



GOOGLE, BAJO EL MICROSCOPIO DEL ANTIMONOPOLIO

Contenido

Sobre ICOMP	2
1. Introducción	3
2. El caso contra Google	4
A. Tratamiento preferente de los propios productos de Google y penalización de los rivales	
B. Explotación no autorizada de contenido de terceros	
C. Prácticas de exclusión y explotación relativas a los servicios de publicidad de Google como AdWords y AdSense	
3. Reclamaciones en todo el ecosistema	6
A. Herramientas de cartografía digital y navegación	
B. Editores y agregadores	
C. Motores de búsqueda y plataformas de publicidad de la competencia	
D. Plataformas de sistemas operativos móviles	
E. Derechos de Propiedad Intelectual – Acuerdo de Google Books	
4. Dominio creciente y estrategia de adquisición	23
5. La economía del ecosistema online de Google	33
La importancia de las búsquedas	
6. El restablecimiento de una competencia online efectiva	37
Poder para imponer remedio	
Eficaces y proporcionales	
¿Soluciones de conducta o de estructura?	
Cómo abordar los efectos del comportamiento anterior de Google contrario a las normas de competencia	
7. Conclusiones	43

Sobre ICOMP

ICOMP, la «Iniciativa para un mercado online competitivo», es un foro para todo tipo de organizaciones, con independencia de su tamaño o sector, dónde reunirse y debatir los retos a los que se enfrentan en términos de competencia online y sus efectos sobre los derechos de propiedad intelectual, privacidad, seguridad y transparencia en Internet. Fundada en 2008, ICOMP reúne a participantes y defensores de ideas afines procedentes de todo tipo de sectores, para abordar dichos retos y su posible solución. ICOMP cuenta con más de 70 miembros y signatarios, incluyendo empresas de búsquedas verticales, editores online, anunciantes, proveedores de redes y servicios de Internet y agencias que participan en la publicidad online.

Todos los miembros de ICOMP abogan por los principios que tienen por objetivo fomentar la competencia, la transparencia y la adopción de mejores prácticas como parte de un objetivo global de promoción del crecimiento sostenible de Internet conforme al Estado de derecho.

ICOMP es un foro de personas físicas y jurídicas cuyo objetivo es informar y ser informado acerca de las cuestiones a las que se enfrentan los negocios online, incluyendo los cambios legales y regulatorios dentro y fuera de la Unión Europea. Estas organizaciones, junto con los asesores de ICOMP, comparten sus conocimientos y experiencia. Tanto ICOMP como sus miembros y sus seguidores intentan ofrecer y desarrollar un debate abierto sobre la competencia online de las empresas como forma eficaz de competir en el entorno y lograr la mejora de la calidad y la elección de los servicios a disposición de los usuarios online en Europa y en el resto del mundo.

1. Introducción

El futuro del crecimiento económico de Europa depende en gran medida de la capacidad de sus negocios para ser competitivos en el entorno *online*. Este hecho se basa, en gran parte, en la Estrategia Europa 2020 y su Agenda Digital. La Comisión ha reconocido que existen demasiadas barreras que impiden la libre circulación de los servicios *online* por las fronteras nacionales.¹

El vicepresidente de la Comisión Europea y comisario europeo de Competencia, Joaquín Almunia, ha destacado también los retos que se presentan:

*«... teniendo en cuenta el ritmo del cambio tecnológico en el panorama digital, nos enfrentamos a grandes desafíos en “nuevos mercados”». El elevado índice de crecimiento y el dinamismo en la competencia y la innovación suelen hacer de la previsión del futuro más próximo una tarea complicada. Con todo, es esencial contar con una política eficaz de competencia».*²

En los últimos años, la política de competencia europea en el ámbito *online* ha observado el comportamiento de una empresa *online* que ejerce su dominio de forma abrumadora: Google. Aunque el dominio por sí solo no constituye un abuso, Google está siendo investigada para determinar si sus prácticas abusivas se oponen al Artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) que prohíbe el abuso de una posición dominante. En su formulación más simple, esto significa que una empresa con una posición dominante tiene la responsabilidad especial de garantizar que su conducta no afecta a la competencia.

Google se enfrenta a muchas demandas al haber incumplido dicha responsabilidad especial y haber aumentado su tamaño, afianzado su dominio en los mercados de búsqueda, publicidad en buscadores y actividades relacionadas, apoyándose en todo lo anterior para introducirse en nuevos mercados, y en particular, en los de publicidad y motores de búsquedas en dispositivos móviles. Google ha llevado a cabo todo esto a través de una combinación de adquisiciones agresivas y prácticas de exclusión y explotación.

El objetivo del presente informe es valorar las investigaciones en marcha y las más recientes sobre la conducta de Google que se oponga a las normas de competencia, para ofrecer al lector una interpretación detallada de la forma en que dichas prácticas de Google, contrarias a las normas de competencia, han tejido una red de exclusión y explotación de competidores, perjudicando el ecosistema *online* y colocándolo en las manos de un único gigante de Internet, a expensas en última instancia de los consumidores y los negocios de Europa. Este informe tiene en cuenta también, la forma en que las autoridades sobre competencia han abordado algunas de las demandas presentadas hasta la fecha contra Google. Gracias a estas lecciones aprendidas, se pretende averiguar cómo la política y la regulación podría utilizarse en materia de competencia para limitar el control que tiene Google de la red y subsanar así las anteriores acciones de Google contra la competencia, restableciendo las condiciones para lograr un mercado *online* competitivo.

¹http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/cf/pillar.cfm

²Ponencia, 18 de mayo de 2011 en La Haya

2. El caso contra Google

Se han presentado muchas demandas, oficial y oficiosamente, tanto a escala nacional como europea, e incluso más allá, que han suscitado inquietud sobre la conducta abusiva de Google. Entre los organismos reguladores en derecho de competencia existe un consenso cada vez mayor de que Google ocupa una posición dominante en el ámbito de motores de búsqueda y publicidad de búsquedas (como se debatirá con detalle más adelante en el presente informe). Las investigaciones que se están llevando a cabo se centran en si Google ha estado abusando de esta posición dominante a expensas de competidores y consumidores, incumpliendo las leyes diseñadas para proteger el proceso de libre competencia.

La Comisión Europea no ha limitado su investigación a un sector en particular, sino que ha examinado las prácticas de Google por todo el ecosistema *online*. El caso se remonta a febrero de 2010, cuando Google anunció que la Comisión Europea le había pedido que se pronunciara sobre las demandas por prácticas abusivas de Foundem, Ciao! y eJustice. En julio de 2010, el comisario europeo de Competencia, Joaquín Almunia, anunció que la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea se encontraba en la fase inicial de investigación sobre las denuncias presentadas por conducta contraria a las normas de competencia en motores de búsqueda.³ Tan solo unos meses después, en noviembre de 2010, la Comisión Europea anunció que había iniciado una investigación oficial sobre el abuso de la posición dominante de Google a través de:

*«... un tratamiento desigual en los resultados de búsqueda de servicios patrocinados frente a los de los servicios de no pago de Google, combinado con una ubicación supuestamente preferente de los propios servicios de Google».*⁴

La Comisión anunció que estaba investigando si Google había abusado de una posición dominante que incumpliera la ley de competencia de la UE:

- colocando en las posiciones más bajas los resultados de los servicios de búsqueda de no pago de servicios competidores, tales como las comparaciones de precios (los denominados servicios de búsqueda vertical);
- ofreciendo una ubicación preferente a los resultados de sus propios servicios de búsqueda vertical para aislar a los servicios competidores;
- aumentando el precio por clic para enlaces patrocinados de servicios de búsquedas verticales de la competencia;
- imponiendo obligaciones de exclusividad a socios publicitarios, evitando que coloquen determinados tipos de anuncios de competidores en sus páginas web con el objetivo de no incluir herramientas de búsqueda de la competencia; e
- imponiendo restricciones en la portabilidad de datos de campañas publicitarias *online* a plataformas de publicidad online de la competencia.

En enero de 2011, se informó a través de la prensa que se habían enviado cuestionarios oficiales a una serie de organizaciones *online*, incluyendo (según la Comisión) motores de búsqueda y agencias de publicidad, así como «otros actores».⁵ Poco antes de la publicación de estos

³Ponencia sobre *Competencia en Medios Digitales e Internet*, clase de Jevons de UCL, Londres, 7 de julio de 2010

⁴<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/1624>

⁵<http://www.mlex.com/EU/Content.aspx?ID=125792>

cuestionarios, en diciembre de 2010, la autoridad alemana en materia de competencia, Oficina Federal de Cárteles había presentado dos demandas más a la Comisión Europea, una interpuesta por la empresa alemana de cartografía digital, Euro-Cities y la otra por dos grupos editores alemanes, VDZ y BDZV.

Entonces, en febrero de 2011, la sociedad matriz de eJustice, 1plusV, suscitó nuevas preocupaciones que fueron seguidas de una demanda interpuesta por Microsoft contra Google en marzo de 2011. Adicionalmente una serie de demandas se han presentado a escala nacional, con resoluciones destacables como las de las autoridades de competencia italianas y francesas respectivamente, en los casos de FIEG y Navx. Procedimientos civiles también han suscitado inquietud debido a las prácticas contra la competencia de Google. Entre éstos se incluye el juicio pendiente de resolución de Skyhook contra Google en el sector de móviles, así como la reciente decisión de un tribunal de Nueva York que rechazó la conciliación propuesta por Google frente a la demanda colectiva interpuesta contra el servicio de Google Book Search, basándose en parte en que dicha conciliación propuesta se oponía a las normas de competencia.

Al margen de estas preocupaciones oficiales, una serie de empresas, como One News Page, también han anunciado públicamente que han sido víctimas de prácticas contrarias a las normas de competencia por parte de Google.

En términos generales, todas las preocupaciones suscitadas hasta la fecha hacen referencia a la conducta de explotación y exclusión de Google, y de ellas, las más perniciosas se pueden resumir de la siguiente manera:

A. Tratamiento preferente de los propios productos de Google y penalización de los rivales

Un buen número de demandas se basa en la evidencia de que Google utiliza su función de búsqueda universal (Búsqueda Universal) entre otras cosas, para favorecer artificialmente sus propias ofertas sobre los servicios competidores, tergiversando lo que los consumidores consideran clasificaciones naturales de búsqueda. En otras palabras, en lugar de ofrecer la mejor respuesta a lo que el usuario busca, Google manipula los resultados con fines comerciales.

En algunos casos, esto consiste en elaborar listas negras de páginas rivales, con implicaciones significativas para los servicios competidores, los cuales, si reciben una clasificación engañosamente baja en los resultados de búsqueda de Google, lo tendrán más difícil para atraer usuarios. El propio comisario Almunia reconoció los riesgos de la manipulación de resultados de búsqueda, incluso en las fases tempranas de la investigación de la Comisión:

«Si los resultados de un motor de búsqueda, por ejemplo, estuvieran siendo manipulados, el hecho de que esto fuera comunicado a los consumidores marcaría una diferencia en el mercado, pero ¿sería suficiente con hacer transparente esa información?»⁶

B. Explotación no autorizada de contenido de terceros

La autoridad de competencia francesa ha confirmado que han surgido problemas en relación con la explotación no autorizada de contenido de terceros en su reciente *Dictamen sobre competencia en publicidad online*,⁷ en el que se debatió largo y tendido sobre las acciones de «parasitismo» de Google, en particular, en el campo de agregación de noticias.

⁶Discurso sobre Competencia en Medios Digitales e Internet, Conferencia en UCL Jevons, Londres, 7 de Julio de 2010

⁷Dictamen nº 10-A-29 del 14 de diciembre de 2010 sobre competencia en publicidad *online*

C. Prácticas de exclusión y explotación relativas a los servicios de publicidad de Google como AdWords y AdSense

- Una serie de demandantes han presentado pruebas sobre la imposición de penalizaciones por parte de Google a sus competidores, en particular, en relación con sus resultados de búsquedas pagadas conocidos como AdWords, que han incrementado los costes de publicidad y reducido las clasificaciones de los rivales.
- Prácticas de exclusión que pretenden privar a los competidores de Google del acceso a su contenido principal. Por ejemplo, Google ha impedido que los competidores accedan a su contenido clave, como vídeos y libros.
- Prácticas de exclusión impidiendo a los competidores acceder a la información de forma operativa y, en particular, prohibiendo a los anunciantes su multi-distribución.
- Prácticas de exclusión estableciendo una red de contratos de exclusividad, impidiendo por ejemplo que una página web distribuya botones de búsqueda.

Muchas de estas prácticas han impedido que los competidores de Google obtengan unos resultados de búsqueda relevantes y, en consecuencia, no atraen a los usuarios.

3. Reclamaciones en todo el ecosistema

Como se ha indicado antes, las empresas de todos los sectores de Internet han presentado demandas por las prácticas de Google. A continuación, ofrecemos ejemplos de algunas de estas demandas, agrupadas en las siguientes grandes categorías: cartografía digital; editores y agregadores de noticias; motores de búsqueda competidores y plataformas publicitarias; plataformas móviles; y demandas por derechos de propiedad intelectual.

A. Herramientas de cartografía digital y navegación

Las herramientas de cartografía digital y navegación se han popularizado mucho, no solo por el uso de Internet en ordenadores, sino cada vez más en la tecnología móvil de geolocalización (consulte el sub-apartado D que sigue a continuación) y GPS. Este mes, la propia herramienta de cartografía digital de Google, Google Maps, obtuvo el primer puesto de clasificación en la lista de las diez «páginas web de viajes» más visitadas, seguida de otras páginas de cartografía digital como MapQuest, Bing Maps y Yahoo! Maps.⁸

Euro-Cities

Dr. Hans Biermann, propietario de la sociedad de cartografía digital Euro-Cities interpuso en agosto de 2009 en la Oficina Federal de Cárteles (FCO, según sus siglas en inglés) una de las primeras demandas contra Google.

El principal argumento de la demanda del Dr. Biermann fue que Google ofrece sus servicios de cartografía digital de forma gratuita, a un coste inferior al precio real de producir y procesar datos cartográficos. La legislación alemana de competencia desleal prohíbe la venta por debajo del coste para proteger a las PYMES de los grandes actores del sector, que pueden utilizar la inter-financiación para conquistar nuevos mercados.

⁸<http://www.hitwise.com/us/datacenter/main/dashboard-10133.html> 24 September 2011

La demanda también demostró el trato preferente de Google a sus propios productos: según la demanda, Google ofrece enlaces a Google Maps y AdSense de forma exclusiva, de manera que esto le permite ofrecer sus servicios de cartografía de forma gratuita, al tiempo que excluye a los rivales comerciales de la plataforma *online*.

Google también ha concedido licencias a terceras empresas para el uso de material cartográfico y de hojas de ruta de forma gratuita y sin ningún tipo de publicidad. En cambio, los competidores de Google en cartografía digital, como Euro-Cities, se han visto obligados a comercializar sus servicios mediante la publicidad o la venta de mapas. De este modo, los servicios de cartografía digital se utilizan para financiar la costosa compra de los datos de cartografía digital. Como Google se dedica a reventar los precios del mercado, los competidores no pueden ejercer su competencia.

En julio de 2010, Dr. Bierman amplió su demanda, alegando «aumentos masivos e inusuales» en el coste de la publicidad de los términos de búsqueda. Sugirió que Google había adoptado medidas represivas contra Euro-Cities tras la presentación de la demanda.

La idea central de los argumentos adicionales de la demanda fue que Google había privado a Euro-Cities el acceso a los resultados de búsqueda de Google. La demanda se remitió a la Comisión en diciembre de 2010. En mayo de 2011, Euro-Cities presentó una segunda demanda. En ella acusaba a Google de formalizar un contrato que incumplía las normas de competencia con el proveedor de servicios de directorios, Gelbe Seiten (el equivalente alemán de Páginas Amarillas) que, según Euro-Cities, se oponía a las leyes alemanas sobre prácticas concertadas.

Las supuestas reclamaciones de la sociedad se remontan a junio de 2009, cuando Google y Gelbe Seiten sellaron un acuerdo de cooperación. En virtud de los términos del acuerdo, Google podía utilizar y exhibir entradas y ofertas de Gelbe Seiten en sus mapas y resultados de búsqueda. A cambio, Gelbe Seiten podía publicar anuncios en Google de forma gratuita. De este modo, Gelbe Seiten no tenía que participar en las subastas de AdWords bajo las mismas condiciones que otras empresas, lo que supuso para Euro-Cities tener que abonar precios superiores para lograr los mismos niveles que Gelbe Seiten.

