia del Windows Media Player era un beneficio adicional al sistema operativo y los consumidores no estaban obligados a usarlos. Tan cierto es ello, de acuerdo a lo argumentado por Microsoft, que los consumidores no debían pagar ningún valor extra por la integración del reproductor multimedia Windows Media Player al sistema operativo Windows. No existía ninguna obligación del usuario de usar dicho producto o funcionalidad y cualquiera podía instalar y utilizar un reproductor multimedia compatible desarrollado y comercializado por cualquier competidor de Microsoft. La lógica económica detrás del argumento esbozado por Microsoft es que ellos no obligan a sus usuarios a comprar sus productos, pero si van a hacerlo deben comprar un producto adecuadamente compuesto para que así se garantice su satisfacción plena.

El argumento de Microsoft resuena con mi pensamiento de consumidor. Cuando uno compra una computadora, desea que el sistema operativo tenga instalado por defecto ciertos productos que son distintos al sistema operativo pero que son necesarios para un adecuado funcionamiento. En caso se determine que alguno de los productos accesorios no son lo suficientemente buenos, el consumidor se encontrará en plena libertad de elegir aquél que más le satisfaga sus necesidades.

Cabe recordar que para la configuración de una práctica abusiva de vinculación es necesaria la ocurrencia simultánea de las siguientes condiciones: que el producto vinculado y el producto vinculante sean distintos; que el oferente detente una posición dominante al menos en el mercado del producto vinculante; que el producto vinculante incluya al producto vinculado sin la posibilidad de su adquisición por separado; que la práctica cause una afectación a la competencia de mercado; y finalmente, que la vinculación carezca de una justificación objetiva, ya que en caso de generar eficiencias en el consumidor ésta es admitida³⁹.

En este caso en específico, ¿realmente la vinculación entre el *Windows Media Player* afecta a la competencia en el mercado? Una reflexión sobre este punto la encontramos en el artículo denominado "*¿Son los europeos demasiado tontos para instalar un software? Los sinsentidos del "antitrust" europeo*"⁴⁰ el cual señala lo siguiente: "(...) ¿Negó (Microsoft) a sus competidores alguna información imprescindible para permitir la interoperabilidad de los programas y Windows? ¿Estableció alguna barrera estratégica para dificultar la instalación de otros programas? No, simplemente lo que hizo fue "atar" el WMP a su sistema operativo, dado que la compra de dicho sistema incluía ya el WMP y lo instalaba por default. Ello, sin embargo, no impedía que el

³⁹ ORTÍZ BLANCO, Luis. Manual de derecho de la competencia. Madrid: Tecnos, 2008. pp. 179-180

⁴⁰ ZUÑIGA PALOMINO, Mario. "*¿Son los europeos demasiado tontos para instalar un software? Los sinsentidos del "antitrust" europeo*" Recuperado de: <https://www.blawyer.org/2012/10/27/son-los-europeos-demasiado-tontos-para-instalar-un-software-los-sinsentidos-del-antitrust-europeo/>

usuario instalara otros programas (recuerdo en la época usar el WinAmp y el Real Media Player). Pero, entonces, ¿eran estos programas demasiado caros o difíciles de encontrar? No, a solo una búsqueda y un “click” el usuario tenía muchos reproductores gratuitos a la mano. ¿Cómo afectaba entonces al consumidor el hecho de que el WMP viniera incluido en el Windows? De ninguna manera (a menos que se quiera alegar que en este caso el tiempo perdido en buscar e instalar un programa alternativo es relevante)⁴¹.

Hasta este momento recuerdo que el día que dejé de utilizar el Windows Media Player fue el mismo día que me compré un iPod y a raíz de dicha compra descargué iTunes. Fue tan fácil como tipear “Descargar iTunes” en Google para tenerlo funcionando en mi computadora que utilizaba el sistema operativo de Windows. Es por ello que, si bien las prácticas comerciales de ventas atadas han sido vistas desde un principio como conductas anticompetitivas por su supuesta afectación inminente al mercado en cuestión, el desarrollo informático ha hecho que este concepto sufra una necesaria modificación por la naturaleza misma de una industria en constante y rápida evolución.

Cabe indicar que la decisión europea del caso Microsoft es criticada principalmente por haber fallado de cierta manera en establecer un análisis objetivo de los elementos fundamentales de la vinculación en cuestión, ya que su análisis se desvió hacia elementos de menor importancia al tomar en cuenta el segmento de mercado relevante en cuestión, que es el de la alta tecnología digital. Las eficiencias generadas por Microsoft no recibieron la importancia determinante que merecían en la investigación y su resolución, las mismas que causaban un efecto positivo tanto en los competidores cuanto en los consumidores finales, incentivando el desarrollo de la industria y dotando de herramientas necesarias a los consumidores, quienes recibían un sistema operativo completo que garantizaba el adecuado funcionamiento de todas las funcionalidades. A pesar de que se establece que la finalidad de las políticas de competencia de la Comunidad Europea de Naciones consiste en asegurar a los consumidores los beneficios de una economía de mercado

⁴¹ Cabe señalar que la Comisión Europea también acusó a Microsoft de no haber garantizado la posibilidad de escoger un navegador diferente. En el año 2009, le envié a Microsoft una “Declaración de Objeciones” al conocer que vendería su última versión de Windows (para ese entonces el Windows 7E) “atado” a su programa para navegar en Internet, el IE, ya que ello, “daña la competencia entre exploradores de Internet, desincentiva la innovación y el último término reduce las opciones del consumidor”.

El autor Mario Zúñiga cuestiona de la siguiente forma la decisión de la Comisión: *“¿Es en serio? Nuevamente acá cualquiera que no conoce el caso se pregunta: ¿negó Microsoft a sus competidores alguna información imprescindible para permitir la interoperabilidad de otros exploradores con Windows? ¿Estableció alguna barrera estratégica para dificultar la instalación de esos otros exploradores? ¿Son estos otros exploradores de Internet demasiado caros o difíciles de encontrar? ¿No son competidores accesibles, de prestaciones razonablemente similares y, una vez más, gratuitos, Opera, Google Chrome, Safari o Firefox? Firefox, por cierto, tenía en ese momento ya una cuota de mercado de 37%. ¿Es que entonces considera la Comisión Europea que sus ciudadanos son incapaces de buscar y descargar otro explorador de Internet? En ese entonces, Microsoft obedeció las indicaciones de la Comisión y separó el Windows 7E del IE, acordándose que al instalarse el sistema se ofreciera al consumidor, mediante una pantalla de opciones, instalar distintos exploradores (Browser Choice Screen). La decisión no tenía ningún sentido en ese entonces, y menos lo tiene hoy, en un escenario en el que IE es ampliamente superado por rivales como Google Chrome o Firefox, y en el que cada vez más gente utiliza internet desde sus smartphones. Yo la verdad, las pocas veces que he utilizado IE ha sido para descargar otro explorador, la primera vez que utilizaba una PC”.* Recuperado de: <https://www.blawyer.org/2012/10/27/son-los-europeos-demasiado-tontos-para-instalar-un-software-los-sinsentidos-del-antitrust-europeo/>

dinámica y eficiente, en este caso se sacrificó el desarrollo tecnológico con la limitación impuesta a Microsoft⁴².

b) Caso Google Shopping.