Al principio, la autoridad reguladora alemana remitió esta demanda a la Comisión, pero en junio de 2011, ésta informó que su investigación no cubría los argumentos de la demanda, por lo que remitió el caso de nuevo a la Oficina Federal de Cánteles. El 26 de julio, la Oficina Federal de Cánteles informó a Dr. Biermann que, tras estudiar el caso, no podía dictaminar que ésta fuera de interés público. Sin embargo, Dr. Biermann puede presentar el caso ante los tribunales de Alemania.

Euro-Cities no es la única empresa que se ha visto perjudicada por el modelo comercial de cartografía digital gratuita de Google Maps. Según la prensa, la empresa de cartografía digital con sede en Múnich, United Maps, presentó una declaración de insolvencia en mayo de 2011. La empresa había desarrollado la aplicación «Walk & Run» para iPhone que en última instancia quedó relegada debido, según United Maps, a la rápidos desarrollos en este campo, y en particular, al hecho de que varios grandes proveedores como Google Maps ofrecieran sus servicios de forma gratuita.⁹

⁹<http://www.rws-verlag.de/hauptnavigation/aktuell/news-detail/article/57/Pohlmann-Hofmann-Insolvenzverwalter-United-Maps-GmbH-sucht-Kaeufer-fuer-Technologie.html>

B. Editores y agregadores

Los editores y agregadores de noticias representan una amplia proporción de los demandantes, ya sean de páginas web que agreguen noticias, diarios o asociaciones de editores. A continuación presentamos algunos ejemplos de cómo Google ha abusado de su posición dominante en este campo.

Editores alemanes: BDVZ y VDZ

Otro caso que la Oficina Federal de Cárteles remitió en diciembre del pasado año fue el de las asociaciones alemanas de editores: la Federación Alemana de Editores de Diarios (Bundesverband Deutscher Zeitungsverleger, BDZV) y la Asociación Alemana de Editores de Revistas (Verband Deutscher Zeitschriftenverleger, VDZ). El argumento principal de las demandas interpuestas por la VDZ y la BDZV se centró en la explotación no autorizada del contenido *online* de sus miembros, sin ofrecerles una parte equitativa de los ingresos publicitarios.

En diciembre de 2009, la BDZV y la VDZ presentaron una demanda a la Oficina Federal de Cárteles en virtud de la cual Google había abusado de su posición dominante aprovechándose de los servicios de sus miembros, sin ofrecerles una indemnización a cambio. Según estas asociaciones, en sus resultados de búsqueda y en su portal de noticias específico Google News, Google había estado utilizando resúmenes de noticias actuales (*snippets*) de otros portales de noticias *online* para completar su propia gama de artículos de noticias.

De esta forma, Google explotaba los *snippets*, que suelen revelar el principal contenido de noticias de una historia, ahorrándose los costes de periodistas e investigación.

Los lectores podían conocer la información principal desde la página de inicio de Google, permitiéndole a Google recaudar ingresos de los lectores y privar de los mismos a los que habían invertido en la creación de contenidos.

Las asociaciones reclamaron que Google tuvo ingresos por la publicidad que generaban dichos contenidos y que debería haber compartido dichos ingresos con editores. Los editores, por el contrario, perdieron sus ingresos publicitarios debido a que los usuarios ya no necesitaban hacer clic en el artículo, y de esta forma, pasaban más tiempo en la página de Google News, lo que brindó a Google la oportunidad de exhibir anuncios.¹⁰ Para colmo, la única manera de que los editores evitaran que Google explotara su contenido era aceptar ser excluidos de los resultados de búsqueda de Google, algo que equivalía al suicidio comercial. Como explica un portavoz de las asociaciones:

*«Google afirma que nos provee tráfico, pero el problema es que Google recauda miles de millones y nosotros nada».*¹¹

A las asociaciones también les preocupaba que Google hubiera estado aplicando una política de exclusión con respecto a sus resultados naturales de búsqueda, discriminando a nuevos rivales, ubicando de forma preferente resultados de búsqueda para su propio contenido (como Google News, Google Maps y Google Video) y el contenido de sus socios (que en Alemania incluye a Deutsche Bahn AG y UEFA) por delante de otras páginas.

¹⁰<http://www.moz.de/artikel-ansicht/dg/0/1/126289/>

¹¹<http://www.nytimes.com/2010/01/19/technology/19antitrust.html>

One News Page

One News Page también ha expresado su preocupación por la manipulación de los resultados de búsqueda, que se hace eco de la sugerida por BDVZ y VDZ, así como por la del motor de búsqueda vertical Foundem (véase a continuación).

One News Page es un navegador de noticias, miembro de ICOMP. Entre mayo de 2009 y febrero de 2010, Google le aplicó una inexplicable penalización de nueve meses, lo que dio lugar a un descenso del 90 por ciento en su tráfico orgánico. Justo antes de la penalización, la página web registró un pico de tráfico de visitantes de 18.000 visitas al día, que se desmoronó y pasó a 700 al día. Google pasó de indexar casi medio millón de páginas a apenas 900, lo cual no pudo producirse en peor momento para One News Page, ya que la empresa acababa de completar una ronda de financiación y se vio obligada a revisar su plan de viabilidad empresarial, como consecuencia directa de la inesperada e inexplicable sanción de Google. Al igual que Foundem, a pesar de los intentos de diálogo con Google, la sociedad no recibió ninguna confirmación ni explicación.¹²

Como resultado de esta recalificación a la baja, el propietario de One News Page, Marc Pinter-Krainer ha organizado, con la ayuda de ICOMP, una campaña para conseguir una mayor transparencia de los motores de búsqueda, www.HaveBeenPenalized.com. Una de las iniciativas organizadas por One News Page incluye un estudio con más de 1.000 empresas británicas y estadounidenses, que concluye que el 24 por ciento había sufrido un descenso grande e inexplicable en el tráfico de su página. De este modo, tan solo uno de cada diez participantes sabía que dichos descensos podían ser el resultado de ambiguas penalizaciones en búsqueda.¹³ La campaña «Have I been penalized?» («¿He sido penalizado?») intenta fomentar la transparencia entre motores de búsqueda, sobre todo en lo que respecta a las penalizaciones. Los propietarios de las páginas web tienen derecho a saber si a su página se le ha impuesto una penalización y el motivo de la misma. [HaveBeenPenalized.com](http://www.HaveBeenPenalized.com) también reclama un proceso de recurso contra dichas penalizaciones en forma y tiempo, e invita tanto a personas físicas como jurídicas a unirse a través de las listas de correo y los debates en Twitter a la campaña para lograr una transparencia más justa.

Copiepresse

El sábado 16 de julio, el diario francófono líder en Bélgica, *Le Soir*, publicaba una portada muy poco habitual. El interminable boletín de noticias sobre la formación de un nuevo gobierno federal más de un año después de las elecciones parlamentarias fue sustituido por otro: la batalla entre Google por un lado y los diarios francófonos de Bélgica por otro. La ilustración de portada fue una captura de pantalla de una búsqueda de Google con el texto «*les journaux francophones belges censurés*» (los diarios francófonos belgas censurados) en el cuadro de búsqueda.

El día anterior Google había retirado a los diarios francófonos belgas de su motor de búsqueda. Esta acción de Google parecía una represalia tras la última decisión en la interminable lucha legal mantenida entre Google y Copiepresse, y la empresa de gestión de derechos de autor de los diarios en francés y alemán de Bélgica.

Copiepresse había cuestionado el uso no autorizado de los artículos de sus miembros por parte de Google en Google News. Tras una sucesión de victorias de Copiepresse en los tribunales belgas, el Tribunal de Apelación de Bruselas falló en contra de Google a finales de mayo de 2011

¹²<http://www.telegraph.co.uk/finance/yourbusiness/6752836/Website-at-a-loss-as-to-why-it-disappeared-from-Google.html>

¹³Véase el vídeo disponible en: <http://www.i-comp.org/members/view/139>

y prohibió a Google la publicación de artículos de diarios belgas en su servicio de Google News, so pena de una multa diaria de 25.000 € hasta que se calculara la indemnización por daños y perjuicios.

La respuesta de Google fue radical: retirar a los diarios belgas de sus resultados de búsqueda, no solo de Google News. Google reivindicó que actuó de esta forma para cumplir la sentencia del Tribunal, aunque resultaba evidente que la sentencia únicamente se refería al robo de contenidos y no a la inclusión de las páginas web de los editores de diarios. Los diarios belgas lo vieron como una represalia y reaccionaron con amenazas de presentar una demanda legal ante el Consejo de Competencia belga.

Le Soir publicó la noticia en su portada, como líder del grupo, y al principio de la sección empresarial, recordando a los lectores que Google también es «la agencia de publicidad más grande del mundo». *La Libre Belgique* (otro de los diarios francófonos belgas líderes) dio consejos para encontrar sus artículos, indicando a los lectores que escribieran en su la URL de su página web y no utilizaran Google.

No obstante, el «boicot» de Google finalizó ese lunes. Los diarios volvieron a aparecer en los resultados de búsqueda de Google y esta última afirmó que Copiepresse le había autorizado a volver a incluir sus páginas web en los resultados de búsquedas de Google y que le garantizaba que no aplicaría la multa por infracción de derechos de autor.

FIEG

FIEG es la Federación Italiana de Editores de Diarios. En agosto de 2009, FIEG presentó una demanda formal a las autoridades antimonopolio italianas (AGCM) argumentando que Google únicamente indexaba las páginas web de los miembros de FIEG con la condición de que estos le DOJaran utilizar de forma gratuita su contenido en el servicio de agregación de noticias de Google, Google News¹⁴, lo cual, según FIEG tenía un impacto negativo en la capacidad de un editor para captar anunciantes y usuarios en su página de inicio.

En marzo de 2010, la AGCM amplió su investigación para incluir las condiciones contractuales impuestas a páginas web para su publicidad *online*.¹⁵ En particular, examinó los términos y las condiciones de AdSense (Google), que comunicaban con transparencia a los editores el porcentaje de ingresos que se les debía abonar de la publicidad vendida por Google en sus páginas web a través de AdSense. La AGCM también tuvo en cuenta el hecho de que los términos y las condiciones permitían a Google cambiar la estructura de precios de forma unilateral, en cualquier momento, y a su entera discreción.

El 17 de enero de 2010, AGMC aceptó el compromiso de Google de abordar las cuestiones de competencia planteadas por FIEG. Dicho compromiso conllevaba permitir a los editores que seleccionaran o retiraran su contenido de Google News Italia, sin que ello afectara a su indexación por Google, ni a su clasificación en los resultados de búsquedas de Google. Google también se comprometió a informar a los editores de los volúmenes de ingresos por la venta de publicidad en sus páginas web. Asimismo, Google se comprometió a retirar la prohibición de encuestas de terceros en relación con el número de clics de usuarios en anuncios individuales.¹⁶

¹⁴<http://www.agcm.it/stampa/comunicati/3602-a420-avviata-istruttoria-nei-confronti-di-google-italia-a-seguito-di-una-denuncia-della-fieg.html>

¹⁵<http://www.agcm.it/stampa/comunicati/4902-a420-fieg-federazione-italiana-editori-giornaligoogle.html>

¹⁶Informe de prensa de AGMC, 17 de enero de 2010

El caso de FIEG, como en la demanda de los editores alemanes, demuestra la forma en que Google explota su posición líder en el mercado de búsquedas y publicidad de buscadores para aumentar su presencia en servicios relacionados, como la cartografía digital y las noticias. Sin embargo, el ejemplo de Copiepresse descrito anteriormente demuestra que las conciliaciones y soluciones conseguidas en un país (en el caso de FIEG, Italia) no se pueden aplicar necesariamente a otros, ni siquiera cuando se han conseguido con la mediación de una autoridad nacional de competencia.

C. Motores de búsqueda y plataformas de publicidad de la competencia

Como se aborda con más detalle a continuación, Google domina en el ámbito de búsquedas y publicidad en buscadores. No resulta sorprendente, por tanto, que algunos de sus demandantes, competidores directos o potenciales se hayan visto perjudicados por el comportamiento de Google. Los portales de consumidores, los motores de búsqueda vertical y las plataformas de publicidad de la competencia son solo unos cuantos ejemplos de víctimas de Google.

Ciao!

Ciao! fue una de las primeras empresas en plantear su inquietud a las autoridades de competencia en Europa. Ciao! es uno de los proveedores líderes en Europa de portales de compra y comparación de precios. En 2008 fue adquirido por Microsoft. Ofrece a los consumidores en una variedad de países e idiomas, información detallada y comparación de precios sobre más de 10 millones de productos. En 2009, Ciao! presentó una demanda ante la Oficina Federal de Cárteles sobre el abuso del dominio de Google, siendo el principal argumento de la demanda que Google había tomado represalias contra Ciao! tras su adquisición por Microsoft al:

- requerir a Ciao! que negociara exclusivamente con la red publicitaria de Google, AdSense, prohibiendo así a Ciao!, y a otros a los que Google ya impone obligaciones similares de exclusividad, que negocien con otras redes publicitarias;
- restringir el acceso de Ciao! a los datos de AdSense a los que Google previamente había concedido el acceso y que habían permitido a Ciao! maximizar los ingresos en la venta de su inventario de anuncios mediante la optimización de los resultados de su programa de publicidad; y
- evitar que Ciao! iniciara un seguimiento de clics de los anuncios de AdSense, que Google había permitido previamente y que había permitido a Ciao! optimizar los resultados de su programa AdSense y comprobar el número de clics registrados en relación con los anuncios ofrecidos por Google, impidiendo que Ciao! pudiera analizar sus resultados.

Estas prácticas fueron claramente contrarias a las normas de competencia. Según Ciao!, debilitaban su posición en los mercados de búsquedas y de publicidad de buscadores, impidiendo que maximizara su publicidad *online*. Este comportamiento también impedía que otras plataformas de intermediación publicitaria ofrecieran sus servicios a Ciao!. En diciembre de 2010, la Oficina Federal de Cárteles remitió el caso a la Comisión Europea, puesto que ya estaba investigando una serie de casos similares.

Foundem

Foundem, empresa emergente de tecnología fundada por Shivaun y Adam Raff en 2005, fue el segundo miembro de ICOMP que presentó una demanda formal contra Google. Foundem es una de las páginas de comparación de precios líderes en el Reino Unido que ofrece servicios de

comparación en empleo, productos eléctricos, vuelos, hoteles, informática, bienes inmuebles, libros, etc.¹⁷ La tecnología patentada de búsqueda vertical de Foundem ofrece la más avanzada comparativa tanto en su propia página web como en muchas de las empresas de comunicación líderes en el Reino Unido, entre ellas Bauer, IPC Media y Future. En diciembre de 2008, Foundem fue nombrada la mejor página web de comparación de precios del Reino Unido por The Gadget Show (el programa de televisión sobre tecnología líder en el Reino Unido).

En febrero de 2010, Foundem interpuso la primera demanda oficial directa a la Comisión Europea sobre las prácticas *online* de Google en los mercados de búsquedas y publicidad de buscadores. Las prácticas objeto de la demanda hacen referencia a las actuales clasificaciones de Búsqueda Universal de Google y a las penalizaciones impuestas a Foundem entre 2006 y 2009 en relación con búsquedas y AdWords.

En mayo de 2007, Google presentó Búsqueda Universal (Búsqueda Universal), un proyecto a través del cual Google presenta de forma destacada sus propios servicios en la parte superior de sus resultados de búsqueda, o cerca de los mismos, para determinados tipos de consulta, eludiendo los algoritmos que aplica al resto de páginas web y adulterando de este modo las clasificaciones de búsqueda natural. Google se refirió a la primera etapa de Búsqueda Universal como «*un mecanismo de clasificación actualizado que compara de forma automática y objetiva diferentes tipos de información*».

Como parte de su demanda, Foundem presentó pruebas convincentes de la forma en que Google había favorecido su propia oferta de búsqueda vertical, Google Product Search (anteriormente denominada Froogle), a expensas de otros métodos de búsquedas verticales de la competencia, que vieron cómo se reducía significativamente su tráfico; a saber, no solo Foundem, sino también Shopping.com, Pricerunner, Nextag, Dealttime, Ciao.co.uk y Kelkoo.¹⁸ De hecho, la vicepresidenta de Google, Marissa Anne Mayer estuvo a punto de admitir que las búsquedas verticales plantean una amenaza específica para la actividad comercial de Google, y es que Google considera que con su tamaño, consigue una ventaja competitiva:

«Mientras muchos de nuestros competidores siguen dedicándose a crear motores de búsqueda pequeños y verticales que hay que recordar que tienen, nosotros nos dedicamos a resolver un problema de informática muy complicado: ¿Cómo se unen todos esos diferentes medios en un conjunto coherente de respuestas y cómo se sintetiza todo ello?»¹⁹

Con todo, los problemas de Foundem no se acabaron aquí. Además de la adulteración de los resultados naturales de búsqueda por parte de Google, Foundem también consideró que había sido víctima de penalizaciones impuestas por Google en búsquedas y publicidad de búsquedas.

Hasta junio de 2006, Foundem obtenía una clasificación normal en los resultados de búsqueda de Google, pero a partir de dicho mes, Google impuso una penalización de búsqueda a Foundem, excluyéndola de forma sistemática de sus resultados de búsqueda, excepto en el caso

¹⁷<http://www.foundem.co.uk/>

¹⁸ComputerWorld, http://www.computerworld.com/s/article/9140630/Google_VP_Mayer_describes_the_perfect_search_engine?taxonomyId=16&pageNumber=1

¹⁹Este aspecto de la demanda de Foundem pasó a formar parte recientemente de una sesión del Senado de EE.UU. en la que el senador Michael Lee presentó una tabla de un estudio que comparaba las clasificaciones de resultados de Google Product Search con las de páginas de comparación de productos, incluyendo NextTag y PriceGrabber, en la que los resultados de Google Product Search obtenían un coherente tercer puesto de clasificación. El senador Lee acusó a Google de haberla «*amañado para quedar siempre en tercer puesto*»

de realizar la búsqueda de la palabra «Foundem». Foundem presentó una serie de solicitudes de reconsideración a Google, en particular a su Equipo de Calidad, pero no recibió ninguna respuesta digna de mención.

Ningún representante de Google reconoció en ningún momento la existencia de una penalización de búsqueda ni tampoco se produjo ninguna intervención manual por parte de Google (a saber, «listas blancas») para eludir la aplicación de la penalización. Debido al creciente interés de los periodistas, finalmente Foundem pudo conseguir dialogar con Google y se incluyó en una lista blanca en diciembre de 2009.

En agosto de 2006, Foundem también fue golpeada con una penalización de AdWords (una penalización sobre sus enlaces patrocinados) que aumentó su coste por clic en un porcentaje increíblemente prohibitivo del 10.000 por ciento. Foundem fue testigo de cómo sus Resultados de Calidad se reducían de la noche a la mañana del 10/10 al 1/10, sobre-precando a Foundem y sacándolo del mercado. Durante un año, Foundem se embarcó en una serie de peticiones realizadas a través del equipo de asistencia de AdWords de Google. De nuevo, e igual que en ocasiones anteriores, las peticiones de Foundem para que se revocara la penalización fueron sistemáticamente rechazadas, hasta agosto de 2007, momento en el que Google incluyó a Foundem de forma manual en una lista blanca, informando a esta última de que había sido automáticamente clasificada a la baja a través de un nuevo algoritmo que, según admitía Google, fue diseñado para detectar y penalizar servicios de búsquedas verticales como la comparación de precios y la búsqueda de viajes.

eJustice & 1plusV

eJustice es un motor de búsqueda jurídico francés que se ofrece de forma totalmente gratuita y que se financia únicamente a través de la publicidad. La propietaria de eJustice es 1plusV, que a su vez es la creadora de una «tecnología de búsqueda innovadora e híbrida», denominada VSearch y que ha lanzado una serie de motores de búsqueda vertical basados en esta tecnología. En marzo de 2010, eJustice.fr demandó a Google ante la Comisión, denunciando que Google intentaba expulsarla del mercado, excluyéndola de la lista de motores de búsqueda jurídicos y, por tanto, bloqueándola para que no apareciera en los resultados de búsqueda de Google.

Al parecer, el principal argumento de la demanda en aquel momento fue que, al igual que en el caso de Foundem, las penalizaciones de búsqueda se habían impuesto a eJustice en 2007, lo que tuvo un impacto significativamente negativo en el número de personas registradas en la página, así como en la reducción de sus ingresos publicitarios. eJustice denunció que Google también le presionaba para que adoptara el algoritmo de Google y la red de publicidad.

El 30 de noviembre, la Comisión anunció que había abierto una investigación formal sobre las prácticas *online* de Google, incluyendo las que denunciaba eJustice. Poco tiempo después, en febrero de 2011, 1plusV presentó una nueva demanda, desarrollando puntos que también se habían indicado en el caso de Foundem. Los principales asuntos fueron los siguientes:

- Google había sacado de la lista a otras páginas de 1plusV como represalia frente a la demanda de eJustice. Estas páginas volvieron a ser incluidas en cuanto la Comisión abrió formalmente su investigación en noviembre de 2010, a pesar de que 1plusV no realizó cambios en su contenido. Esto aporta aún más pruebas sobre la inclusión manual en listas blancas, que también se indicaba en la demanda de Foundem.

- Google había impedido que 1plusV utilizara su servicio de publicidad, AdSense, poniéndole obstáculos para monetizar su servicio gratuito a través de la publicidad entre 2006 y 2010.
- Google incluyó de forma preferente sus propios servicios en clasificaciones de búsquedas naturales. En particular, 1plusV destacó el hecho de que Google publica millones de enlaces a páginas de una de sus propias actividades comerciales de búsqueda vertical, Google Books, mientras se niega a incluir páginas similares en motores de búsqueda de la competencia por su supuesta falta de contenido original.

Tras su demanda a la Comisión el 28 de junio, 1plusV presentó una demanda de 295 millones de euros de indemnización por daños y perjuicios contra Google ante el Tribunal Mercantil de París. Al parecer es la mayor demanda de indemnización por daños y perjuicios presentada contra Google en Europa por infracciones relativas al derecho de competencia.

Los principales elementos de la demanda se hacen eco de la demanda pendiente de resolución de 1plusV presentada a la Comisión. 1plusV argumenta que entre 2007 y 2010, treinta motores de búsqueda vertical creados por 1plusV fueron incluidos en una lista negra (algunos de ellos se incluyeron recientemente en una lista blanca), lo que ha causado daños irreparables. Si se hubiera DOJado que estos treinta motores de búsqueda hubieran ejercido su competencia, según 1plusV, las ventas anuales habrían ascendido a más de 30 millones de euros.

Se prevé que los procedimientos judiciales se prolonguen entre 16 y 24 meses y se espera que los tribunales de la Unión Europea reciban cada vez más demandas de indemnización por daños y perjuicios contra Google, dado el número de empresas *online* que están perdiendo beneficios como resultado de una exclusión contraria a las normas de competencia. Dichas demandas podrán basarse en las acciones que adopten las autoridades reguladoras que detecten conductas contrarias a las normas de competencia o de demandas independientes.²⁰

Navx

Otro de los casos que ha acabado en litigio en un tribunal nacional es la decisión de la autoridad francesa en materia de competencia sobre Navx. Navx vende bases de datos para su uso en dispositivos de navegación GPS. Por ejemplo, Navx venderá bases de datos que mostrarán a un usuario de un dispositivo TomTom o Garmin los precios de combustibles en diferentes gasolineras y la ubicación de radares en carreteras, lo cual es legal en Francia. El 13 de noviembre de 2009, sin aviso previo y de forma repentina, Google puso fin a la capacidad de Navx para poder anunciarse en la plataforma de publicidad AdWords de Google, alegando que Navx había vulnerado la «política de contenidos» de Google, que aparentemente prohibía las páginas web que ofrecieran servicios destinados a evitar los controles de tráfico. Sin embargo, Google no prohibió a otros proveedores de servicios de GPS, incluyendo a los líderes del mercado en Francia, que ofrecieran sus servicios, de manera que se inició una discriminación ilegítima contra Navx.

El 30 de junio de 2010, la autoridad francesa en materia de competencia adoptó una decisión provisional en la que concluyó que el comportamiento de Google con respecto a Navx había sido opaco, discriminatorio y abusivo y que había dado lugar a una vulneración ilegítima de las normas de competencia de la UE. La falta de transparencia no solo fue injusta, sino que restringía la libertad comercial de Navx, privándola a ella y a otras de los medios para elegir el socio publicitario con el que desean trabajar. Además, la discriminación impidió a Navx poder emitir

²⁰<http://www.ejustice.fr/Pdf/1plusV%20-%20EN%20QandA%20-%2028%20June%202011.pdf>

anuncios en la plataforma de búsqueda dominante. Al mismo tiempo, la falta de transparencia, y aún más si cabe, la discriminación, privó a los consumidores de la posibilidad de elegir los servicios de GPS que utilizan. Se ordenó a Google que subsanara este comportamiento en un breve plazo.²¹

El 13 de julio de 2010, Google presentó una serie de medidas que se sometieron a un estudio de mercado y que posteriormente se modificaron para incluir las observaciones obtenidas en el mismo. El 4 de octubre de 2010, la autoridad francesa en materia de competencia aceptó los siguientes acuerdos vinculantes aplicables a los clientes de AdWords de Google que se anuncian en Francia:

- Google ofrecerá más información en relación con su política AdWords, en particular: especificando cómo se aplicará en Francia su política de control de tráfico para dispositivos de advertencia y bases de datos que indican la ubicación de radares; y definiendo el ámbito de aplicación de dicha política, por ejemplo, si se aplica al texto del anuncio, a las palabras clave o a la página web en sí vinculada al anuncio.
- Google notificará con tres meses de antelación y aplicará un sistema de notificación en relación con cualquier cambio que limite la política de AdWords relativa a los controles de tráfico en Francia. Este periodo puede evitarse en caso de que exista un riesgo grave e inmediato para los anunciantes, los usuarios de Google o la propia Google.
- Google estipulará las razones y circunstancias que pueden conducir a la suspensión de una cuenta de Adwords de control de tráfico en Francia, incluyendo un sistema de advertencia previa y final. Como se ha indicado antes, Google puede eludir este compromiso en caso de que existan riesgos graves e inmediatos.

Los acuerdos entraron en vigor el 1 de enero de 2011 y permanecerán vigentes hasta diciembre de 2013. La mayoría de participantes en el estudio de mercado, entre ellos la propia Navx, no quedaron satisfechos con estos acuerdos. Analizaremos lo anterior con más detalle en la Sección VI que sigue a continuación, aunque cabe indicar que Navx argumentó que los acuerdos deberían aportarle una compensación financiera, algo que la autoridad francesa en materia de competencia rechazó. Esto condujo a Navx a presentar una demanda de indemnización por daños y perjuicios ante el Tribunal Mercantil de París en octubre de 2010 por una suma de 7 millones de euros, alegando que Google había bloqueado su cuenta de AdWords.

Microsoft

En marzo de 2011, Microsoft interpuso ante la Comisión Europea una demanda más amplia que las indicadas hasta ahora. Dicha demanda se centra en la interoperabilidad y la publicidad, no solo en la manipulación de las búsquedas y el contenido. La demanda también plantea una importante pregunta: cómo crear un motor de búsqueda suficientemente competitivo.

Al responder a esta pregunta, Microsoft, igual que muchos de los participantes en el estudio de mercado de la Comisión sobre la decisión en *Microsoft/Yahoo! Search Business*, apunta a la necesidad de escala para poder competir de forma efectiva en el ámbito *online*. La escala de rentabilidad aumenta rápidamente cuando la plataforma de búsqueda es pequeña, pero a medida que el tamaño del motor de búsqueda aumenta, los ingresos que se pueden alcanzar adicionalmente disminuyen y se estabilizan. Ante este hecho, Google ha iniciado una serie de

²¹ <http://www.ejustice.fr/Pdf/1plusV%20-%20EN%20QandA%20-%2028%20June%202011.pdf>

prácticas de exclusión diseñadas para privar a sus competidores del tamaño necesario para competir de forma efectiva, aunque este pudiera aportar beneficios para la propia Google. A continuación, se indican algunos ejemplos de las medidas anti competencia que Google ha adoptado:

- Google ha restringido el acceso a contenido clave que se encuentra bajo su control, como vídeos (en particular, Youtube) y libros escaneados, manteniendo bloqueado este contenido. Esto ha dado lugar a que los motores de búsqueda de la competencia no puedan obtener resultados relevantes, ha aumentado los costes y ha puesto trabas a la capacidad de los mismos para ofrecer servicios competitivos, y al mismo tiempo, ha sacrificado de forma intencionada el tráfico con respecto a sus páginas web de libros y a Youtube. Google también ha bloqueado el nuevo teléfono Windows Phone de Microsoft, que compite con el Android de Google, para que no funcione bien con Youtube.
- Google ha establecido una red de acuerdos exclusivos a largo plazo de índole no económica con editores y distribuidores, que impiden contractualmente a páginas web líderes utilizar servicios de búsqueda y distribuir barras de herramientas de búsqueda de la competencia. Así se impide que los rivales puedan atraer a usuarios y se tiende a mantener cautivos a los usuarios de los servicios de Google.
- Google ha limitado contractualmente a los anunciantes el uso de datos de forma interoperable, disuadiéndolos de realizar campañas de publicidad en plataformas competidoras multi-distribución, conocidas como «*multi-homing*».
- Google manipula los resultados de búsqueda natural, discriminando a los potenciales competidores a través del encarecimiento del proceso de lograr una posición más destacada para sus anunciantes y para atraer usuarios.

Estas prácticas han garantizado a Google una posición dominante infranqueable, maximizando beneficios para privar a los motores de búsqueda de los competidores de una aportación esencial, limitando las opciones de los anunciantes y perjudicando la experiencia global del usuario final, lo que en última instancia provoca una disminución de la innovación.

D. Plataformas de sistemas operativos móviles

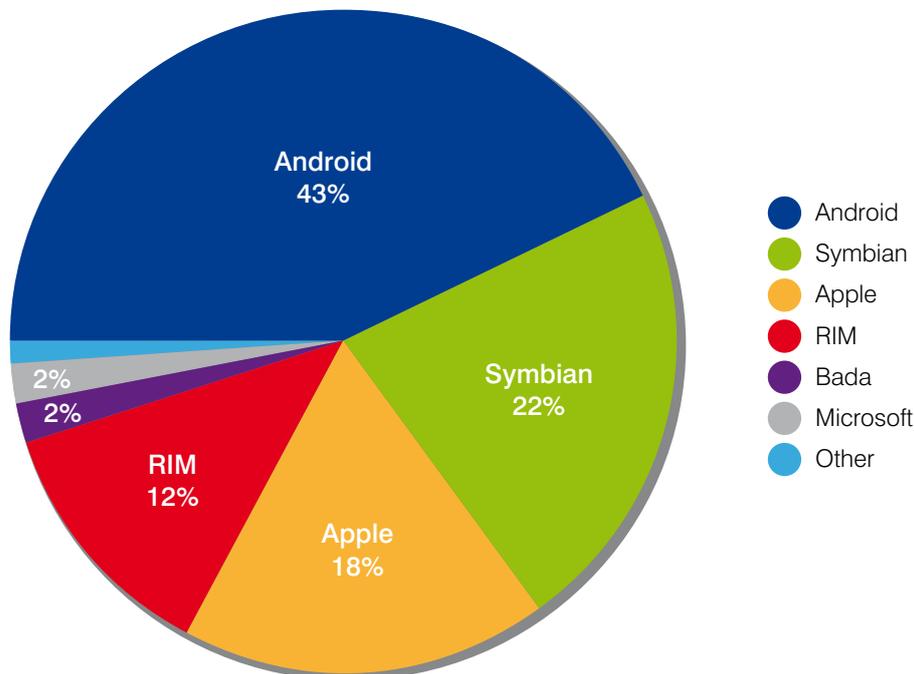
No cabe duda de que las plataformas de teléfonos móviles son el futuro, teniendo en cuenta el incremento en el número de búsquedas móviles y de anuncios. El futuro de Internet se encuentra en este ámbito: entre un 10 y un 15% aproximadamente del tráfico medio en EE.UU. se deriva de dispositivos móviles, con una previsión de alza de esta cifra.²² Por tanto, no sorprende que la actitud de Google haya sido la de intentar garantizar que ella (y solo ella) controle el avance de la plataforma de sistemas operativos móviles.

Como se ha comentado brevemente antes, en relación con la demanda de *Microsoft*, las prácticas contrarias a las normas de competencia de Google ya no se limitan a los medios más tradicionales, como a Internet en ordenadores, sino que ahora tiene una presencia más ubicua por su presencia en plataformas móviles.

Google ha desarrollado un sistema operativo móvil denominado «Android». Los sistemas operativos móviles controlan un móvil y realizan una función similar a la desempeñada por Windows, Mac OS X o Linux para ordenadores de sobremesa y portátiles. Desde el lanzamiento

²²<http://www.efrontier.com/research/whitepapers/mobile-search-scaling-fast-google-dominating> y <http://www.stateofsearch.com/the-growth-of-mobile-search-huge-in-numbers-not-in-ctr-research/>

de Android, la popularidad de este sistema se ha disparado, sobre todo entre los usuarios finales, y parece que esta tendencia continúa:



Fuente: Ventas mundiales de smartphones a usuarios finales por sistema operativo en el 2T11 según Gartner.²³

El éxito de los teléfonos Android de Google ha tenido, no obstante, un importante coste. Cuando Google lanzó Android, su objetivo declarado fue crear una «plataforma abierta» con la que operadores, fabricantes de equipamientos originales y desarrolladores podrían utilizar para materializar sus ideas innovadoras y garantizar que *«ningún actor del sector restringe ni controla las innovaciones de otros»*. Google sigue manifestando que el sistema operativo de su Android se gestiona siguiendo dichos principios de apertura a terceros. Con todo, y a pesar de las afirmaciones acerca de que su sistema operativo móvil Android es un «código abierto», Google ha bloqueado a través de módulos de código cerrado y confidencialidad, la mayoría de servicios y aplicaciones que son fundamentales para la experiencia de Android, incluyendo Google Search, Google Maps, YouTube, Google Voice y los Android.