El 27 de junio del año 2017, la Comisión Europea multó a Google con una sanción histórica ascendente a la suma de €2,424 millones por abusar de su posición de dominio en el mercado de los buscadores al haber utilizado sus herramientas de búsqueda para favorecer a su servicio de compras comparativas, *Google Shopping*.

La investigación de la Comisión Europea se inició en noviembre de 2010⁴³ tras las denuncias presentadas por proveedores independientes de servicios de compras comparativas, que ofrecen a los consumidores herramientas para comparar productos y precios online, así como para encontrar ofertas de todo tipo de vendedores. Los denunciantes alegaron que Google estaba favoreciendo el posicionamiento de sus propios servicios de compras comparativas a través de su herramienta de búsqueda, *Google Search*.

De acuerdo con la decisión de la Comisión Europea, Google cuenta con una posición dominante en el mercado de la búsqueda en Internet en todo el Espacio Económico Europeo. Dicho mercado cuenta además con elevadas barreras de entrada, entre otros aspectos por la existencia de efectos de red. Además, según la Comisión Europea, Google habría abusado de su posición como buscador para otorgar una ventaja ilegal a "*Google Shopping*" (anteriormente denominado "*Google Product Search*" y "*Froogle*") a través de dos prácticas concretas⁴⁴:

- a) Otorgando un posicionamiento destacado a su propio servicio de compras comparativas en los resultados de su buscador, de tal forma que servicios como Google Shopping aparecen encima de los resultados considerados más relevantes por los algoritmos generales de Google; y
- b) Aplicando los algoritmos del buscador de Google para perjudicar notablemente el posicionamiento de los competidores de Google Shopping, hasta el punto de que incluso sus competidores más fuertes aparecen solo en la página cuarta de resultados del buscador (o incluso más adelante), de manera que los consumidores rara vez acceden a ellos.

De acuerdo con la Comisión, las pruebas muestran que incluso los productos rivales con una mayor relevancia aparecen, de media, en la cuarta página de resultados de búsquedas de Google. El servicio de comparador de compra de Google no está sujeto a los mismos algoritmos de búsqueda genéricos de Google, incluida la relegación. Cuanto más elevada es la posición de una

⁴² Whelan, Anthony. "*Brief reflection on EU competition policy and the Microsoft case*". The Implications of the CFI Decision in Microsoft for Tying and Compulsory Licensing. Chicago: The American Bar Association Section of Antitrust Law and the ABA Center for Continuing Legal Education, 2007. Pp. 25

⁴³ Cabe señalar que en una investigación de conductas similares en Estados Unidos y tras dos años de investigación, la *Federal Trade Commission* concluyó en 2013 que no había prueba suficiente de malas prácticas por parte de Google y aceptó archivar la investigación sobre la base de compromisos presentados por la empresa. De la misma forma, Google trató de poner fin a la investigación de la Comisión Europea de forma convencional presentando compromisos en hasta tres ocasiones, pero la Comisión concluyó que los compromisos propuestos no eran suficientes para mitigar los efectos anticompetitivos detectados.

⁴⁴ PINILLA, Laura y WARD, Andrew. "Google Shopping: Sanción histórica de 2.424 millones de euros por abuso de dominio". Recuperado de: <https://blog.cuatrecasas.com/competencia/google-shopping-sancion-historica-por-abuso-de-dominio/>

web en las páginas de resultados de búsquedas de Google, más posibilidades tiene de recibir visitas de los usuarios. Según los datos que maneja el Ejecutivo comunitario, los diez primeros resultados de búsqueda capta el 95% del tráfico.

Al respecto, la Comisión Europea hace una serie de puntualizaciones sobre el posicionamiento y la visualización de los contenidos del buscador de Google indicando lo siguiente: *"El servicio de Google se posiciona en un lugar destacado y no está sujeto a los algoritmos específicos que hacen que los servicios de los competidores tengan una clasificación reducida en las páginas de búsqueda general de Google. En relación con su visualización, la Decisión explica que el propio servicio de compras comparativas de Google aparece más destacado en la parte superior de la primera página de resultados de búsqueda general, o cerca de ella, mientras que dichas características son inaccesibles para sus rivales⁴⁵".*

Es por ello que, la Comisión Europea considera que dichas prácticas habrían alterado de manera considerable la competencia en el mercado de los servicios de compras comparativas, destacando que *Google Shopping* ha visto significativamente aumentada su cuota de mercado. Además, la comisaria de competencia Margrethe Vestager ha dado énfasis a los perjuicios para los consumidores, señalado al respecto: *"Lo que Google ha hecho es ilegal según la legislación antitrust de la UE, pues ha denegado a otras empresas la posibilidad de innovar y de competir según sus méritos. Y lo que es más importante, ha denegado a los consumidores europeos una auténtica oferta de servicios y todas las ventajas de la innovación".*

La Comisión concluye que el posicionamiento y la visualización más favorables del servicio de compras comparativas de Google desvían los flujos de tráfico de los servicios de compras comparativas. Asimismo, la Comisión comprueba empíricamente que los usuarios tienden a hacer clic más veces sobre los enlaces que son más visibles en la página de resultados de búsqueda general de Google. Otra de las conclusiones de la investigación se refiere a que el tráfico de búsqueda genérica de las páginas de resultados de búsqueda general de Google representa una gran parte del tráfico de los servicios de compras comparativas de los competidores y no se puede sustituir fácilmente.

La conclusión principal de la investigación es que la conducta de Google tiene efectos contrarios a la competencia por tres razones. Estas razones son las siguientes:

"En primer lugar, su conducta tiene el potencial de excluir a los servicios de compras comparativas de sus competidores, lo que puede dar lugar a comisiones más elevadas para los comerciantes, unos precios más elevados para los consumidores y menos innovación.

En segundo lugar, la conducta de Google podría reducir la capacidad de los consumidores para acceder a los servicios de compras comparativas más pertinentes.

En tercer lugar, la conducta de Google podría también tener efectos contrarios a la competencia aun cuando los servicios de compras comparativas no constituyen un mercado de productos de referencia diferenciado, sino más bien un segmento de un

⁴⁵ Resumen de la Decisión de la Comisión de 27 de junio de 2017 relativa a un procedimiento en virtud del artículo 102 del TFUE y del artículo 54 del Acuerdo EEE [Asunto AT.39740 – Búsqueda de Google (Shopping)]. Publicado el 12/01/2018.

posible mercado de productos de referencia más amplio que comprende tanto las plataformas comerciales como los servicios de compras comparativas.

En cuarto lugar, las pruebas que figuran en el expediente sobre la evolución real del tráfico hacia el servicio de compras comparativas de Google confirman que, cuanto mejor posicionado y visible está en las páginas de resultados de búsqueda general de Google, más tráfico recibe⁴⁶.