Google ha denegado a sus rivales sistemáticamente la obtención del volumen de consultas de búsquedas e ingresos publicitarios necesarios para competir mediante la ejecución de una serie de contratos exclusivos de búsquedas en móviles con actores principales, empezando en primer lugar con Apple para su iPhone, ampliando posteriormente una red de contratos similares con operadoras móviles como Vodafone, France Telecom/Orange y Deutsche Telekom. Estos contratos exclusivos han posicionado a Google como el motor de búsqueda por defecto, no solo en los dispositivos de Android y Apple, sino también en una gama de otros dispositivos móviles distribuidos por estos operadores, como en RIM de Blackberry y en los teléfonos Nokia y Windows Phone 7.

En consecuencia, Google capta un 95% de las consultas en móviles, incluso en otros dispositivos móviles, *al margen* de Android y iPhone. Google ha podido concretar estos acuerdos ofreciendo

²³<http://www.gartner.com/it/page.jsp?id=1764714>. No cabe duda de que estos datos sobreestiman la prometedora influencia competitiva del avance de Symbian, ya que esta plataforma ya se desarrolla

una participación generosa en los ingresos publicitarios. Dichas participaciones se han podido ofrecer gracias a los beneficios monopolísticos que Google genera a través del monopolio logrado ilegalmente en búsquedas en ordenadores y publicidad de búsquedas.

Google también ha convencido a operadores móviles y fabricantes de dispositivos para que utilicen Android basándose en promesas falsas de transparencia y libertad, utilizando tácticas contrarias a las normas de competencia para impedir que negociaran con competidores. Al parecer, la investigación sobre Google de la Comisión de Comercio Federal de EE.UU. ha incluido preguntas sobre si Google impide que los fabricantes de *smartphones* que utilizan Android soliciten los servicios de competidores.²⁴ Uno de los principales ejemplos es el uso que hace Google de su «Programa de Compatibilidad de Android» (un ambiguo conjunto de requisitos que brinda a Google una amplia libertad para prohibir que fabricantes de dispositivos utilicen el nombre de Android o determinados servicios clave) para impedir que utilicen motores, servicios o tecnologías que compitan con Google.

La compatibilidad ha sido objeto de conflicto jurídico en Estados Unidos. En septiembre de 2010, *Skyhook Wireless Inc.* inició procedimientos paralelos contra Google: una acción en materia de patentes en el tribunal del distrito estadounidense de Massachusetts y un litigio de competencia desleal en el tribunal superior también de Massachusetts. Skyhook vende tecnología de localización a *smartphones*, utilizada para reconocer la ubicación de usuarios de dispositivos móviles en servicios de cartografía y otras aplicaciones. Su tecnología «XPS» utiliza la triangulación con direccionadores Wi-Fi para ayudar a los dispositivos que funcionan con GPS a definir mejor la ubicación de los usuarios, accediendo a una base de datos que contiene la información de los alrededores de unos 250 millones de puntos de acceso Wi-Fi.²⁵

El principal argumento de el caso de Skyhook es que Google intentó expulsar a Skyhook del mercado: «...en cuanto Google se dio cuenta de que su tecnología de localización no era competitiva, optó por otros medios para perjudicar a Skyhook y dañar e intentar acabar con su posición en el mercado».

En particular, Skyhook denunció que Google ejercía su control sobre Android y Google Maps, entre otros, para obligar a los fabricantes de dispositivos a utilizar su tecnología en detrimento de la de Skyhook. Google recopila cantidades ingentes de información gracias a las búsquedas y a Gmail, así como de otras aplicaciones y, según Skyhook, Google se dio cuenta del inmenso valor de la información de ubicación. Por tanto, para alcanzar a Skyhook, comenzó a ofrecer Google Locations de forma gratuita, con el objetivo de monetizar sus ingresos publicitarios.²⁶

Skyhook también alegó en su demanda que Google había obligado a los fabricantes de dispositivos a rescindir sus obligaciones contractuales, en particular, mediante la resolución de los contratos de Skyhook con Motorola y Samsung (fabricantes de teléfonos móviles que utilizan los sistemas operativos Android de Google). Google convenció a Motorola y Samsung para que no ofrecieran dispositivos Android con XPS y, en su lugar, les obligó a utilizar el servicio de Google, aunque muchos consideraran superior la tecnología de Skyhook. Skyhook alega que, como Google no podía evitar que los fabricantes de equipamientos originales utilizaran XPS, se inventó la cuestión de la «compatibilidad».

²⁴*Wall Street Journal*, «FTC Sharpens Google Probe», 11 de agosto de 2011

²⁵Consulte *Law 360*, «Skyhook sues Google over cell phone GPS technology», 16 de septiembre de 2010

²⁶Resulta interesante indicar que esto se produjo teniendo como telón de fondo el inicio del escándalo de Spy-Fi de Google, donde Google utilizó sus coches de Street View para recopilar datos de redes inalámbricas. Consulte: http://news.cnet.com/8301-30684_3-20007277-265.html

En un correo electrónico descubierto recientemente, un director de Google admitió que Google utiliza la compatibilidad como un «club» para hacer que los fabricantes de teléfonos «hagan lo que ésta desea» y como una excusa para denegar la autorización a aplicaciones de terceros, incluso cuando Google «no tiene un argumento claro para afirmar que [las aplicaciones] vulneren el modelo de seguridad de Android». En otro correo electrónico, otro directivo de Google describió lo «horrible» que sería para Google si el uso de Skyhook por parte de Motorola y Samsung desviara la atención de otras empresas hacia Skyhook:

«Acabaría con nuestra capacidad para seguir recopilando datos para mantener y mejorar nuestra base de datos de ubicaciones».

Los intentos de Google para que el caso se desestimara, a la luz de estas pruebas, no han convencido por el momento a los tribunales estadounidenses. Tal como reconoció la jueza Judith Fabricant, al desestimar la solicitud de juicio sumario de Google, el caso de Skyhook tiene viabilidad como cuestión de derecho a la vista de las circunstancias.²⁷

Google no sólo se ha escudado en el término «compatibilidad» para obligar a los competidores del mercado, sino que ha utilizado este concepto para negar a los mismos el acceso a la información de interoperabilidad que necesitan para ofrecer un acceso móvil atractivo al contenido *online* clave. El acceso de alta calidad al contenido de Youtube marca una diferencia competitiva esencial entre las plataformas móviles. YouTube es con diferencia la página líder de vídeos *online*, con una media de más de 540 millones de visitantes diferentes al mes. El número de visualizaciones de vídeos de YouTube que se transmiten de forma continua a dispositivos móviles aumentó en un 160 por ciento en 2009. Además, a mediados de 2010, YouTube contaba con 100 millones de visualizaciones diarias en móviles. La negativa continua de Google de revelar la información de interoperabilidad de YouTube ha DOJado a los teléfonos de Windows en una desventaja competitiva fundamental con respecto a los teléfonos Android y al iPhone de Apple, que utilizan Google como su motor de búsqueda por defecto.

A través de estas y otras prácticas contrarias a las normas de competencia, Google ha extendido su monopolio en búsquedas y publicidad de búsquedas al uso de Internet en móviles.

E. Derechos de Propiedad Intelectual – Acuerdo de Google Books

Como se ha indicado anteriormente, Google muestra un ávido interés por la información y los datos. El acuerdo de Google Books es un ejemplo del intento de Google de acceder a una fuente relativamente inexplorada y dominarla: los libros. Aunque no se trate de una demanda formal en materia de derecho de competencia, el acuerdo propuesto de Google Books también ha suscitado importantes preocupaciones en torno a la competencia, que siguen existiendo y que todavía están por resolver.

La intención original de Google era digitalizar los libros para utilizar fragmentos e información bibliográfica de los mismos. En 2004 anunció que había formalizado contratos con algunas bibliotecas importantes para digitalizar libros y otros documentos, y así constituir el denominado «Proyecto de Biblioteca Google Books» una ampliación de su iniciativa Google Print.²⁸ A tal efecto, cabe recordar que, aunque las bibliotecas pueden almacenar y poner a disposición del público los libros, normalmente no son las titulares de los derechos de autor de dichos libros. En el

²⁷Consulte American Lawyer.com, «Google Loses Bid to Dismiss Skyhook Antitrust Claims», David Bario, 11 de mayo de 2011

²⁸http://www.google.com/press/pressrel/print_library.html y <http://googleblog.blogspot.com/2004/12/all-booked-up.html>

lanzamiento del proyecto, Google comenzó a escanear dichos documentos y se estima que en este momento cuenta con más de quince millones de libros en sus bases de datos.

En 2005, Google comenzó a enfrentarse en EE.UU. a opiniones en contra de este proyecto a través de un litigio iniciado por una serie de autores y editores. Los demandantes acusaban a Google de infracción de derechos de autor, dado que no se había obtenido ningún permiso de derechos de autor para escanear y mostrar fragmentos de los millones de libros que todavía estaban sujetos a derechos de autor. En consecuencia, reclamaban una indemnización por daños y perjuicios y un desagravio por mandato judicial.

En 2006, las partes comenzaron las negociaciones del acuerdo. En virtud de los reglamentos estadounidenses, la conciliación de una acción colectiva requiere la aprobación de un tribunal, que debe dictaminar que el acuerdo es «justo, adecuado y razonable y no un producto de colusión». Lo que suscitó la inquietud fue que el borrador del acuerdo de la conciliación propuesta superó de forma considerable los objetivos de la acción colectiva y, en realidad, magnificó las cuestiones de derechos de autor y derecho de competencia que en un primer lugar fueron el objeto de las demandas.

De hecho, el objetivo del acuerdo era devolver a su dueño los derechos de autor ya que, en virtud de las normas habituales de derechos de autor, es necesario obtener previamente el consentimiento. Según los términos del acuerdo de conciliación, se estableció una distinción entre los «libros disponibles a la venta», con elementos que Google no podría mostrar y los «libros no disponibles a la venta», con elementos que Google podría mostrar. Entre los elementos que no se pueden mostrar se podrían incluir, por ejemplo, en virtud de los términos del acuerdo, listas algorítmicas de términos clave, visualización de información bibliográfica y elementos de investigación, mientras que los elementos que se pueden mostrar permitirían a Google mostrar (entre otras cosas) fragmentos de índices e incluso contenido real de la obra.

Google redujo de forma eficaz la cuestión de determinar si un libro estaba disponible a la venta a si dicho libro se encontraba «*en catálogo*» o «*descatalogado*». Esto significaba que Google podría escanear todas las obras con elementos que no se pueden mostrar y las obras descatalogadas para mostrarlas. La única protección disponible para el titular de los derechos sería solicitar la retirada de su obra de la base de datos de forma inmediata o indicar a Google que su libro solo se podría utilizar si no se muestra.²⁹ El resultado de todo esto fue que, a diferencia de lo que ocurre con las leyes habituales de derechos de autor, no se exigió a Google que solicitara permiso para utilizar una obra y existían muy pocos medios al alcance de los titulares de los derechos para proteger sus intereses.

Esto planteó otras cuestiones específicas en el caso de las obras *huérfanas* (a saber, obras que se encuentran dentro del ámbito de los derechos de autor, pero cuyos titulares no pueden ser identificados o localizados). En EE.UU., los procedimientos legales para las acciones colectivas exigen que la notificación que describe al colectivo se divulgue a los miembros del mismo. En consecuencia, la notificación del acuerdo entre las partes no podía proteger lo más mínimo a los titulares de obras huérfanas, que no tendrían conocimiento de sus derechos.³⁰

Más de cuatrocientas personas presentaron impugnaciones y declaraciones de interés en torno a la conciliación propuesta al Tribunal. Entre éstas se incluían no solo civiles (como autores y

²⁹Acuerdo de Conciliación, gremio de autores contra Google, Inc., caso 05 CIV 8136 ECF, con fecha de 28 de octubre de 2008

³⁰Op. Cit.

editores), rivales de Google en el ámbito *online* (como Yahoo! y Amazon) y asociaciones del sector privado (como Open Book Alliance), sino también el Departamento de Justicia de los Estados Unidos (DOJ) y los gobiernos francés y alemán. Por ejemplo, la República Francesa argumentó que el acuerdo se opondría a la ley francesa de derechos de autor, las directivas de la Unión Europea y el Tratado Internacional de Derechos de Autor.³¹ Con todo, fue la petición del Departamento de Justicia de Estados Unidos la que suscitó el mayor interés y provocó el mayor impacto, al tener un efecto sorprendentemente implacable.

La declaración de interés del DOJ en el acuerdo propuesto establecía que el punto preliminar que la conciliación buscaba para resolver «cuestión [es] de interés público, no solo privado» que son «*por lo general, el tipo de cambio político que se aplica a través de la legislación, no sólo a través de una conciliación judicial privada*».³² Además, el DOJ concluyó que el acuerdo propuesto planteaba, como mínimo, dos cuestiones de competencia «*graves*».

En primer lugar, el acuerdo «*conferiría a Google derechos exclusivos de facto para la distribución digital de obras huérfanas*» y «*crearía una peligrosa probabilidad de que Google pudiera comercializar en solitario [...] una exhaustiva suscripción de libros digitales*». Esto «*es precisamente el tipo de efecto competitivo para el que se ha concebido la Ley Sherman (ley estadounidense de defensa de la competencia)*».

En segundo lugar, el acuerdo parecía limitar la competencia de precios mediante: (1) la creación de una fórmula de reparto de ingresos en todo el sector a escala mayorista aplicable a todas las obras; (2) el establecimiento de precios predefinidos y la prohibición de descuentos a escala minorista; y (3) el establecimiento de un control sobre los precios de obras huérfanas con editores y autores cuyos libros podrían competir con dichas obras huérfanas.

El DOJ también indicó que el acuerdo «*revestía una similitud incómodamente cercana al tipo de acuerdos horizontales que se consideran por antonomasia vulneraciones per se*».

Debido al gran número de impugnaciones, las partes acordaron modificar el acuerdo y el segundo borrador recibió una primera aprobación en noviembre de 2009. Este nuevo borrador limitaba el acuerdo a los libros en idioma inglés, a saber, aquellos sujetos a la legislación estadounidense en materia de derechos de autor, los libros registrados en la oficina estadounidense de derechos de autor o los libros publicados en Canadá, el Reino Unido o Australia. También estableció un fiduciario de obras no reclamadas para representar los derechos de obras huérfanas, además del Registro establecido en virtud del primer acuerdo de conciliación para proteger a los titulares de derechos en general. Dicho borrador precedió a una audiencia de imparcialidad en febrero de 2011.

Tras la revisión del acuerdo de conciliación modificado, el DOJ presentó una declaración de interés adicional.³³ Aunque reconoció que se habían realizado mejoras en el mismo, sostuvo que todavía estaban por resolver las principales cuestiones. En particular, el DOJ planteó cuestiones sobre derecho de competencia similares a las expuestas en su primera declaración de interés. Una de las cuestiones más apremiantes para era que la conciliación modificada no había podido abordar el hecho de que ninguna otra entidad pudiera obtener unos derechos similares a los de

³¹Exposición de derecho en oposición a la propuesta de conciliación en nombre de la República Francesa y el gremio de autores contra Google, Inc., 05 CIV 8136 ECF

³²Declaración de interés de EE.UU., gremio de autores contra Google, Inc., caso 05 CIV 8136 ECF, con fecha de 18 de septiembre de 2009

³³Declaración de interés de Estados Unidos, gremio de autores contra Google, Inc., caso 05 CIV 8136 ECF, con fecha de 04.02.10

Google en el mercado, de manera que su peso en el mercado pasara a ser incuestionable. El DOJ reconoció que Google ya ocupaba una posición dominante en las búsquedas de Internet y en la publicidad de búsquedas en Internet y que *«dicho dominio podría seguir afianzándose mediante el acceso exclusivo [de Google] al contenido a través de ASA»*; un contenido que el DOJ creía que solo podía descubrirse a través de un único motor de búsqueda (Google), que consideraba blindado ante la competencia. El DOJ también declaró que dicho resultado *«no se consiguió a través de un avance tecnológico en investigación o de un funcionamiento normal de las fuerzas del mercado»*, sino como *«el resultado directo de escanear millones de libros sin el consentimiento de los titulares de los derechos de autor»*.