Por su parte, Google, a través de un post en su Blog⁴⁷, brindó su punto de vista sobre los hechos de los que se le acusa por abuso de posición dominante. Al respecto, Google señala que en su buscador se muestra publicidad de "shopping" porque los consumidores quieren encontrar los productos que están buscando de una forma rápida y eficaz. Este sistema también ayuda a los anunciantes que quieren promocionar sus productos. Google, a través de este sistema, conecta a sus usuarios con miles de anunciantes, grandes y pequeños, de formas que son útiles y valiosas para ambos. Asimismo, afirma que su sistema de comparación de "shopping" se adecúa mejor a las necesidades del usuario en comparación con los anuncios con solo texto que tenía anteriormente. Google manifiesta que la Comisión europea infravalora estas conexiones rápidas y fáciles pues los usuarios de Google prefieren que se les lleve directamente en un enlace al producto que quieren sin tener que ir a un enlace y repetir la búsqueda.

A la pregunta de la Comisión de por qué algunas webs de comparación que compiten en el mercado son menos populares, Google considera que existe un elevado número de empresas que han experimentado últimamente empresas como Amazon o eBay. Google explica que Amazon con sus herramientas de comparación y reseñas se ha convertido en un formidable competidor y el primer sitio donde una persona acude a realizar una búsqueda sobre un producto. Así como Amazon ha crecido, es natural que otros servicios de comparación de productos sean menos populares y hayan tenido menos éxito que sus competidores. Para terminar con este argumento, Google recalca que Amazon es su competidor y compiten con ellos mostrándole al usuario información cada vez más útil.

En efecto, Google afirma que su principal ventaja competitiva es mostrar la información de forma más precisa respecto a lo que el usuario está buscando, siendo esta habilidad lo que los diferencia. Google señala que esto lo han conseguido producto del duro trabajo e innovación realizada a través de la retroalimentación que reciben de sus usuarios.

Finalmente, cabe precisar que las autoridades estadounidenses llegaron a una conclusión distinta a la de la Comisión Europea. En enero del año 2013, la Comisión Federal de Comercio decidió archivar su investigación sobre *Google Search* paralela a la de la Comisión (e igualmente minuciosa a juzgar por los nueve millones de folios analizados), concluyendo que el principal objetivo de los cambios introducidos en el algoritmo de Google no era otro que el de responder de manera más eficiente a las consultas de los usuarios, proporcionándoles la información relevante directamente en la página de resultados generales. Las pruebas analizadas evidenciaron que, si bien dichos cambios tuvieron como resultado efectivamente la relegación de determinados servicios de comparación de precios competidores en las páginas de resultados orgánicos de

⁴⁶ *Ibidem.*

⁴⁷ Walker, K., "The European Commission Decision on online shopping: The other side of the story", *Blog Google*, 27 de junio de 2017. Recuperado de: <https://www.blog.google/around-the-globe/google-europe/european-commission-decision-shopping-google-story/>

búsqueda general, también redundaron en un incremento global de la calidad de estos resultados y, consiguientemente, del bienestar neto de los usuarios.

c) *Caso Qualcomm.*

El 25 de enero del año 2018, la Comisión Europea multó a Qualcomm Inc., mayor proveedor del mundo de chipsets para dispositivos móviles 4g (LTE), con €997 millones por abusar de su posición de dominio en dicho mercado. Según la Comisión, durante cinco años Qualcomm excluyó a empresas rivales del mercado mediante el pago de cantidades substanciales a Apple para que este usara exclusivamente los chips de Qualcomm en los dispositivos iPhone y iPad.

En 2011, Qualcomm y Apple llegaron a un acuerdo en virtud del cual Qualcomm se comprometía a hacer pagos substanciales a Apple a condición de que Apple usara exclusivamente Qualcomm chipsets en sus dispositivos iPhone e iPad. En el supuesto caso que Apple lanzara un dispositivo con el chipset de un competidor, Qualcomm dejaría de efectuar dichos pagos y además obligaría a Apple a devolver gran parte de los ya realizados.

La importancia de este acuerdo reside en que Apple es uno de los fabricantes más importantes del mercado. Por lo tanto, con contratos de exclusividad como este, Qualcomm se aseguraba de que a competidores como Intel se les denegase la posibilidad de poder utilizar sus propios chips en alguno de los productos de la empresa de Tim Cook. Esto significaba que ningún rival podría desafiar efectivamente a Qualcomm en este mercado, sin importar lo buenos que fueran sus productos. De acuerdo a la Comisión, el comportamiento de Qualcomm les negó a los consumidores y otras compañías más opciones e innovación, y esto en un sector con una gran demanda y potencial para tecnologías innovadoras. Esto es ilegal según las normas *antitrust* de la UE.

Según la Comisión Europea, el acuerdo con Apple se extendió hasta 2016 y permitió a Qualcomm excluir a la competencia del mercado durante más de cinco años consolidando así su dominio. En concreto, la Comisión considera que empresas rivales de Qualcomm fueron privadas de la posibilidad de competir de manera efectiva por el negocio de Apple, sin importar lo buenos que fueran sus productos. Este argumento encuentra su sustento en los documentos aportados por Apple, a través de los cuales se comprueba que la empresa estuvo pensando muy seriamente cambiar de proveedor y apostar por Intel, pero que el acuerdo de exclusividad con Qualcomm fue un factor importante por el que finalmente decidieron no hacerlo. La Comisión concluye que el acuerdo de exclusividad con un Apple tuvo un impacto perjudicial significativo en la competencia y ha privado a los consumidores y a otras empresas de más posibilidades de elección e innovación.

Adicionalmente, el 18 de julio de 2019, la Comisión Europea multó a Qualcomm con €242 millones por incurrir en precios predatorios en el mercado de *chipsets* de banda base 3G, un componente que permite que los *smartphones* y *tablets* se conecten a redes móviles para transmisiones de voz y datos. Este suceso fue investigado debido a que Icera, el principal competidor de Qualcomm, los denunciara en abril de 2010.

Según la decisión de la Comisión Europea, entre el 2009 y el 2011 Qualcomm poseía un 60 % de cuota del mercado en el mercado de *chipsets* de banda base 3G, que está caracterizado por unas barreras de entrada muy elevadas debido a, por un lado, la considerable inversión en I+D

necesaria para diseñar los *chipsets* y, por otro lado, a que Qualcomm era titular de varios derechos de propiedad intelectual.

En este contexto, según la Comisión Europea, entre el 2009 y el 2011, Qualcomm abusó de su posición dominante vendiendo *chipsets* de banda base 3G por debajo de sus costes totales de producción a Huawei y ZTE, dado que los precios que cobraba a sus clientes no le permitían cubrir los gastos necesarios para desarrollar y fabricar los *chipsets*. Según la Comisión Europea, esta práctica abusiva permitió que los ingresos de Qualcomm casi no se viesen afectados, mientras maximizaban el impacto negativo en el negocio de Icera. Como resultado, se le impuso a Qualcomm una multa que representaba el 1.27 % de su facturación.

Finalmente, es importante mencionar que esta sanción ha dado lugar a la primera decisión por precios predatorios desde el 2003, cuando la Comisión Europea decidió imponer una multa de 10,35 millones a Wanadoo, filial de France Télécom, por comercializar sus servicios ADSL al público a precios inferiores a sus costes medio.

d) Caso Google: Preinstalación de Google en los Dispositivos Android.

El 18 de julio de 2018, la Comisión Europea impuso una multa récord de 4,340 millones de euros a Google por abusar de su posición de dominio en el mercado general de búsqueda en Internet al imponer restricciones ilegales a los fabricantes de dispositivos que usan el sistema Android y a operadores de redes móviles, incentivando el uso de sus propios servicios.