En lo que respecta a los términos de conciliación propiamente dichos, el DOJ distinguió entre las disposiciones relativas a *«las alegaciones específicas de infracción»*, a saber, la anterior conducta de copiar y mostrar pequeños fragmentos de obras, y las disposiciones que eran prospectivas. Dichas disposiciones prospectivas permitirían a Google *«llevar a cabo una explotación indefinida de las obras de todas aquellas personas que no se excluyeran de dichas explotaciones»*. Esta cuestión fue la que más influyó en la decisión del juez Deny Chin, en virtud de la cual se rechazó el acuerdo de conciliación modificado.

El 22 de marzo de 2011, el juez neoyorquino Denni Chin dictó una sentencia en virtud de la cual el acuerdo de conciliación no podía *«sobrevivir tal cual»*.³⁴ En su sentencia, el juez Chin decía que *«[el acuerdo de conciliación] sencillamente iría demasiado lejos»* ya que invertía la carga de la prueba, de manera que esta se trasladaba a los titulares de los derechos de autor, que debían presentarse para proteger sus derechos, en oposición a que Google solicitara el permiso para utilizar sus obras.

Sin embargo, cabe destacar que las principales preocupaciones del juez Chin giraron en torno al hecho de que el acuerdo reforzaría la posición dominante de Google en el mercado de las búsquedas. Según el juez Chin, el acuerdo permitiría a Google *«el monopolio de facto sobre [al menos] las obras no reclamadas»*, afianzando el peso en el mercado de búsquedas de Google. Tras haber finalizado su ejercicio de escaneo, Google podría excluir a otras bases de datos competidoras que no incluyen obras huérfanas y que, en consecuencia, son más incompletas. El acuerdo, en caso de haber sido aprobado, habría otorgado a Google un *«derecho que nadie en el mundo tiene [tendría]»* al permitirle utilizar obras no reclamadas. Debido a que cualquier otra entidad que deseara utilizar dichos documentos tendría que haber pasado por un proceso *«meticuloso»* y *«costoso»*, según lo denominó el juez, para obtener el permiso, y a que no sería probable que se pudieran obtener derechos de obras huérfanas, puesto que no se puede localizar a los titulares, el juez Chin consideró que el sistema de exclusión habría brindado a Google la posibilidad de conceder licencias de la base de datos más completa, algo que habría reforzado su dominio.

Finalmente, el juez Chin apuntó que existía una diferencia entre el arreglo de acuerdo modificado y el acuerdo en otras acciones colectivas. El hecho de no poder escuchar a los miembros del colectivo, implica que estos simplemente presentan *«demandas»* por daños y perjuicios en relación a reclamaciones anteriores. En cambio, en el caso del acuerdo modificado, si un titular de un derecho no se excluye, no sólo renuncia a las demandas de una conducta pasada, sino también a las de una conducta futura. Por esta razón, el juez Chin recomendó que las partes cambiaran el acuerdo para que pasara de una conciliación de exclusión a una conciliación de

³⁴Gremio de autores contra Google, inc., 770 F. Sup. 2d 666 (S.D.N.Y. 2011)

inclusión. En la actualidad, la tercera versión del acuerdo se encuentra en proceso de negociación y Google y los demandantes han indicado que presentarán una oferta de conciliación revisada para su presentación al tribunal.

Aunque esta decisión representó claramente un gran resultado para los autores, entre otros titulares de derechos y el resto de organizaciones que pretenden establecer bibliotecas *online* sigue existiendo preocupación debido a que Google continúa escaneando obras y añadiéndolas a su base de datos de forma totalmente impune. De hecho, recientemente, en junio de este año, Google firmó un acuerdo con la British Library para publicar *online* 250.000 libros.³⁵

De forma aún más reciente, en agosto de este año, Google firmó un contrato con el mayor editor de Francia, Hachette Livre. En virtud de dicho contrato, decenas de miles de libros en francés se podrán encontrar en formato digital, a través de la propuesta de tienda de eBooks de Google, Google Editions. La ventaja de este contrato es que, a diferencia del acuerdo modificado (según el cual Google podría digitalizar cualquier obra descatalogada), en virtud de dicho contrato, Hachette tendría el control sobre los libros que Google puede escanear y vender. Sin embargo, este contrato suscita gran inquietud en el sector de la edición y en otros sectores, ya que permite que Google tenga acceso a aproximadamente una cuarta parte de los libros publicados en Francia.³⁶

Google combina su producto Google Books Search con su proyecto Búsqueda Universal, para garantizar que sus servicios en cuanto a libros superan los de sus competidores. Google también puede utilizar dichos libros para mejorar su servicio de traducción, que también es clasificado de forma preferente con respecto a los servicios de la competencia. Asimismo, utiliza asociaciones de palabras en los libros escaneados para mejorar sus algoritmos de búsqueda y fragmentos de libros para responder a consultas de búsqueda.

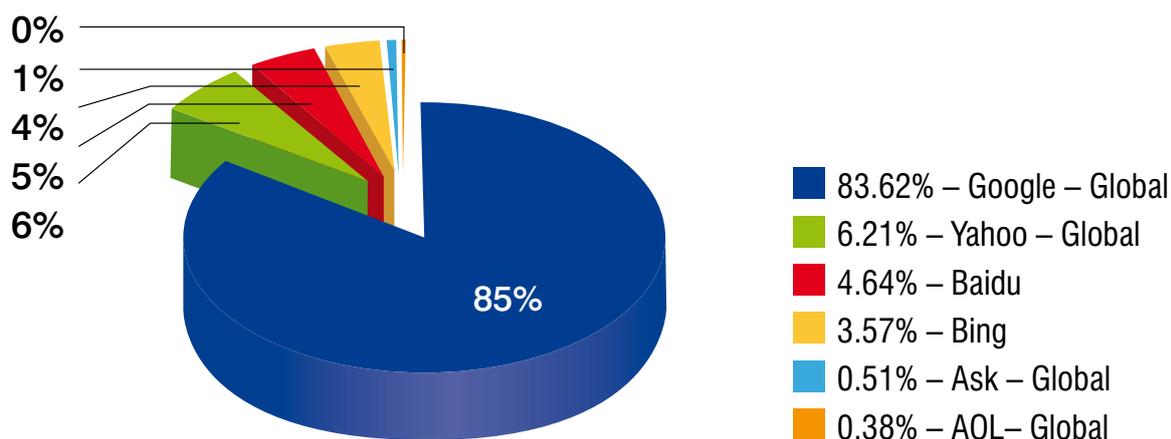
Al permitir que su búsqueda sea más exhaustiva que la de sus competidores, Google puede aumentar en escala, en detrimento de los competidores, que actúan de forma legal y respetan los derechos de autor, por lo que no pueden acceder a una ingente cantidad de información de la manera en que Google lo hace y, de este modo, tampoco pueden desarrollar productos ni servicios *online*. A su vez, esto da lugar a que cada vez menos usuarios realicen búsquedas en las plataformas competidoras, lo que las hace menos atractivas para los anunciantes. La conciliación de Google Books Search, al igual que muchos otros proyectos de Google, no sólo afecta al mercado de búsqueda, sino a todo el ecosistema *online*.

4. Dominio creciente y estrategia de adquisición

Google ha dominado durante mucho tiempo en los ámbitos de búsquedas y publicidad de búsquedas y su cuota de mercado ha crecido de forma significativa en publicidad gráfica, sobre todo tras adquirir DoubleClick en 2008. Según unos datos estadísticos recientes publicados en junio de 2011, Google posee un 83,62% de todas las búsquedas a escala mundial. A escala europea, el panorama es aún más sombrío, ya que Google presenta la mayoría de las veces cuotas de mercado que superan el 90% de los mercados nacionales.

³⁵<http://www.telegraph.co.uk/technology/google/8586824/Google-and-the-British-Library-seek-relevance-together.html>

³⁶<http://www.nytimes.com/2011/08/08/technology/internet/after-much-ado-a-google-book-deal-in-france.html>



Fuente: NetMarketShares, junio de 2011

Además de estas cuotas tan altas en los mercados de búsquedas y publicidad de búsquedas, Google ha adquirido, desde 2001, 103 empresas, de las cuales 30 han sido adquiridas en los últimos doce meses, hasta agosto de 2011.³⁷ Google ha seguido una estrategia de compra agresiva durante años, adquiriendo toda una gama de empresas innovadoras y prometedoras, que no solo participan en las búsquedas *online* y la publicidad de búsquedas, sino que también lo hacen, por ejemplo, en la intermediación *online*, la tecnología *online* de publicidad gráfica; la distribución de búsquedas en Internet, la publicidad en móviles y la búsqueda vertical de comparación de precios (en particular, para los servicios financieros y vuelos). Estas transacciones han permitido a Google afianzar sus cuotas de mercado en búsquedas y publicidad de búsquedas, y también forman parte de una mayor estrategia para adquirir un dominio sobre búsquedas verticales clave y otros segmentos importantes de publicidad *online* que permita a Google controlar los mercados *online* de forma ascendente y descendente.

DoubleClick

Una de las primeras fusiones dignas de mención que realmente fortaleció la posición de mercado de Google fue la adquisición de DoubleClick en 2008.³⁸ En abril de 2007, Google anunció que adquiriría DoubleClick por 3.100 millones de dólares en efectivo. DoubleClick desarrolla y presta servicios de difusión de publicidad en Internet a agencias, publicistas y editores que, a su vez, los difunden a clientes. También vende tecnología de gestión e información a escala mundial a editores de páginas web, anunciantes y agencias de publicidad, además de servicios complementarios.³⁹ Tanto la Comisión de Comercio Federal de EE.UU. (FTC, según sus siglas en inglés) como la Comisión Europea realizaron una detallada revisión de la fusión. El estudio de mercado de la Comisión Europea definió una serie de mercados clave. En primer lugar, la Comisión llegó a la conclusión de que no existe ningún mercado único de publicidad y de que debe distinguirse entre la publicidad *online* y *off-line*.

En el «mercado de publicidad *online*», la Comisión observó que los anuncios de texto podrían clasificarse en anuncios en motores de búsqueda o fuera de motores de búsqueda, mientras que los anuncios gráficos eran de forma prácticamente exclusiva anuncios fuera de motores de búsqueda. A la luz de esta distinción, la Comisión se planteó (aunque DOJó la cuestión abierta) si

³⁷http://en.wikipedia.org/wiki/List_of_acquisitions_by_Google

³⁸Nº de caso COMP/M.4731 – Google/ DoubleClick, 11 de marzo de 2008

³⁹<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/426> y <http://www.ftc.gov/opa/2007/12/googledc.shtml>

el mercado podría dividirse de nuevo en *publicidad en motores de búsqueda o fuera de motores de búsqueda*. Ante este panorama, se destacó que desde la perspectiva del anunciante, los anuncios dentro o fuera de motores de búsqueda presentan diferentes efectos y sirven para diferentes fines: los anuncios en motores de búsqueda son específicos y se basan en el interés mostrado por el usuario, mientras que los anuncios fuera de motores de búsqueda se basan en una definición menos precisa, por ejemplo, el contexto de la página web. La Comisión también llegó a la conclusión de que la publicidad *online* y cualesquiera mercados más pequeños, definidos según la diferenciación entre los tipos de anuncios dentro o fuera de motores de búsqueda, deberían dividirse junto a las *fronteras nacionales o lingüísticas dentro del Espacio Económico Europeo (EEE)*.

La FTC también adoptó un enfoque similar para la definición del mercado, llegando a la conclusión de que no podía existir un mercado para «toda la publicidad *online*», incluyendo la publicidad de búsquedas, los anuncios vendidos a través de intermediarios y el inventario publicitario vendido directamente, ya que los anunciantes adquirirían diferentes tipos de inventarios publicitarios para diferentes fines y un tipo no limitaba de forma significativa el precio de otro.⁴⁰

La Comisión también consideró que no existía «mercado para la intermediación *online*», distinguiendo entre las ventas directas y las ventas a través de intermediario por parte de editores de espacios web a anunciantes. Con todo, DOJ abrió la cuestión de si este se podría volver a subdividir en *publicidad en motores de búsqueda o fuera de motores de búsqueda*. En términos de mercado geográfico, la definición para intermediación fue, como mínimo, a escala del EEE. La decisión de la FTC adoptó el mismo enfoque, llegando a la conclusión de que existía un mercado importante en materia de derecho de competencia *para la intermediación de publicidad*.⁴¹

El mercado final que la Comisión definió en su decisión *Google/DoubleClick* fue el de «suministro de tecnología de difusión de publicidad gráfica *online*». La tecnología de difusión publicitaria es la herramienta utilizada una vez que el espacio publicitario se ha vendido para garantizar que en el espacio de la página web del editor aparece (es decir, se difunde) el anuncio apropiado, en el lugar y momento adecuados. La Comisión llegó a la conclusión de que el estudio de mercado había confirmado un mercado independiente para la prestación de difusión publicitaria de publicidad gráfica y de que dicho mercado podía volver a dividirse según la prestación de dichos servicios se dirigiera a anunciantes o editores. La Comisión concluyó que, en lo que respecta a la definición del mercado geográfico, el suministro de tecnología de difusión publicitaria *online* se producía, como mínimo, a escala del EEE.

El acuerdo suscitó muchas preocupaciones en Europa y EE.UU. en lo que respecta a la competencia, centrándose en la capacidad futura de Google para eliminar la competencia, y abarcando cuestiones de privacidad. A escala europea, las preocupaciones se centraban, en particular, en los términos de exclusividad en determinados contratos publicitarios de Google, así como en los temores de que DoubleClick contara en su haber con una colección única de información que, al añadirse a la información de los clientes de Google, creara una barrera de acceso.

Tras su estudio de mercado inicial, la Comisión indicó que la fusión propuesta planteaba cuestiones de competencia en los mercados de intermediación y difusión de anuncios en la publicidad *online*. A continuación, se embarcó en una revisión más profunda, en particular, en

⁴⁰<http://www.ftc.gov/os/caselist/0710170/071220statement.pdf>

⁴¹Ibidem

relación a sí con el tiempo DoubleClick se habría convertido en un «eficaz competidor de Google», y si al crear una empresa con acceso a todas las partes del proceso publicitario online (espacio publicitario online, servicios de intermediación y tecnología de difusión de anuncios), el acuerdo podría tener consecuencias contrarias a las normas de competencia para los rivales y un impacto negativo sobre los consumidores. En virtud del exhaustivo estudio de mercado de la Comisión, esta última autorizó la fusión en marzo de 2008, concluyendo que:

- Google y DoubleClick no ejercían en aquel momento limitaciones competitivas importantes en las actividades de la otra y, en consecuencia, no podían considerarse competidoras en aquel momento.
- No se podrían iniciar estrategias destinadas a marginar a los competidores de Google, debido sobre todo a la presencia de alternativas viables de difusión de anuncios por las que los clientes podrían inclinarse.⁴²

La FTC aprobó la adquisición a través de una votación de 4 a 1 por motivos análogos, concluyendo que en otros mercados de difusión publicitaria, la competencia entre las empresas era enérgica y probablemente aumentaría. La FTC también concluyó que la entrada de Google, incluso en caso de tener éxito, no tendría probablemente un impacto significativo en la competencia.⁴³

Al parecer, a pesar de que las autoridades reguladoras justificaron su razonamiento para aprobar la fusión, otros participantes del mercado mostraron cierto desasosiego que quedó justificado, debido sobre todo a que en la actualidad resulta evidente que Google ha acabado embarcándose en una estrategia de marginación de sus competidores y que, a pesar de la presencia de otros pequeños actores en el mercado, las alternativas viables a Google para consumidores y anunciantes siguen siendo limitadas y probablemente no limitarán de forma significativa a Google en el futuro, ya que Google bloquea importantes datos a los competidores.

Yahoo! Inc.

Tras la adquisición de DoubleClick por parte de Google, en 2008 la compañía movió ficha para formalizar un contrato de publicidad con Yahoo! Inc., al objeto de evitar una alianza entre Microsoft y Yahoo! El acuerdo fue examinado con lupa por la sección encargada de la defensa de la competencia del Departamento de Justicia de Estados Unidos (DOJ). El acuerdo propuesto garantizaría a Yahoo! la opción de utilizar Google para vender anuncios para su colocación en las páginas de resultados de búsqueda de Yahoo! y otras páginas web de distribución específicas asociadas en lugar de los anuncios vendidos a través de la plataforma de publicidad de búsquedas de Yahoo! que le hacía la competencia. Los resultados de la investigación del DOJ revelaron que *la publicidad de búsquedas en Internet y la distribución de búsquedas de Internet* eran los mercados de derecho de competencia relevantes en los que Google contaba con cuotas superiores al 70%, siendo Yahoo! su competidor más importante. El DOJ indicó a las partes que bloquearía el acuerdo si intentaban llevarlo a cabo, ya que este habría reducido de forma considerable los incentivos de Yahoo! para invertir en áreas de su actividad de publicidad de búsquedas.⁴⁴

En cambio, tanto el DOJ como la Comisión aprobaron un contrato de licencia entre *Yahoo! Search Business* y Microsoft en 2010.⁴⁵ El acuerdo se anunció por vez primera en julio de 2009.