La Comisión Europea ha concluido que Google exigió a los fabricantes la preinstalación de *Google Search* y su navegador Chrome, como condición para obtener la licencia de *Google Play Store*. De acuerdo con la decisión, Google también impedía a aquellos fabricantes que deseaban preinstalar aplicaciones de Google, vender dispositivos con versiones modificadas de Android, no aprobadas por Google. Finalmente, la Comisión Europea afirma que Google realizó algunos pagos a ciertos fabricantes a condición de que preinstalaran exclusivamente la aplicación de búsqueda (*Google Search*) de Google.

El ente europeo señala que el comportamiento de Google ayudó a reforzar su posición en el mercado de los motores de búsqueda desincentivando la preinstalación de motores de búsqueda de otros competidores por parte de los fabricantes de teléfonos. El comportamiento de Google ha provocado la salida de los competidores de Google del mercado de navegadores en dispositivos móviles, obstaculizando la innovación y negando a los consumidores los beneficios de una competencia efectiva.

Durante la investigación, Google argumentó que la Comisión Europea no había tenido en consideración la existencia del sistema operativo iOS de Apple, su principal competidor. Además, señaló que los fabricantes no están obligados a preinstalar ninguna aplicación de Google y que las aplicaciones ofrecidas por Google pueden, en cualquier caso, ser borradas por los clientes en todo momento. Google también hizo hincapié en que, desde su aparición en 2007, el sistema operativo de Android ha sido ampliamente utilizado por los fabricantes para confeccionar mejores teléfonos y más baratos. Finalmente, Google subrayó que las aplicaciones preinstaladas ofrecen una gran variedad de opciones para los usuarios.

Cabe señalar que esta sentencia fue duramente criticada por expertos en la materia. Al respecto, el jurista Diez Estella en una Columna en el portal El Español señala lo siguiente⁴⁸:

"En primer lugar, se precisa recordar que estamos en unos mercados y sectores económicos en los que las empresas que operan han desarrollado modelos de negocio radicalmente distintos a los que tradicionalmente han examinado las autoridades de competencia.

El uso intensivo de las TIC (tecnologías de la información y de la comunicación), la llamada web-based economy, el desarrollo de aplicaciones para móviles y tabletas, todo el fenómeno de la economía colaborativa y las plataformas digitales conforman una realidad empresarial a la que hay que aproximarse con cautela.

Antes del ecosistema Android el mercado estaba segmentado, y empresas como BlackBerry, Nokia, Ericsson o Motorola hacían lo que podían, por separado, añadiendo funcionalidades a sus teléfonos. A diferencia de otros sistemas operativos cerrados como BlackBerry, el iOS de Apple o el Windows Mobile de Microsoft, Android es un sistema abierto, que permite al resto de operadores de mercado modificarlo a su antojo y desarrollar todas las aplicaciones que quieran sobre él.

A diferencia de otros sistemas operativos, Android es un sistema abierto, que permite al resto de operadores de mercado modificarlo a su antojo. Ha supuesto un motor y un estímulo para la innovación de software y hardware en dispositivos móviles, y permitido gratuitamente a cientos de fabricantes grandes y pequeños crear todo tipo de smartphones y tabletas que se benefician de este producto de Google. ¿Qué hay de malo en esto?

En segundo lugar, las herramientas antitrust empleadas clásicamente para definir mercados relevantes, determinar la existencia de una posición dominante, y evaluar los efectos restrictivos de una determinada práctica empresarial no sirven para estos sofisticados e innovadores mercados: no parece acertado –como hace la Comisión Europea– aplicar, sin más, la batería de herramientas analíticas habituales, porque se llega a conclusiones erróneas.

Android opera sobre las denominadas 'plataformas de dos lados', un nuevo modelo de negocio que escapa al análisis económico tradicional, caracterizado por siete rasgos distintivos: innovación, elevados costes fijos y coste variable marginal reducido, no existencia de costes de cambio (switching costs), y por tanto no efecto 'cautivo' (lock-in), efectos de red, economías de escala y la interoperabilidad.

Android opera sobre las denominadas 'plataformas de dos lados', un nuevo modelo de negocio que escapa al análisis económico tradicional.

⁴⁸ DIEZ ESTELLA, Fernando. Comisión Europea, Android y Google: ¿el bueno, el feo y el malo? Recuperado de: https://www.elespanol.com/opinion/tribunas/20180828/comision-europea-android-google-bueno-feo-malo/333586641_12.html

A pesar de que la Comisión continuamente invoca como precedente aplicable a Google el caso Microsoft, es evidente que quien piense que cambiar del sistema operativo (SO) Windows al Linux cuesta lo mismo que instalar o desinstalar una app, o que la vinculación del Explorer al SO Windows es la misma que la preinstalación de Google Maps en un dispositivo Android, o no ha manejado un PC o no tiene un Smartphone.

Lo que en el caso de Microsoft era una evidente barrera de entrada, en el caso de Android es una externalidad positiva, que además funciona tanto para desarrolladores como para usuarios.

No sorprende por ello que lo usen más de mil millones de dispositivos en todo el mundo, y alcance elevadas cuotas de mercado. ¿Es esto contrario al derecho? ¿Vamos a penalizar tener éxito? Lo objetable para la normativa antitrust no es el tamaño, ni la popularidad, sino el cierre de mercado (foreclosure), todo lo contrario a lo que Android está consiguiendo.

En tercer y último lugar, la finalidad que persigue esta rama del ordenamiento es la protección del mercado, en defensa de los consumidores, de su libertad de elección, su bienestar, y que accedan al mejor precio posible a los servicios y productos de mayor calidad.

Y si de algo sabe Android es de facilitar la elección a los consumidores, ya que Google permite instalar cualquier tipo de aplicación (también las de compañías rivales, se calcula que se ha llegado a la cifra de 2.000 millones de estas descargas), es válido para todo tipo de teléfonos y tabletas, ha conseguido bajar el precio de los móviles a niveles que permiten acceder a ellos a un mayor número de consumidores, y a que Internet llegue hoy a millones de personas en todo el mundo.

Una vez más, ¿qué hay de reprochable aquí? La CE tendría que hacerse esta pregunta antes de condenar esta práctica como anticompetitiva. Naturalmente que Google puede obligar a unos mínimos requisitos para garantizar su estabilidad y buen funcionamiento, evitando la fragmentación. Es lo que garantiza al consumidor que ha decidido usar este sistema operativo una adecuada calidad.

Y que necesite un retorno económico a las ingentes cantidades invertidas en I+D, y quiera por tanto rentabilizar su producto, a través de otras funcionalidades y servicios. O que exija a los fabricantes que pre-instalen las aplicaciones de Google Search o Chrome, ya las quitarán si quieren, o es que, ¿cree la CE que es razonable exigir a una empresa que no promoció sus propios productos sino los de la competencia?"

Asimismo, el presidente de *Developers Alliance* argumentó recientemente a favor de los ecosistemas de dispositivos móviles actuales, en una carta dirigida a la Comisión Europea donde, expresó su preocupación porque esto puede conllevar al aumento de los costes para muchos fabricantes y reducir las opciones para los consumidores sin aumentar el tamaño del mercado.

e) Caso Google AdSense.

El 20 de marzo la Comisión Europea sancionó nuevamente a Google con una multa de 1,490 millones de euros por abusar de su posición de dominio en el mercado de la publicidad en línea a través de su servicio *AdSense for Search*. Cabe señalar que, *AdSense for Search* funciona como plataforma y proporciona anuncios de búsqueda a los propietarios de sitios web editores. Google actúa como intermediario entre los anunciantes y los propietarios de sitios web que quieren incluir anuncios para rentabilizar su espacio en los resultados de búsqueda⁴⁹.

La investigación se inició de oficio en 2010 después de recibir múltiples denuncias por parte de plataformas competidoras. Según la Comisión Europea, desde 2006 hasta 2016, *AdSense* ha sido el operador más fuerte en la intermediación de publicidad en la búsqueda en línea, ostentando una cuota de mercado superior al 85% en el Espacio Económico Europeo durante la mayor parte de este periodo.

La Comisión Europea considera que Google ha llevado a cabo prácticas restrictivas de la competencia a través de acuerdos negociados individualmente con los editores web más importantes desde el punto de vista comercial. Google impuso primero una obligación de suministro en exclusiva y posteriormente una exclusividad más laxa, que denominaba "relajada".

En concreto, tras revisar los acuerdos de Google con sus clientes, la Comisión ha constatado lo siguiente:

- Google incluyó cláusulas de exclusividad en sus contratos a partir de 2006, prohibiendo a los editores colocar anuncios de búsqueda.
- A partir de 2009, Google sustituyó estas cláusulas de exclusividad progresivamente por cláusulas "*Premium Placement*", exigiendo a los editores que reservaran el espacio más rentable de sus páginas de resultados de búsquedas a los anuncios de Google y pidieran un número mínimo de anuncios de Google.
- Google también incluyó cláusulas por las que se obligaba a los editores a solicitar la aprobación escrita de Google antes de introducir cambios en la forma de mostrar cualquier publicidad de la competencia. Así, Google podía controlar la capacidad de atracción de los anuncios de búsqueda de los competidores y, por tanto, las posibilidades de hacer clic en ellos.

Según la Comisión Europea, estas condiciones no permitían a los rivales competir por sus propios méritos en el mercado, bien porque había la prohibición de aparecer en sitios webs de rivales o bien porque Google tenía reservado el espacio comercial más valioso.

⁴⁹ PRAT Mireia y CANDEL Joaquim. "Google AdSense: Multa de 1.490m€ por Abuso De Dominio en Publicidad en Línea". Recuperado de: <https://blog.cuatrecasas.com/competencia/google-adsense-multa-1490-abuso-dominio-publicidad>

f) Caso Facebook y el Big Data.

Los datos son considerados el petróleo de la economía y las plataformas digitales consolidan su posición de dominio al recolectar y procesar cantidades inmensas de información, lo que se conoce como "Big Data". En otras palabras, el "Big Data" es el conjunto de tecnologías que permiten tratar cantidades masivas de datos personales provenientes de distintas fuentes a través del uso de algoritmos, con el objetivo de poder otorgarles una utilidad que proporcione valor. Es decir, el Big Data permite procesar datos cuyo tamaño (volumen), complejidad (variabilidad) y velocidad de crecimiento (velocidad) dificultan su captura, gestión, procesamiento o análisis por parte de tecnologías y herramientas convencionales.

Es innegable que el Big Data y los nuevos modelos de negocio que derivan a partir de ella traen innumerables beneficios a la economía y al bienestar de los usuarios. Así, una herramienta como el motor de búsqueda de Google nos permite acceder a un vasto océano de información en cuestión de segundos; redes sociales como Facebook o LinkedIn nos permiten estar conectados y recibir información en tiempo real de miles de personas alrededor del mundo; y, plataformas de mercado como Amazon o Ebay nos permiten conocer información sobre vendedores y sus ofertas, así como a recibir los productos en nuestra puerta sin siquiera salir de casa. No obstante, este nuevo escenario trae también desafíos al derecho de la competencia en la medida que estas empresas data-driven, que gestionan Big Data, pueden incurrir en un abuso de posición de dominio⁵⁰.

En febrero del año 2019, en decisión sin precedentes, el Bundeskartellamt, la agencia de competencia alemana, halló responsable a Facebook por abuso de posición de dominio por la colección y procesamiento de la data de sus usuarios. En específico, Facebook informaba en sus términos y condiciones de uso que la data de los usuarios sería también recolectada y procesada a través de *third-parties* o terceros (otras *websites* distintas a facebook) y combinada o fusionada con la data del perfil o cuenta del usuario. Estos terceros serían las plataformas propiedad de Facebook (Instagram y Whatsapp) así como un sinnúmero de otras páginas web y apps que contenían las herramientas llamadas "Facebook Business Tools" (botón "Like" o "Log in"). Cabe agregar que Facebook accedía a la data de los usuarios desde el primer momento en que este ingresaba al sitio web sin ser necesario que el usuario presionara uno de los referidos botones e incluso si hubiere bloqueado los *third-party trackers* en su dispositivo⁵¹.

En efecto, en esta "disruptiva" decisión, la autoridad alemana de competencia ha considerado acreditado que la popular red social usaba sus servicios filiales (las plataformas de mensajería, *WhatsApp*, y de compartir fotografías, *Instagram*) para recabar datos de sus usuarios, incluso a través de los clásicos botones de "me gusta" o "compartir" que sin necesidad de que sus usuarios hicieran click cuando visitaban páginas web de terceras empresas, transmitían información, a través del servicio "*Facebook Analytics*", y todos estos datos eran empleados con fines comerciales y a efectos de publicidad selectiva.

⁵⁰ ZUÑIGA DÍAZ, Giuliana. "Big Data y los desafíos que plantea al Abuso de Posición de Dominio". Revista de Actualidad Mercantil N° 6, Lima, 2019. p.209.

⁵¹ *Ibidem*.

La particularidad de este asunto es que representa una notable expansión de concepto clásico de dominancia, en cuanto a que el *Bundeskartellamt* -que, recordemos, no es una agencia reguladora de protección de datos, como en España puede ser la Agencia Española de Protección de Datos Personales- considera que la tenencia y empleo de datos personales de los usuarios es un elemento determinante para considerar que se detenta poder de mercado, en un ecosistema digital⁵².

A raíz de lo mencionado anteriormente, resulta válido preguntarnos si en el nuevo contexto digital la Big Data puede ser también considerada como un indicador de posición de dominio o poder de mercado. En primer lugar, es preciso indicar que el hecho de que una empresa gestione Big Data y servicios data-driven no significa en modo alguno que tenga *per se* posición de dominio o poder de mercado. No obstante, en nuestra opinión ello puede ser un importante indicador a tomar en cuenta para dicho análisis. Así, la Organización para el Desarrollo Económico- OCDE - ha señalado que la recolección y procesamiento masivo de datos puede favorecer el establecimiento de una posición dominante en unas pocas plataformas y llevar a un escenario de *winner takes it all* en que las firmas compiten *por* el mercado en lugar de *en* el mercado. Además, debemos tener en cuenta que la realidad es ilustrativa y evidente al mostrar cómo empresas que gestionan Big Data suelen concentrar un importante poder de mercado; así, por ejemplo, Google en el mercado de motores de búsqueda o Facebook en el mercado de redes sociales⁵³.