⁴²http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=2_M_4731

⁴³<http://www.ftc.gov/opa/2007/12/googledc.shtm>

⁴⁴<http://www.justice.gov/opa/pr/2008/November/08-at-981.html>

⁴⁵Nº de caso COMP/M.5727 – *Microsoft/Yahoo! Search Business*, 18 de febrero de 2010. Véase también http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/2010/255377.htm, 18 de febrero de 2010

El objetivo de la alianza era permitir que la página web de Yahoo! utilizara el motor de búsqueda Bing de Microsoft, de manera que las dos empresas compartieran los ingresos generados.⁴⁶ La parte de la actividad comercial de Yahoo! sujeta a la transacción fue su actividad comercial de búsquedas, que abarcaba sus actividades de publicidad de búsquedas *online* y búsquedas de Internet, incluyendo su plataforma de publicidad de búsquedas *online*, Panama.

Al valorar los mercados pertinentes, la Comisión confirmó algunos de los mercados que previamente había definido en su decisión sobre *Google/DoubleClick*, como el de publicidad online e intermediación. Luego siguió valorando otros mercados:

- **Búsqueda en Internet:** La Comisión consideró, aunque DOJó la cuestión abierta, un mercado potencial para búsquedas en Internet. Distinguió entre la búsqueda vertical en Internet y la búsqueda general en Internet, ya que la primera se centra en segmentos específicos. A diferencia de la búsqueda general de Internet, los motores de búsqueda vertical utilizan una «araña» que indexa únicamente páginas web que son relevantes para temas predefinidos. La Comisión detectó que Google está activa tanto en búsquedas en Internet como en búsquedas verticales.
- **Publicidad de búsquedas en móviles:** La Comisión también aprovechó la oportunidad para valorar un mercado potencial para publicidad en móviles. Los anuncios de búsqueda en móviles suelen ser cortos y basarse en textos en los que las personas que realizan búsquedas en móviles pueden hacer clic para llegar a la página de destino del anunciante o llamar al anunciante directamente desde su teléfono móvil.
- **Contratos de distribución sobre puntos de entrada:** La Comisión también percibió que los motores de búsqueda en Internet, como Google, funcionan con una plataforma bilateral que presta su servicio a los usuarios de forma gratuita y a los anunciantes a cambio de una remuneración. Según la Comisión, para lograr su objetivo, un operador de motor de búsqueda intentará atraer a la mayor cantidad posible de participantes en ambos lados de la plataforma. Para ello, los motores de búsqueda intentan captar clientes a través de varios canales de distribución en ambos lados de la plataforma, a través de puntos de entrada. La Comisión valoró un posible mercado importante para los contratos de distribución en puntos de entrada, aunque en última instancia, DOJó la cuestión abierta.

Tanto el DOJ como la Comisión aprobaron el acuerdo alegando que sus investigaciones habían revelado que los participantes en el mercado no preveían ningún efecto negativo en la competencia ni en sus actividades comerciales. El estudio de mercado de la Comisión concluyó que Google ocupaba una posición claramente dominante con cuotas en 2009 de entre el 90 y 100 por ciento en la mayoría de los mercados nacionales de la UE para búsquedas y publicidad de búsquedas. En cambio, la Comisión concluyó que Microsoft y Yahoo! presentaban entre ambas cuotas inferiores al 5-10 por ciento. De hecho, llegó a la conclusión de que algunos negocios esperaban que se produjera el contrato para que aumentara realmente la competencia en búsquedas de Internet y publicidad de búsquedas, a través de la concesión a Microsoft de la escala necesaria para convertirse en un competidor de la talla de Google. La decisión del DOJ no se limitó a reconocer que es necesario conceder cierta escala a un motor de búsqueda para que sea competitivo, sino que en realidad intentó describir los efectos de redes intrínsecos a las plataformas de búsquedas y publicidad de búsquedas:

⁴⁶<http://news.bbc.co.uk/2/hi/business/8522606.stm>

«El sector de las búsquedas y la publicidad de búsquedas pagadas se caracteriza por la poca habitual relación entre la dimensión y el rendimiento competitivo. La transacción mejorará el rendimiento competitivo de Microsoft porque le permitirá tener acceso a un conjunto de consultas más amplio, que debería acelerar el aprendizaje automatizado de los algoritmos de búsquedas y búsquedas pagadas de Microsoft, así como mejorar la capacidad de Microsoft para ofrecer unos resultados de búsquedas más relevantes y listas de búsquedas pagadas, en particular con respecto a consultas poco comunes o poco frecuentes. El mayor número de consultas recibidas por la operación combinada ofrecerá además a Microsoft un conjunto de datos mucho mayor del que posee en la actualidad o pudiera obtener sin esta transacción. Este conjunto mayor de datos puede favorecer consultas más eficaces y, de este modo, una innovación más rápida de nuevos productos potenciales relacionados con búsquedas, cambios en la presentación de resultados de búsquedas y listas de búsquedas pagadas, otros cambios en la interfaz de usuario y cambios en los algoritmos de búsquedas o búsquedas pagadas. Este rendimiento mejorado, en caso de alcanzarse, debería ejercer a su vez una mayor presión competitiva en el mercado».⁴⁷

AdMob

La siguiente en la lista de adquisiciones de Google fue *AdMob*, una plataforma de publicidad en móviles y una de las principales competidoras de Google. Google anunció en noviembre de 2009 que adquiriría *AdMob* por 750 millones de dólares. El acuerdo se enfrentó al meticuloso escrutinio de la FTC y las pruebas obtenidas de la investigación de FTC revelaron que cada una de las partes de la fusión veía a la otra como su principal competidor en *el mercado de redes publicitarias en móviles*, y que cada una de las empresas tomaba decisiones comerciales en respuesta directa a la otra. El acuerdo también se enfrentó a una gran oposición: se objetaba que el acuerdo reduciría la competencia en el mercado de publicidad de teléfonos móviles. Entre los opositores se incluían, entre otros, grupos de consumidores, que argumentaban que los consumidores se enfrentarían a unos precios más altos, a menos innovación y a menor abanico de elección como resultado de la fusión.

A pesar de todo, la FTC aprobó de forma unánime la fusión en mayo de 2010, concluyendo que la compra no reduciría la competencia en el incipiente *mercado de publicidad en móviles*. Un elemento esencial de la decisión fueron los recientes avances en el mercado durante el transcurso de la investigación, en particular, la adquisición de Quattro por parte de Apple y su consiguiente presentación de *iAd*, lo que significaba, según la FTC, que existiría una red móvil competidora.⁴⁸ Sin embargo, la FTC apuntó que «seguiría controlando el mercado para garantizar un entorno competitivo y proteger los intereses de los consumidores».⁴⁹ Por desgracia, a pesar de estas promesas de supervisión, Google ya se ha garantizado más del 95% del mercado de búsquedas en móviles. En definitiva, lo que Google vislumbraba como una amenaza ha terminado convirtiéndose en otro de sus monopolios.

ITA

Tras una serie de adquisiciones en sectores relacionados con la publicidad *online*, Google se centró en reforzar sus ofertas de búsqueda vertical, a pesar de ocupar una posición dominante en las búsquedas en Internet. De hecho, en su informe anual de 2009, Google reconocía a motores de búsqueda vertical como *Kayak*, *Monster.com*, *Amazon* y *eBay* como una amenaza competitiva.⁵⁰

⁴⁷http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/2010/255377.htm

⁴⁸<http://www.ftc.gov/os/caselist/0710170/071220statement.pdf>

⁴⁹<http://www.ftc.gov/os/caselist/0710170/071220statement.pdf>

⁵⁰Informe anual de Google de 2009, p. 34

La conquista más destacable de Google fue ITA, un proveedor de información sobre vuelos y una empresa de *software* que alimenta los datos utilizados por la mayoría de páginas web de búsquedas de viajes. En particular, ITA desarrolla y concede licencias de un producto denominado QPX, que utilizan muchas compañías aéreas, agencias de viajes *online* y páginas web de búsquedas de viajes *online* para ofrecer funcionalidad de búsquedas de vuelos a los consumidores. QPX es único en sus prestaciones y puede funcionar como un tipo de motor de «minibúsquedas» para páginas web de viajes.

En julio de 2010, Google anunció sus planes de adquirir ITA por 700 millones de dólares. Pretendía utilizarla para ofrecer un producto de búsqueda de viajes *online*, que buscara tarifas de vuelos por páginas web de compañías aéreas, conocidas como Intermediarios de Viajes *Online* (OTI, por sus siglas en inglés), utilizando QPX. El DOJ inició una revisión del acuerdo, emitiendo una segunda solicitud a finales de agosto de 2010. La investigación del DOJ concluyó que el probable efecto de la transacción provocaría un menoscabo sustancial de la competencia. En particular, el DOJ concluyó que debido a que muchos OTI confían en ITA como una aportación a sus servicios, Google tendría la capacidad y el incentivo de excluir a ITA de la competencia, o como mínimo rebajaría la calidad del QPX puesto a su disposición. Dichas acciones en el mercado ascendente de *precios y compras* provocarían una reducción sustancial de la competencia en el mercado descendente para *búsquedas comparativas de vuelos*. Los competidores y los clientes de ITA denunciaron que el acuerdo conferiría a Google una ventaja injusta a la hora de prestar resultados de búsquedas de viajes.⁵¹

En abril de 2011, el DOJ aprobó el acuerdo, aunque con sujeción a un decreto de consentimiento diseñado para garantizar un acceso permanente a QPX a los actuales licenciarios de ITA y a que se permita que nuevos participantes o licenciarios tengan acceso para obtener el *software* QPX en virtud de unos términos justos, razonables y no discriminatorios. En virtud de este decreto, se ha exigido a Google, entre otras cosas:

- Que conceda licencias de QPX y complementos: Google debe cumplir las licencias existentes de QPX; renovar las licencias existentes con términos y condiciones similares y ofrecer licencias a OTI en virtud de unos principios de condiciones justas, razonables y no discriminatorias.
- Que siga mejorando QPX: Google debe seguir desarrollando actualizaciones y mejoras para QPX y dedicar los mismos recursos a I+D que ITA dedicó.
- Que se cumplan las normas de cortafuegos: Google debe cumplir las estrictas normas sobre cortafuegos para garantizar la confidencialidad de la información sobre los licenciarios.
- Arbitraje: Google debe informar acerca de las demandas que se le interpongan.

BeatThatQuote

El 7 de marzo de 2011, Google anunció que había adquirido por un precio de 37,7 millones de libras esterlinas *BeatThatQuote*, la página web británica de comparación de precios de más rápido crecimiento en el Reino Unido, que presta servicios de comparación de precios en productos financieros personales.⁵² Al igual que con ITA, Google ya participaba en la búsqueda vertical y ofrecía una serie de servicios, incluyendo su Google Product Search y Google Comparison Advertising. La Oficina Británica de Defensa de la Competencia (OFT, según sus siglas en inglés) inició una primera fase de revisión de esta fusión y demoró en dos ocasiones

⁵¹<http://www.justice.gov/atr/cases/google.html>

⁵²<http://www.beatthatquote.com/>

la fecha de publicación de la decisión durante la revisión. Al parecer los actores del mercado empezaron a inquietarse, sobre todo porque el acuerdo afianzaría el poder de Google en el mercado de búsqueda horizontal y también mejoraría su capacidad para restringir o eliminar a los competidores reales o potenciales en el ámbito de la búsqueda vertical, reduciendo así la elección de los consumidores y ahogando la innovación.

El 1 de julio de 2011, la OFT decidió no remitir el caso a la Comisión Británica de Competencia concluyendo que la fusión no ofrecía una perspectiva realista de una reducción sustancial de la competencia en los mercados para el *suministro de espacio publicitario en páginas web de comparación de precios de productos financieros de consumidores (PCS, según sus siglas en inglés)* y para el *suministro de todo el espacio publicitario online*. La OFT observó, no obstante, que los PCS son productos bilaterales, ya que son «plataformas» que median entre dos tipos de clientes distintos y no vinculados (usuarios y anunciantes).⁵³

Por esta razón, la OFT valoró los efectos de la transacción sin limitarse a los dos mercados citados anteriormente, sino que también estudió los mercados para el *suministro de servicios de búsquedas de PCS de productos financieros de consumidores para usuarios* y el *suministro de plataformas técnicas de PCS de «marca blanca»*. De forma previa a la fusión se concluyó que las partes coincidían en el suministro de PCS de productos financieros de consumidores, mientras que Google suministraba búsquedas de Internet y BTQ suministraba plataformas de «marca blanca», lo que le permitía distribuir a terceros su tecnología de comparación de precios.

El caso planteó cuestiones verticales y horizontales. En lo que respecta a las cuestiones horizontales, la OFT las disipó de forma temprana, ya que consideraba que la fusión no daría lugar a una pérdida de competencia real debido a las cuotas aparentemente bajas del suministro del espacio publicitario en las PCS de productos financieros de consumidores en el Reino Unido en 2009 (con menos de un 1 por ciento para Google y entre el 0 y el 10 por ciento para BTQ). A la luz de estas cuotas de mercado aparentemente bajas, la OFT concluyó que no había motivos de preocupación por efectos unilaterales, en la medida en que el mercado se estableciera de forma restringida.

Por otra parte, la OFT recibió un volumen significativo de comentarios de terceras partes a las que les preocupaban los aspectos verticales de la fusión, sugiriendo que la empresa objeto de fusión tendría la capacidad y los incentivos de descartar a rivales, sobre todo siendo Google una fuente clave de tráfico. La OFT concluyó que la empresa fusionada podría tener la capacidad de buscar dicha estrategia de exclusión, y llegó a esta conclusión basándose en el hecho de que existían pruebas que sugerían que Google es una fuente importante de tráfico para consumidores de rivales (que podrían no cambiar tan fácilmente) y que Google representa una cuota significativa de tráfico para las PCS de productos financieros de consumidores. La OFT también señaló ejemplos de alteraciones de clasificación en los resultados de búsqueda de Google para PCS, como: «la alteración May Day»;⁵⁴ las variaciones inexplicables y frecuentes en clasificaciones para palabras clave que forman códigos clave de tráfico (como «seguro de coche»); y las variaciones en clasificaciones como resultado de la alteración manual por parte de Google de clasificaciones de páginas web, incluyendo la propia rebaja de BTQ en marzo de 2011.

A pesar de las observaciones, la OFT concluyó que, aunque existía la posibilidad de que se excluyera a rivales, la fusión no aumentaba realmente el incentivo de Google para hacerlo debido,

⁵³http://www.of.gov.uk/shared_of/mergers_ea02/2011/Google-BeatThatQuote.pdf

⁵⁴Un cambio algorítmico en las clasificaciones de Google en mayo de 2010

según Google, a que esta última habría renunciado a unos beneficios superiores y ascendentes en la publicidad perdida que ganaría en las ventas adicionales de PCS de forma descendente.

AdMeld

Otra de las adquisiciones recientemente anunciadas es la de AdMeld. AdMeld es una empresa de publicidad gráfica *online* que, si el acuerdo se formaliza, será adquirida por 400 millones de dólares. AdMeld es una empresa con sus oficinas centrales en Nueva York, que presta una tecnología de «gestión del rendimiento», lo que permite a editores vender de forma instantánea anuncios gráficos. La publicidad gráfica es un área en la que Google ha ganado cuota de mercado desde la adquisición de DoubleClick en 2008 por 3.100 millones de dólares (como se ha visto antes).⁵⁵ Se han producido claras fricciones competitivas entre ambas empresas y se rumorea que Google está intentando ofrecer AdMeld de forma gratuita a sus clientes.⁵⁶ En la actualidad, el DOJ está llevando a cabo una revisión de la conformidad en cuanto a competencia de esta adquisición y ha realizado diversas solicitudes de información a competidores de AdMeld, diferentes empresas de intercambio de datos y plataformas de publicidad y de demanda, así como a otras empresas de tecnología publicitaria. Dada la naturaleza abierta de estas solicitudes, se espera que el DOJ pida más información posteriormente, por lo que es posible que no se adopte una decisión hasta el año próximo.