Esta decisión, -al margen de las inquietudes que el uso de Big Data pudiera generar en lo concerniente a la legislación de protección de datos personales- genera hacerse la pregunta de cuándo el uso de esta tecnología puede constituirse como una conducta anticompetitiva. Al respecto, las Autoridades de Competencia francesa y alemana realizaron un análisis de los datos desde la óptica de competencia, abordando tres aspectos fundamentales⁵⁴:

- (i) **La recolección de datos como una potencial barrera de entrada:** En ámbitos económicos donde los datos son determinantes (como los motores de búsqueda o las redes sociales) el primer operador en adquirir una posición preponderante absorbe muchos datos de sus usuarios que puede no compartir con terceros.

Esto se consigue ofreciendo servicios atractivos “gratuitos” a los consumidores, quienes a su vez aportan unos datos al operador que este puede explotar comercialmente. Los consumidores pueden beneficiarse de la mayor eficiencia y calidad de los servicios que se diseñan gracias a estos datos, aunque también pueden verse perjudicados si no se genera la suficiente competencia con otros operadores.

- (ii) **Los datos incrementan la transparencia en el mercado:** Por un lado, hay más información para que el consumidor tome la decisión óptima (mediante comparadores de precios o tiendas on-line) y para que competidores potenciales puedan explorar nuevas formas de negocio. Por otro lado, puede facilitar la colusión (tácita o explícita), pues los operadores tienen más información sobre cómo funciona el mercado y pueden coordinarse mediante los algoritmos de determinación de precios.

⁵² DÍEZ ESTELLA, Fernando. La aplicación del Derecho de Competencia en la Era Digital. Recuperado de: <http://www.fernandodiezestella.com/Publicaciones>

⁵³ ZUÑIGA DÍAZ, Giuliana. Op. Cit. p. 215.

⁵⁴ RUBIO, José e HINOJO, Pedro. “La Política de Competencia y el Big Data (una visión alemana y francesa). Recuperado de: <https://blog.cnmec.es/2016/08/18/competencia-y-big-data/>

Asimismo, el uso del “Big Data” puede llevar a una compañía que cuenta con poder de mercado a fijar precios discriminatorios, toda vez que le da la posibilidad de determinar cuánto está dispuesto a pagar cada cliente según la información derivada de las consultas de los usuarios. De otra parte, el uso de esta tecnología puede generar un efecto “bola de nieve”, por cuanto quienes cuentan con un mayor volumen de información van a tener cada vez más clientes, lo que, a su vez, les permite consolidar su posición de dominio en el mercado y recolectar más y más datos.

- (iii) **Los modelos de negocio basados en datos pueden afectar al análisis de los casos de competencia.** Por ejemplo, en el ámbito de las concentraciones, puede ser necesario prestar más atención a las fusiones entre empresas que aparentemente son de distintos sectores pero que, entre ambas, han acumulado muchos datos de diverso tipo.

En lo que respecta a las conductas, las cuestiones más relevantes pueden ser el acceso desigual o restringido a los datos y la posible discriminación de precios (que puede resultar en mayores precios para el consumidor o en mejores ofertas, de nuevo con un efecto ambiguo). Finalmente, está la relación entre la privacidad de los datos y la normativa de competencia (cuestión que está en relación con la ya referida investigación del *Bundeskartellamt* a Facebook) si, por ejemplo, se interpreta el deterioro de la privacidad del consumidor como una menor calidad.

No cabe duda que las transacciones digitales conllevan que gran cantidad de información que incluyen datos personales y que a través del Big Data, las empresas pueden conocer de manera detallada a los consumidores, sus gustos, sus necesidades, su capacidad y, sobre todo y más importante, su disposición de pago por un bien o servicio. Esto conlleva a que exista una mayor asimetría informativa entre el proveedor y el consumidor.

¿Por qué Microsoft pagaría \$ 26 billones para adquirir LinkedIn, una empresa cuyo valor de ventas e ingresos anuales no superaba los \$3 billones? La respuesta se encontraría en el valor actual y potencial que tiene la Big Data para el desarrollo de nuevos modelos de negocio y tecnologías. Este no es un hecho aislado, sino una tendencia a nivel internacional en el nuevo escenario digital. Así, en recientes concentraciones empresariales como Facebook/Whatsapp, Apple/Shazam y Microsoft/LinkedIn, agencias de competencia han analizado si la combinación de sets de Big Data de distintas empresas en un solo agente económico puede significar un riesgo al proceso competitivo.

En nuestro país, con la reciente publicación de la Ley del control previo de concentraciones empresariales, el INDECOPI tendrá competencia para evaluar si una adquisición, fusión o joint venture puede poner en riesgo o restringir significativamente la competencia⁵⁵.

En efecto, la Comisión Europea ha considerado que la combinación de data de dos firmas independientes en un solo agente económico, producto de una concentración empresarial, puede restringir significativamente la competencia en tanto esta puede incrementar su poder de mercado y crear barreras de entrada y/o expansión a competidores actuales o potenciales que necesitan de esta data para operar en el mercado. Este escenario fue analizado por la Comisión

⁵⁵ ZUÑIGA DÍAZ, Giuliana. Algunos apuntes sobre el rol de la Big Data en las concentraciones empresariales. Recuperado de: <https://www.parthenon.pe/columnas/el-derecho-y-las-nuevas-tecnologias/algunos-apuntes-sobre-el-rol-de-la-big-data-en-las-concentraciones-empresariales/>

Europea en casos como Facebook/Whatsapp, Apple/Shazam y Microsoft/LinkedIn, por citar los más recientes.

En la adquisición Facebook/Whatsapp, la Comisión Europea analizó si con la combinación de la Big Data de estas dos empresas, Facebook podría fortalecer desmedidamente su posición de dominio en el mercado de publicidad online personalizada. Recordemos que Facebook es un proveedor de publicidad online personalizada en la medida que se basa en la recolección y análisis de data de los usuarios en su plataforma (mediante *likes*, posts, comentarios, etc) para identificar patrones y preferencias de sus usuarios y en base a ello ofrecer a los anunciantes espacios en su plataforma. No es casualidad que cuando damos "*like*" o comentamos páginas de vacaciones en Facebook, nos aparezca al poco tiempo publicidad sobre vuelos, maletas y destinos de viaje⁵⁶.

Teniendo en cuenta que muchos usuarios de Facebook también lo son de Whatsapp, una de las principales preocupaciones de la Comisión Europea era que Facebook pudiera utilizar los datos de los usuarios de Whatsapp para combinarlos con la data del perfil de los usuarios de su propia plataforma y, de este modo, fortalecer su posición de dominio al contar con un set de data muchos más grande, diverso y exclusivo que le brindara una ventaja única en el mercado de publicidad online personalizada, imposible de replicar por sus competidores, creando barreras de entrada y expansión.