Motorola

Más recientemente, el 15 de agosto de 2011, Google anunció la adquisición del importante fabricante de dispositivos móviles, Motorola Mobility Holdings Inc. por 12.500 millones de dólares, expandiendo su presencia en los importantes mercados de publicidad en móviles y búsquedas en móviles. Según Associated Press, esta adquisición es «*con diferencia, la mayor adquisición de Google y una señal de que el líder de búsquedas online se toma en serio su objetivo de expandir su actividad comercial principal en Internet y de establecer su agenda en el mercado de móviles que crece a pasos agigantados*».⁵⁷

Al parecer, las partes han presentado, o se prevé que presenten en breve, notificaciones de la fusión a las autoridades reguladoras en EE.UU., Canadá, Israel, Rusia, Turquía y Taiwán.⁵⁸

En ciertos aspectos, podría parecer que esta transacción no presenta problemas superficialmente, ya que en la actualidad Google no fabrica *smartphones*. Sin embargo, la naturaleza vertical de la fusión se complica debido al dominio de Google en los mercados de búsquedas y publicidad de búsquedas. De hecho, la mayor parte de la inquietud generada en relación con este acuerdo recuerda a las cuestiones abordadas en los compromisos de Google con ITA. Se prevé que las autoridades reguladoras en materia de competencia a escala internacional identifiquen cuatro grandes cuestiones:

- **Tratamiento preferente de los servicios propios de Google:** Como ya se ha abordado antes de forma detallada, Google suele promover sus propios servicios en detrimento de los de sus competidores, especialmente cuando se trata de sus propias clasificaciones de búsquedas. La prensa ha informado acerca de cuestiones similares en relación al ámbito móvil. En términos generales, se teme que Google favorezca a Motorola en perjuicio de los

⁵⁵<http://www.cnbc.com/id/43384229> y <http://online.wsj.com/article/SB10001424052702303635604576391972711586988.html>

⁵⁶<http://www.digiday.com/stories/google-admeld-probe-widens/>

⁵⁷http://hosted.ap.org/dynamic/stories/U/US_TEC_GOOGLE_MOTOROLA_MOBILITY?SITE=CAACS&SECTION=HOME&TEMPLATE=DEFAULT

⁵⁸http://www.techworld.com.au/article/400832/google_motorola_file_merger_clearance_many_countries/

fabricantes de móviles competidores cuando publique avances para Android, menoscabando así la calidad del producto ofrecido a los competidores de Motorola/Google. De hecho, el consejero delegado de Skyhook, Tom Morgan, teme que Google «favorezca al fabricante de móviles que promueva intereses estratégicos [de Google] [...] y actualmente tienen 12.000 millones de dólares en intereses estratégicos que atender». ⁵⁹ Google ya ha intentado mantener en secreto la información sobre nuevos dispositivos y nuevas versiones de Android, pidiendo que la información sobre Android en el marco del litigio del DOJ sobre la adquisición de AT&T y T-mobile se mantenga confidencial. ⁶⁰

- **Condicionar el acceso de los fabricantes de móviles rivales a la plataforma de Google, según los términos dictados por Google:** También se cree que Google utilizará el acceso a su plataforma como un medio de imponer condiciones a los fabricantes de móviles rivales. Por ejemplo, en el caso de *Skyhook*, el objeto de la demanda es que Google obligó a los fabricantes de dispositivos a resolver sus contratos para que utilizaran su tecnología de localización, recurriendo a una compatibilidad «inventada» para resolver los contratos de Skyhook con Motorola y Samsung. Una fusión entre Google y Motorola conferirá a Google un incentivo adicional para volver a hacerlo.
- **Contratos de exclusividad con fabricantes de móviles:** Como hemos visto, Google tiene la costumbre de formalizar contratos de búsquedas y publicidad de búsquedas con una serie de operadores, como Apple, Vodafone, Orange y Deutsche Telekom. Probablemente, Google seguirá utilizando su plataforma móvil, (reforzada debido a la adquisición de Motorola y la amplia cartera de patentes de esta), para bloquear a los fabricantes de móviles y, en última instancia, a los usuarios finales en su espacio de búsquedas y publicidad de búsquedas, así como en el uso de sus productos adyacentes, como la cartografía digital y los servicios de localización. Por ejemplo, podría llevar a cabo fácilmente lo anterior haciendo que las actualizaciones de Android se supeditaran a dichos contratos exclusivos.
- **Las patentes de Motorola no se facilitarán en unas condiciones justas, razonables y no discriminatorias:** En caso de aprobarse el acuerdo, Google adquirirá unas 17.000 patentes de Motorola, entre las que se incluye un grupo principal de patentes que constituye tecnología innovadora esencial para el sector de los móviles, como servicios de localización, diseño de antenas, correo electrónico, detalles de pantalla táctil, gestión de aplicación y tecnología inalámbrica de 3G. ⁶¹ Dada la importancia de estas patentes en el sector móvil, quizás Google no cumpla las licencias existentes previamente concedidas a sus competidores o no ofrezca dichas licencias de acuerdo con unas condiciones justas, razonables y no discriminatorias; utilizando dichas licencias para imponer términos de exclusividad, como los descritos anteriormente sobre fabricantes de móviles. Las autoridades reguladoras en materia de competencia tienen la incómoda tarea de determinar qué empresas tienen licencia de la tecnología de Motorola, realizando amplias consultas sobre el impacto que tendrían dichas licencias en los mercados importantes e investigando en qué medida estos contratos de licencia ofrecerán a Google un aprovechamiento de los mercados relevantes.

Todas estas preocupaciones indicadas más arriba son realistas a la vista del patrón de conducta contrario a las normas de competencia que Google ha mostrado en las plataformas de Internet en ordenadores y, ahora, en móviles.

⁵⁹http://www.usatoday.com/tech/news/2011-08-15-google-motorola-antitrust_n.htm

⁶⁰<http://electronista.com/articles/11/09/28/google.worries.att.lawsuit.leaks.plans.to.apple/>

⁶¹<http://www.mobiledia.com/news/103953.html>

En esta sección hemos visto cómo Google se ha embarcado en una serie de adquisiciones y contratos a todos los niveles del ecosistema *online*. Estos movimientos son profundamente preocupantes, ya que permiten a Google reforzar su dominio en los mercados de búsquedas y publicidad de búsquedas y afianzar además su control sobre todos los ámbitos de la plataforma de búsquedas *online*, al tiempo que excluye a los competidores.

5. La economía del ecosistema online de Google

La importancia de las búsquedas

Al principio de la era de Internet, se pensaba que esta herramienta no formaba parte del «mundo real», sino de un mundo virtual, dónde lo que hiciéramos no tendría efecto en nuestras vidas cotidianas. Esta afirmación, no obstante, ya no tiene cabida en la actualidad. Los modelos comerciales y la interacción social se encuentran en pleno cambio. Nosotros, englobando dentro de ese «nosotros» a ciudadanos, consumidores o empresas, pensamos y nos comportamos de forma diferente, en términos de estrategia comercial, hábitos de consumo o, incluso, en la forma de comunicarnos. Tanto los consumidores como los negocios apenas pueden sobrevivir virtual o «realmente» sin acceso a la información *online*.

La importancia de Internet ha quedado demostrada a través de unas estadísticas recientes. En diciembre de 2009, en la Unión Europea había 319.895.346 de usuarios de Internet, lo que representaba un 65,3 por ciento de la población y un aumento del 238,9 por ciento del año 2000 al 2009.⁶² A la vista de este crecimiento rápido y constante en Europa, no podemos ignorar que la mayoría de negocios y consumidores consideran a Google la puerta de entrada a Internet. De hecho, existe un fuerte grado de interdependencia entre los negocios y los consumidores *online*, dado que Internet, y en particular Google, son los vehículos a través de los cuales los consumidores identifican los negocios *online*, y viceversa. En mayo de este año, Google se convirtió en la primera página web en lograr 1.000 millones de búsquedas, captando la atención de la mayoría de usuarios europeos *online*.⁶³

Como se ha descrito antes, han surgido cuestiones cada vez más preocupantes en relación con las cuotas de mercado y las prácticas *online* de Google, algo que desencadenó el inicio formal de la investigación de la Comisión sobre las prácticas *online* de Google en noviembre de 2010. El comportamiento de Google debería examinarse como parte de una estrategia global para fortalecer su dominio por todas las plataformas *online* y descartar cualquier competencia en nuevos mercados y mercados ya existentes; mercados que se interconectan en su totalidad a través de plataformas bilaterales y multilaterales.

La plataforma de Google

Cuando la Comisión decidió aprobar la adquisición de *Yahoo! Search Business* por parte de Microsoft, apuntó que Google funcionaba con una plataforma bilateral que prestaba servicios «tanto para usuarios de búsquedas (gratuitas) como para anunciantes (a cambio de una remuneración)». Añadió que para obtener éxito, Google intenta atraer a la mayor cantidad de participantes de ambos lados de la plataforma.⁶⁴ Los mercados y las redes bilaterales son plataformas económicas con dos grupos distintos de usuarios que se aportan mutuamente beneficios Conectados. Los

⁶²<http://www.internetworldstats.com/stats9.htm#eu>

⁶³http://www.comscore.com/2011/06/google-reaches-1-billion-global-visitors/google-sites-1-billion_may-2011/

⁶⁴Nº de caso COMP/M.5727 – *Microsoft/Yahoo! Search Business*, en apartados 47 – 48

mercados multilaterales son plataformas con más de dos lados. En los mercados bilaterales y multilaterales, las empresas necesitan captar a dos o más grupos de clientes diferenciados que valoren la participación del – otro en la misma plataforma para generar valor económico.

Los mercados con más de un lado pueden compararse con los mercados unilaterales más tradicionales en los que las empresas ofrecen bienes o servicios a diferentes tipos de clientes que no son interdependientes. Un ejemplo sencillo de mercado unilateral es el de peluquerías, establecimientos que pueden elegir prestar servicios a hombres o mujeres, o a ambos.

En cambio, con plataformas bilaterales y multilaterales los compradores valoran a muchos vendedores y los vendedores a muchos compradores. Normalmente, los mercados que poseen más de un lado tienden a ofrecer bienes o servicios a uno de los lados del mercado de forma gratuita.

La *Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)*, que desempeña una función principal en el desarrollo de una política internacional en derecho de competencia, ha reconocido que muchas plataformas, especialmente las que se engloban dentro de una economía basada en Internet, presentan más de dos facetas y que las perspectivas obtenidas de plataformas bilaterales se aplican de forma más general a las multilaterales. Y ahí reside la importancia, ya que la plataforma *online* de Google es un mercado multilateral donde operan muchos y diferentes tipos de empresas. Actualmente, la parte central de estos mercados la ocupa un único actor con cuotas de mercado extremadamente altas: Google. El propio comisario Almunia ha reconocido públicamente la importancia de esto, haciendo hincapié en la necesidad de vigilancia en el sector de las TIC, donde

*«Nos enfrentamos a una conexión de efectos que puede conducir a unas cuotas de mercado extremadamente grandes. Google es un ejemplo de ello».*⁶⁵

Google sabe que cada tipo de cliente que atrae pone en valor al otro tipo de cliente. Esta interdependencia conlleva importantes implicaciones para el comportamiento económico de los negocios *online* y afecta a la forma en que eligen a sus socios comerciales, en particular, Google. Por ejemplo, el dominio de Google en el ámbito de búsquedas es esencial para sus negocios de publicidad. Los mercados multilaterales de búsquedas y publicidad de buscadores forman parte de una cadena de valor que suministra contenido a usuarios *online*, en ocasiones a cambio de gratificaciones para los creadores de contenidos y de remuneración para los proveedores de la infraestructura. En dicha cadena también hay otros proveedores de servicios como editores, que suministran contenido, agencias de publicidad, intermediarios de publicidad y empresas tecnológicas. Es fundamental que se DOJe margen para la competencia en cada nivel de dicha cadena de valor.

Por esta razón, la definición de mercado debe tener en cuenta el vínculo entre los múltiples grupos de clientes *online* y el hecho de que las prácticas de competencia desleal que inciden no solo en el mercado en el que se llevan a cabo, sino también en una serie de mercados con efectos acumulativos.⁶⁶

⁶⁵Ponencia, 8 de abril de 2011 en St. Galon

⁶⁶http://www.concurrences.com/article_revue_web.php3?id_article=16302

El tamaño de Google

En este sentido, es esencial no pasar por alto los poderosos efectos indirectos derivados de la plataforma de Google, que le han permitido lograr su tamaño. Las plataformas bilaterales, según *la Mesa redonda sobre políticas de la OCDE en materia de mercados bilaterales* suelen interiorizar efectos indirectos entre los grupos de usuarios/clientes.⁶⁷ Los efectos indirectos se producen cuando el consumo de un producto o servicio en una red origina el valor de un producto o red complementarios, lo que a su vez puede aumentar el valor del producto o servicio original.

Estos efectos indirectos no constituyen, en absoluto, un nuevo concepto. En el sector de las telecomunicaciones, los efectos indirectos provienen de la red y se relacionan con los precios. Un ejemplo sería que a los clientes de telefonía móvil se les ofrecen precios más baratos para las llamadas dentro de la red del proveedor que para las llamadas a otras redes. Aquellos clientes que cuenten con un número importante de llamadas en la misma red (de amigos, familia, etc.) se sentirán atraídos por estas llamadas más baratas, animándoles a contratar o permanecer en dicha red. Esto a su vez permitirá aumentar los ingresos si nuevos clientes cambian de red.

Estos efectos indirectos contrastan con los que benefician a la plataforma de Google, que no se basan en precios, sino en «efectos de la experiencia» de los usuarios.⁶⁸ Google utiliza este efecto de experiencia para atrapar a usuarios de la plataforma. Google deriva efectos indirectos, por ejemplo, de su alto volumen de consultas de búsqueda realizadas por usuarios, que le permite recopilar datos sobre los gustos y hábitos de cada usuario, enriqueciendo su modelo de publicidad y mejorando sus clasificaciones de búsqueda de forma más general. Los motores de búsquedas aprenden, no solo sobre los gustos de los consumidores, sino también a corregir errores ortográficos. Cuantas más consultas se realizan, mayor será el número de errores de ortografía que brinde al motor de búsqueda la oportunidad de aprender de dichos errores y corregirlos.

Estos resultados de búsquedas mejorados potencian a su vez la actividad comercial complementaria de publicidad de Google. Se atrae a más anunciantes a la plataforma debido al alto volumen de usuarios atraídos por las clasificaciones de búsquedas relevantes. Se trata de un «bucle de retroalimentación positivo» que hace a la plataforma más atractiva, tanto para anunciantes como para usuarios, haciendo que se reduzcan las posibilidades de que ambos cambien de proveedor. La manipulación de los resultados de búsqueda por parte de Google refuerza este bucle. Al clasificar en una posición más alta sus propios servicios, Google prácticamente garantiza que algunos negocios nunca lleguen a los usuarios. Esto se debe a que los usuarios apenas hacen clic en las páginas de clasificadas en la parte inferior.⁶⁹ De hecho, es de sobra sabido que los cuatro o cinco resultados en el top generan el 80 por ciento del interés (medido en clics).

Estos efectos indirectos han permitido a Google ganar tamaño: algo que la Comisión ha reconocido a los motores de búsqueda es que deben ser competitivos.⁷⁰ En el caso de *Microsoft/Yahoo! Search Business*, el estudio de mercado de la Comisión reveló que «Google disfruta de una gran ventaja competitiva con respecto a otros motores de búsqueda, y que los usuarios

⁶⁷Mesa redonda sobre políticas de la OCDE en materia de mercados bilaterales, 2009 disponible en www.OECD.org/data/OECD/38/61/44445730.pdf

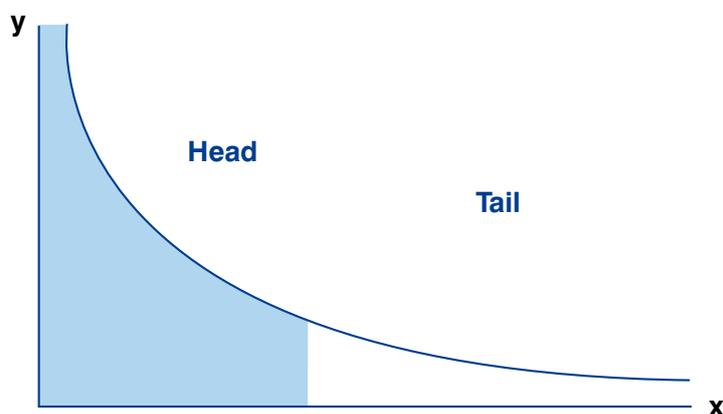
⁶⁸<http://www.nytimes.com/2008/07/07/technology/07iht-07google.14282611.html>

⁶⁹Consulte el testimonio de Frank Pasquale, <http://judiciary.house.gov/hearings/pdf/Pasquale080715.pdf>

⁷⁰Nº de caso COMP/M.5727 – *Microsoft/Yahoo! Search Business*, en apartado 153

perciben a Google como una “herramienta necesaria”».71 En realidad, esa ventaja competitiva se ha transformado en una barrera de entrada, ya que sin la capacidad de crear escala, los competidores no podrán desafiar el dominio de Google.