No obstante, en su decisión, la Comisión concluyó que la adquisición de Whatsapp por parte de Facebook no significaba una afectación a la competencia en el mercado de publicidad online personalizada pues, además de Facebook, existen en el mercado un gran número de participantes que coleccionan y analizan grandes cantidades de data que es igual de valiosa para brindar dicho servicio y competir efectivamente, tales como: Apple, Amazon, eBay, Microsoft, Twitter; y en particular, Google que según estimaciones de la Comisión tenía una cuota de 33% de la data online disponible superando por mucho a Facebook⁵⁷.

La Comisión Europea tuvo un razonamiento similar cuando Apple adquirió Shazam. Apple opera "Apple Music", el segundo servicio *streaming* de música más importante en Europa luego de Spotify. Por su parte, Shazam es una *app* líder en reconocimiento musical en Europa y a nivel mundial que tiene estadísticas musicales y preferencias de sus usuarios. La Comisión decidió iniciar una investigación a profundidad de este caso en tanto le preocupaba que, mediante la adquisición de Shazam, Apple podría tener acceso a las preferencias y estadísticas musicales de los usuarios de la competencia que usaran Shazam, lo que le daría una ventaja competitiva única e imposible de replicar⁵⁸. Sin embargo, la Comisión determinó en su decisión final que la combinación de data Apple y Shazam no otorgaba una ventaja única a Apple que fuera imposible de replicar económica o técnicamente por los competidores de Apple en el mercado de *streaming* musical ya que estos podrían obtener data similar sobre estadísticas musicales a través de otras apps de Android, foros de preferencias musicales, entre otros.

Finalmente, en la adquisición de LinkedIn por parte de Microsoft, la principal preocupación era que mediante el acceso exclusivo a la data de LinkedIn, Microsoft podría fortalecer su posición de dominio y crear barreras de entrada en el mercado de "Soluciones de software CMR" las cuales son soluciones que organizan y sincronizan la data de distintas fuentes como las bases de datos de clientes, ventas, etc, de un modo amigable para que las empresas puedan manejar

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ *Ibidem*.

mejor la interacción con sus consumidores y en el que Microsoft participa con su solución "Microsoft Dynamics". No obstante, la Comisión consideró que el desarrollo de las soluciones CMR requerían el acceso a múltiples fuentes de data para ser eficientes y que LinkedIn era solo una más de estas que, si bien era relevante, no era esencial o necesaria. En tal sentido, una estrategia anticompetitiva por parte de Microsoft, que buscara restringir el acceso a la data de LinkedIn, no tendría éxito en tener efectos exclusorios o barreras de entrada y/o expansión a sus competidores en el mercado de soluciones CMR pues estos podrían competir activamente en este mercado e innovar en base a otras múltiples fuentes de data que estaban disponibles.

De este modo, de la jurisprudencia revisada, para que una concentración *data-driven* o impulsada por datos genere efectos exclusorios o barreras de entrada, la data combinada producto de la concentración debe ser esencial para brindar un servicio o producto en determinado mercado, y técnica o económicamente imposible de replicar por sus competidores.

Por otro lado, la tecnología permite a las empresas poder controlar a su competencia a través de algoritmos. A través de la programación de un algoritmo, las empresas tienen la capacidad de conocer el momento exacto en que un competidor cambia sus precios en el mercado digital o lanzan ofertas, básicamente cualquier decisión de un competidor en el mercado es inmediatamente conocida por sus competidores, lo que permite la reacción casi momentánea de los demás agentes de mercado. Esto podría conllevar a una colusión tácita que termine afectando al consumidor.

VI. APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE COMPETENCIA EN EL SECTOR TECNOLÓGICO: ¿VIEJAS REGLAS PARA NUEVOS MERCADOS?

Las peculiares características que tiene el sector tecnológico hacen que la aplicación del Derecho de la Competencia sea particularmente compleja por las siguientes razones:

1. Resulta eficiente que solo existan pocas empresas, pues es así que realmente le dan un verdadero valor a los consumidores. ¿Los efectos de red realmente son un factor para tomar en consideración, para efectos de determinar si existe o no una posición de dominio? ¿No es acaso este factor el que favorece a miles de usuarios? El "*network effect*" justamente se crea porque la plataforma ha sido capaz de crear valor tanto a la oferta como a la demanda, creando con ello un mercado más eficiente al que existía antes de la aparición de dicha plataforma. Así, en el caso de los motores de búsqueda, los anunciantes no solo pagan por la mera colocación del anuncio, sino también por la atención de los internautas (y, en cierta medida, por la información acerca de sus preferencias). A medida que el número de usuarios se incrementa, aumenta el interés de los anunciantes dispuestos a pujar por asociar resultados patrocinados a determinadas palabras claves incluidas en las consultas de búsqueda. A su vez, los internautas obtienen, además de un servicio gratuito, resultados más relevantes en sus búsquedas y nuevas funcionalidades, gracias a la mejor información de que dispone la plataforma y a la reinversión de los mayores ingresos que esta percibe de los anunciantes. De esta forma, las plataformas digitales como *Google Search* minimizan los costes de transacción para los diversos grupos de usuarios que interactúan a través de ellas aplicando una estructura

de precios que tiene en cuenta, simultáneamente, los costes y los beneficios de todos los grupos de usuarios participantes en el esquema⁵⁹.

No cabe duda que Google goza de los efectos de red; sin embargo, cabe cuestionarse si ello necesariamente implica que esta sea la razón por la que cuenta con una posición de dominio. Para empezar, incluso una empresa cuya cuota de mercado sea de 100% (un monopolio en el sentido coloquial del término) no es un factor relevante para determinar la existencia de una posición de dominio, pues puede encontrarse en un mercado "contestable". Según la "teoría de los mercados contestables" cualquier aumento del precio sobre el costo marginal es una "irresistible oportunidad de entrada" al mercado para otras empresas. Estas empresas son competencia potencial que debe ser tomada en cuenta al analizar la posición de dominio de nuestro supuesto monopolista⁶⁰.

Las características propias del ecosistema digital cuestionan la concepción tradicional de los efectos indirectos de red propia del mundo analógico. Entre tales elementos destaca la volatilidad de las posiciones de mercado en entornos caracterizados por la rápida difusión tecnológica, de la que ya se han hecho eco en el ámbito del control de concentraciones tanto el Tribunal General (vid. la sentencia del Tribunal General, de 11 de diciembre de 2013, en el asunto T-79/12 Cisco Systems y Messagenet contra Comisión) como la Comisión Europea (vid. la decisión de la Comisión, de 3 de octubre de 2014, en el asunto M.7217 Facebook/ WhatsApp). En otras palabras, en los mercados contestables, es decir, en aquellos mercados altamente concentrados (como es necesariamente el caso de aquellos caracterizados por la presencia de efectos de red) en los que la salida y la entrada de participantes se producen a un coste muy reducido, el poder de mercado de los operadores se ve constreñido hasta tal punto que el efecto sobre el bienestar es similar al que se produciría en un escenario de competencia perfecta⁶¹.

En efecto, si bien existe evidencia que los efectos de red crean barreras de entrada para los competidores, esto no quiere decir que la plataforma digital no se encuentre compitiendo de forma feroz, lo que implica que un potencial competidor puede desplazar a una plataforma que goza de los efectos de red. Los usuarios se desplazarán de una plataforma a otra cuando la otra les ofrezca un valor superior. Un ejemplo claro es que la red social MySpace, la cual tenía una masa crítica fue desplazada por Facebook. Es por esta razón que las plataformas digitales deben pensar constantemente en el bienestar del consumidor.

Otro tema que se debe tener en cuenta es que, las plataformas digitales que logran este efecto red, por lo general han invertido muchos recursos para crear valor tanto para la oferta como para la demanda. Para ello han debido de otorgarle muchos beneficios a sus usuarios, de lo contrario, no se hubiese logrado alcanzar ese "círculo virtuoso". El

⁵⁹ SOLANO DÍAZ, Pablo. La Decisión de la Comisión Europea en el Asunto Google Search. La última frontera del Derecho de Competencia. EN: Actualidad Jurídica Uría Menéndez / ISSN: 2174-0828 / 46-2017 / 96-103.

⁶⁰ ZUÑIGA PALOMINO, Mario. "Europa, ¡deja en paz a Google! Libre competencia, motores de búsqueda y sistemas operativos" Recuperado de: <https://mariozuniga.org/2016/05/25/europa-deja-en-paz-a-google-libre-competencia-motores-de-busqueda-y-sistemas-operativos/>

⁶¹ SOLANO DÍAZ, Pablo. Op.Cit, p. 98.

aprovechamiento de este efecto de red no necesariamente implica un abuso de posición de dominio. Recordemos que el concepto de libre competencia lleva de forma intrínseca el concepto de daño concurrencial, es decir, la posibilidad que mientras se compete en aras de beneficiar a los consumidores, existe la posibilidad que esta actividad dañe a los competidores, pues el éxito de una implica la pérdida de la cuota de mercado de otra, e incluso una eventual salida del mercado.

2. Es un mercado que se encuentra en constante evolución y cambio, en donde, de un momento a otro, surgen tecnologías novedosas que hacen obsoletas las tecnologías de otros, en donde aparecen modelos disruptivos que agregan valor, por lo que distinguir entre comportamientos "pro-competitivos" y "anticompetitivos" muchas veces resulta una diferencia muy tenue.
3. Resulta bastante complejo saber si una conducta está beneficiando o no a un consumidor, debido a la inmensa asimetría de información que las empresas tecnológicas tienen frente a sus clientes, debido al *Big Data*. El hecho de que el consumidor no tenga que pagar con dinero para acceder a un determinado servicio, no significa que verdaderamente esto sea gratis. "Cuando un producto/servicio es gratis significa que el producto eres tú".

Existe una corriente que tilda a las redes sociales de nocivas por distintas maneras. Jaron Lanier, en el documental de Netflix denominado *El Dilema de las Redes Sociales*, señala que "cada vez que dos personas se conectan, la única manera de financiarlo es a través de un tercero infiltrado que paga para manipular a esas personas". Shoshana Zuboff agrega que las redes sociales tienen el poder de "afectar la conducta y las emociones del mundo real a nivel mundial sin despertar la consciencia del usuario. Ellos no tienen idea de lo que ocurre". De igual modo, Tristan Harris argumenta que "las redes sociales quieren ir al fondo del cerebro para implantar dentro del usuario un hábito inconsciente en un nivel más profundo. Entonces el usuario está siendo programado en un nivel profundo y no es consciente de ello". Estos argumentos hacen que uno se cuestione hasta qué punto es realmente beneficioso aquello que a uno le gusta y lo utiliza día a día. ¿Podría calificar esta manipulación como un abuso de posición de dominio?

Sin embargo, hay quienes argumentan que este tipo de empresas realmente benefician a los consumidores y es por ello que los prefieren. En varias ocasiones hemos visto cómo la Comisión Europea afirma que Google limita las opciones de los consumidores. No obstante las sanciones, los consumidores siguen utilizando Google. ¿Por qué? La Comisión debería cuestionarse por qué es que los usuarios de Google prefieren a esta empresa y por qué los usuarios de Facebook también la prefieren.

¿Por qué es que Google tiene posición de dominio que se mantiene invariable desde el 2008 en un escenario de cambio sin costes? ¿Por qué es que los usuarios siguen utilizando Google si otros buscadores se encuentran a un "click" de distancia? ¿Por qué los usuarios prefieren hacer sus compras en internet a través de Amazon? ¿Por qué los usuarios utilizan Facebook e Instagram? En un escenario de cambio sin costes, la fidelidad de los internautas hacia estas empresas tecnológicas obedece bien sea a la inercia de los usuarios o bien que no exista un buen sustituto con un desempeño comparable.

Tomando en consideración que la gran mayoría de los usuarios son "razonables", el crecimiento o la estabilidad de estas empresas tecnológicas sería precisamente un argumento a favor de que compiten sobre la base de los méritos. Caso contrario, entraría otro competidor que las desplace.

4. Tanto en el caso de Google como en el de Microsoft pareciera que la Comisión Europea estuviera pidiendo a estas empresas, favorecer a sus competidores en desmedro de sus propios productos. Si bien este tipo de empresas ostentan una posición de dominio, esto no significa que por su tamaño tenga el deber positivo de ayudar a sus rivales a competir. ¿No es natural que Google utiliza sus propias plataformas para promocionar sus productos? ¿Es el autofavorecimiento una práctica que genera un efecto anticompetitivo de exclusión? En última instancia, si se protegiera a los rivales frente a cualquier desventaja competitiva en la que se pudieran ver respecto de la empresa dominante, podría obstaculizarse el propio proceso competitivo al negarse a esta última la facultad de explotar sus ventajas competitivas, es decir, de competir sobre la base de sus propios méritos con el fin último de desplazar, o incluso excluir, a sus competidores⁶².

VII. CONCLUSIONES.

A modo de conclusión, consideramos que el sector tecnológico es un entorno caracterizado por la rápida expansión tecnológica. Se encuentra caracterizado por el *network effect*, que puede actuar como barrera de entrada o como catalizador de la expansión. También se distingue por los reducidos costes de cambio (la competencia está a un *click* de distancia). Esto sin duda hace que la competencia en esta industria sea un proceso dinámico en el que las posiciones de dominio deben defenderse mediante la innovación y calidad a fin de fidelizar al consumidor final.

Como consumidor puedo decir que gracias a las empresas tecnológicas han hecho que la vida sea más fácil. El ecosistema digital cuenta con múltiples facetas (internet, modelos de negocio que funcionan sobre plataformas digitales de dos o más lados, las redes sociales, el Big Data, las aplicaciones, etc.) que han permitido revolucionar por completo la forma clásica de actuar en el mercado, lo que ha conllevado a que se creen nuevos modelos empresariales, que son más eficientes que modelos anteriores ya sea en el aprovechamiento de los recursos, el ahorro de costes, la provisión de un mejor servicio para los consumidores.

Luego de haber analizado las diferentes sentencias es importante reflexionar sobre lo siguiente: A quien se le ha exigido competir, una vez que gana la competencia, no debe ser castigado por ello. De lo contrario, se desincentiva el mismo proceso competitivo. Pareciera que en muchos casos a estas grandes empresas se les busca sancionar por esa razón, sin interiorizar que las propias características de este mercado difieren de los mercados tradicionales.

⁶² *Ibidem*, p.99