El tamaño de Google también le permite satisfacer la demanda tanto en la parte superior como en la inferior de las consultas de búsquedas, algo que los competidores no pueden ofrecer. Detrás de esto se encuentra “La regla del 80-20”, que consiste en que el 80 por ciento de los efectos procede del 20 por ciento de las causas (también conocido como el Principio de Pareto). En el mercado de búsquedas, esto significa que un número relativamente pequeño de términos de búsquedas representan el volumen principal de tráfico, DOJando una gran proporción de términos de búsquedas que aparecen con menos frecuencia y que, por tanto, resulta más complicado satisfacer. Puesto que Google controla la mayor plataforma *online* (y dispone de enormes cantidades de datos) no solo puede responder a la mayoría de consultas que se remiten sobre temas populares (compras, viajes, información médica, etc.), sino que también puede satisfacer las consultas más extrañas, (consultas poco comunes en relación con la parte «descendente» del gráfico).



La investigación ha revelado que todos realizamos una consulta poco común de vez en cuando, y que satisfacer la solicitud de dichas consultas aumenta el consumo de las más populares. Estas «consultas poco comunes» son la clave para la selección del motor de búsqueda del consumidor y, nuevamente, potencian el tráfico, que a su vez potencia los ingresos de publicidad.

Gracias al acceso a grandes ingresos derivados de la publicidad, combinados con una considerable base de datos de los usuarios, Google ha podido probar nuevas funcionalidades y clasificaciones, ajustando su algoritmo y expandiéndose a otros mercados, para captar o al mismo tiempo más usuarios en sus plataformas. También consigue más contratos sindicados como resultado de su elevado volumen de consultas, y recaudando más ingresos, expandiendo su alcance a páginas web de terceros, DOJando en suma una mínima parte del mercado para la competencia.

En resumen, el «bucle de retroalimentación» de Google se ha convertido en un círculo vicioso para aquellos competidores que intentan competir, pero que no pueden ganar cuota debido a las prácticas de exclusión de Google. Cuantos menos usuarios tengan los competidores, menos anunciantes podrán atraer, lo que dará lugar a unos ingresos considerablemente inferiores. Esta situación se agrava aún más si a esto se añade la manipulación de los resultados de búsquedas

⁷¹Ibidem en apartado 219

por parte de Google. Y es que, puesto que los consumidores raras veces pasan de la primera página de resultados, las empresas *online* como Foundem, One News Page, 1plusV y muchas otras, nunca podrán tener la oportunidad de conseguir consumidores ni, por consiguiente, generar ingresos publicitarios.

Ante este panorama, se demuestra que la repetida afirmación de Google sobre que la competencia «se encuentra a tan solo un clic» es evidentemente falsa, ya que a los anunciantes y editores les preocupa que no exista ni una alternativa a Google. Cuando se trata de los usuarios, deberíamos DOJar de pensar lo que teóricamente podrían hacer y reconocer que más del 90% de estos no reconocen la existencia de la competencia de Google.

6. El restablecimiento de una competencia *online* efectiva

En este informe hemos descrito una serie de prácticas de competencia desleal llevadas a cabo por Google en varios mercados *online*, durante un largo periodo de tiempo. Estas prácticas han dado lugar a la exclusión de competidores de todos los lados de las plataformas *online*, lo que al mismo tiempo ha permitido a Google crear unas ventajas de escala enormes e infranqueables. La cuestión principal en la actualidad no es por qué o de qué manera ha dañado Google el proceso competitivo, sino cómo puede restablecerse una competencia *online* efectiva.

Poder para imponer remedio

Las autoridades reguladoras de la competencia pueden imponer soluciones o aceptar «acuerdos» para corregir el proceso competitivo cuando ste se haya adulterado. Tras detectar una infracción contraria a las normas de competencia, la Comisión tiene poder para requerir a una empresa que ponga fin de forma eficaz a la infracción. Al poner fin a ésta, la Comisión podría:

*«a tal efecto, [...] imponer cualquier solución de conducta o **estructural** que sea proporcional a la infracción cometida y necesaria para ponerle fin **de forma eficaz**».*⁷²

Eficaces y proporcionales

Los dos principales puntos que deben extraerse de esta disposición son: que una solución debe poner fin **de forma eficaz** a la infracción y que dicha solución debe ser **proporcional** a la infracción cometida. Esto lleva a plantearse la pregunta de hasta dónde puede llegar la solución. Al evaluar diversas soluciones con respecto a las prácticas de Google que incumplen las normas de competencia queda en evidencia que no deberían limitarse a poner fin a dichas prácticas, sino que el objetivo debería ser eliminar o neutralizar los efectos de dichas prácticas, *a saber*, abordar los efectos que anulan la competencia del comportamiento que sigue manifestándose mediante la disposición de consecuencias competitivas de la infracción que debe remediarse.⁷³ Al valorar si un remedio es proporcional a la infracción, cuando existe la opción entre varias medidas apropiadas, debe recurrirse a la menos onerosa, y los inconvenientes causados no pueden ser desmesurados con respecto al objetivo perseguido.⁷⁴

⁷²Reglamento del Consejo (EC) nº 1/2003 de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas de competencia previstas en los Artículos 81 y 82 del Tratado

⁷³Consulte el caso C-119/97P *Ufex contra la Comisión* [1999] E.C.R. I-1341 y «Remedies in European Antitrust Law, Antitrust Law Journal», vol. 56, página 43 – 63

⁷⁴Caso T-260/94, *Air Inter contra la Comisión* [1997] ECR II-997, apartado 144, y caso T-65/98, *Van den Bergh Foods contra la Comisión* [2003] ECR II – 4653, apartado 201

Se pueden extraer situaciones en las que Google haya aceptado acuerdos vinculantes en el marco de procedimientos antimonopolio ante las autoridades francesas e italianas en materia de derecho de competencia y ante el DOJ (en ITA). Estos casos aportan buenas ideas sobre la forma en que los remedios pueden corregir la conducta de Google contraria a las normas de competencia.

El caso de *Navx* fue una de las primeras ocasiones de intervención de la autoridad antimonopolio francesa y este hecho explica en cierta medida su enfoque más bien conservador. En particular, los acuerdos aceptados en el caso de *Navx* se diseñaron de tal manera que en cierto modo se restringía la libertad de Google. Sin embargo, la autoridad antimonopolio francesa podría haber ido más lejos a la hora de abordar la ventaja competitiva que Google había logrado debido a sus prácticas de exclusión, en particular en relación con su tamaño.

Las preocupaciones de *Navx* en cuanto a su competitividad podrían haberse abordado de forma más eficaz si los compromisos hubieran presentado un mayor alcance y una mayor duración. Por ejemplo, *Navx*, *Pages Jaunes* y *e-Kanopi* habían argumentado en el contexto del estudio de mercado que los compromisos no deberían limitarse a anunciantes en el sector relativo a control de tráfico, sino que deberían ser mucho más amplios y aplicarse a todas las cuentas de AdWords, con independencia de la actividad.⁷⁵ La autoridad antimonopolio francesa concluyó que dicha medida no se limitaría a abordar las cuestiones en materia de competencia en el caso concreto, sino que iría más allá. Sin embargo, a posteriori, dicha medida podría haber sido apropiada, ya que desde entonces Google ha seguido evitando o, al menos restringiendo, que los competidores pudieran generar ingresos publicitarios en una serie de mercados. Al adoptar esta decisión, la autoridad antimonopolio francesa adoptó una visión relativamente limitada de la conducta de Google y no tuvo en cuenta las consecuencias que tuvo en el ecosistema *online*.

Los compromisos de *Navx* no resolvieron los motivos de por qué Google puede decidir cuándo realizar cambios en su política de AdWords sin aviso previo. Según éstos, Google no necesita notificar con antelación su política de AdWords, ni el que una empresa haya vulnerado su política de AdWords en caso de «riesgo grave e inmediato» para los anunciantes, usuarios o para la propia Google. Esto seguramente trasladaría a Google la carga de demostrar que sus acciones no incumplían las normas de competencia y que se limitaba simplemente a responder a un riesgo inmediato y grave.

Por último, señalar que los compromisos de *Navx* presentan una duración relativamente corta en comparación con los duraderos efectos sobre la competencia en el mercado (comienzan en enero de 2011 y vencen en diciembre de 2013). Con cuestiones cada vez más preocupantes en torno a las represalias de Google frente a sus demandantes, tras el vencimiento de estos compromisos, Google podría volver a sus prácticas anteriores.

A diferencia de la autoridad antimonopolio francesa, el DOJ, en el momento de la adquisición de ITA, conocía a la perfección los mecanismos internos de la plataforma *online*, puesto que había estudiado ya una serie de fusiones en publicidad de búsquedas. Esto podría explicar su enfoque en su acuerdo de conciliación con Google.

Dicho acuerdo de conciliación se diferencia de los acuerdos de *Navx*, en que al menos pretende garantizar que se desarrolle una competencia eficaz. El requisito de conceder licencias de datos esenciales para ofrecer servicios de búsquedas de vuelos ayudó a abordar la inquietud existente en torno a que la fusión perjudicaría de forma sustancial a la competencia, ya que significaba

⁷⁵Consulte la decisión nº 10-D-30 de 28 de octubre de 2010, *op cit.*

que Google no podría aislar a los competidores de ITA. Esto ofreció una garantía de que dichos servicios podrían potenciar sus páginas web para competir contra cualquier página web de tarifas de vuelos que Google pudiera introducir.⁷⁶ El compromiso también presentaba una duración mucho más larga que los acuerdos de Navx y un periodo de vencimiento de cinco años.

¿Soluciones de conducta o de estructura?

Tal como se ha indicado antes, la Comisión tiene la facultad de imponer soluciones de conducta o de estructura. Los compromisos en los casos de Navx e ITA son ejemplos de remedios en la conducta.

En términos generales, con estas soluciones se busca reparar una conducta específica, mientras que el objetivo de las soluciones estructurales es cambiar los incentivos de la empresa dominante en el mercado.⁷⁷ Entre otros, también se incluyen los de resolver contratos o términos contractuales; las obligaciones de no discriminación; los requisitos de suministro, etc. La restitución de los beneficios ingresados de forma ilícita también podría constituir un remedio antimonopolio en caso de que se crea que dichos beneficios permiten a la empresa en cuestión seguir perjudicando a la competencia.

Una comparación interesante y posiblemente útil con respecto a las cuestiones en derecho de competencia que se debaten aquí puede encontrarse en el mundo de los sistemas informáticos de reserva (CRS, según sus siglas en inglés) para transporte aéreo. Desarrollados en la década de 1950 e implantados para agencias de viajes en la década de 1970, el potencial de los CRS para adulterar la competencia era de sobra conocido. La Comisión adoptó una serie de Decisiones⁷⁸ sobre la discriminación de plataformas electrónicas y las negativas para ofrecer acceso. En el caso de Sabre, la Comisión consideró que una empresa dominante de transporte tenía una obligación de neutralidad, al tiempo que le permitía perseguir el rendimiento económico que necesitaba para estudiar y aplicar todas las medidas razonables necesarias para garantizar dicha neutralidad.

Estos casos formaron parte del impulso que condujo al establecimiento de una legislación antimonopolio y a un código de conducta regulador formal para CRS como parte de la política de transporte aéreo de la Comunidad. La legislación antimonopolio⁷⁹ cita específicamente los riesgos de discriminación en relación con el precio, el servicio, la seguridad de datos y la priorización de resultados en la búsqueda:

«Considerando que dicha cooperación no debe permitir crear ventajas para las propias compañías aéreas asociadas que restrinjan la competencia. Por consiguiente, es necesario asegurarse de que no se produce ninguna discriminación entre las compañías aéreas fundadoras y las compañías aéreas participantes, en particular, con respecto al acceso y a la neutralidad de la información. La exención por categoría ha de estar supeditada a condiciones que garanticen que todas las compañías aéreas puedan participar en los sistemas sin ninguna discriminación en lo que se refiere al acceso, visualización de la información, carga de la misma y los precios.»

⁷⁶http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/2011/269589.htm

⁷⁷«Remedies in European Antitrust Law», *Antitrust Law Journal*, vol. 56, en la página 47

⁷⁸Consulte el caso IV/32.318 – London European contra Sabena (1988), y el caso IV/33.544 – British Midland contra Aer Lingus (1992), así como el Comunicado de Prensa de la Comisión IP/00/835 «*Commission acts to prevent discrimination between airline computer reservation systems*» (2000)

⁷⁹Reglamento de la Comisión (EEC) nº 2672/88 de 26 de julio de 1988, relativo a la aplicación del Artículo 81(3) del Tratado a determinadas categorías de acuerdos entre empresas sobre sistemas informáticos de reserva para servicios de transporte aéreo, OJ 1988 L 239/13, en el considerando 5

Más aún, con objeto de mantener la competencia en un mercado de oligopolio, los clientes deben tener la posibilidad de pasar de un sistema a otro avisándolo con breve antelación sin sanción alguna, y los proveedores de sistemas y las compañías aéreas no deben actuar de forma que se restrinja la competencia entre los mismos».

El objeto de este código regulador⁸⁰ fue el de resolver los problemas suscitados por los CRS en cuanto a la adulteración de la competencia, aunque su introducción también abordaba los intereses de los pasajeros, definiendo el problema en estos términos:

«Considerando que los abusos consistentes en negar el acceso a estos sistemas, realizar discriminaciones en el suministro, acceder al sistema de visualización de datos e imponer condiciones desiguales a los participantes o a los fundadores pueden perjudicar seriamente a las compañías aéreas, a las agencias de viajes y, en última instancia, a los consumidores».

Este código estableció los principios que exigían que los sistemas de visualización de CRS fueran claros, imparciales y no discriminatorios, sobre todo, en lo que respecta al orden de presentación de la información. También incluyó una prohibición de transferir datos de carácter personal de pasajeros a terceras partes que no participaran en la transacción.

Por otra parte, las soluciones estructurales suelen implicar la obligación de dismantelar o desvincular el control de la infraestructura, de manera que una posición dominante no suponga una ventaja en términos de competencia con independencia de que sea en mercados descendentes o adyacentes. Por lo general, los remedios estructurales tan solo pueden imponerse en caso de que una solución de la conducta o del comportamiento empresarial no sea igual de eficaz o en el caso de que aquella sea más oneroso que un remedio estructural.⁸¹ Los cambios en la estructura de una empresa son proporcionales cuando existe un riesgo sustancial de que se produzca una infracción duradera o repetida que derive de su estructura.⁸²

Una solución estructura fue utilizada en el caso de *Raso* para abordar la conflictiva doble función de una compañía portuaria que participaba asimismo en las operaciones de gestión del puerto. La autoridad portuaria concedió a dicha empresa el derecho en exclusiva de suministrar la mano de obra temporal necesaria sin ponerlo en competencia. La Comisión concluyó que esta doble función le confirió a la empresa un monopolio sobre el suministro de mano de obra temporal, permitiéndole aplicar a sus competidores precios excesivos y dotarles de trabajadores menos eficientes. La Comisión describió esta situación como un conflicto de intereses, ya que concluyó que:

*«No era necesario esperar a que las empresas realizaran dichos abusos para poder tomar medidas contra las mismas. Basta con que la ley cree una situación en la que la empresa se vea inducida a cometer un abuso cuando tenga interés en ello».*⁸³

Un ejemplo más reciente de la aceptación por parte de la Comisión de soluciones estructurales se produjo en el caso de *RWE*.⁸⁴ *RWE* aceptó desprenderse de su red de suministro de gas de alta presión de Alemania Occidental, lo que la Comisión consideró que garantizaría que

⁸⁰Reglamento del Consejo (EEC) n° 2299/89 de 24 de julio de 1989 por el que se establece un código de conducta para los sistemas informáticos de reserva (según modificaciones posteriores por el reglamento 3089/93)

⁸¹Reglamento 1/2003, Artículo 7

⁸²Reglamento 1/2003, Artículo 12

⁸³Decisión de la Comisión de 21 de octubre de 1997 relativa a las disposiciones en materia laboral de la legislación portuaria italiana («*Raso*») (97/744/EC)

⁸⁴Caso COMP/ 39.402 – *RWE Gas Foreclosure*, Decisión de la Comisión de 18 de marzo de 2009

RWE no tendría control sobre la red de suministro de gas y no podría embarcarse en prácticas que incumplieran las normas de competencia, en relación con el acceso a la red, lo que incluía favorecer su propio suministro.

Cómo abordar los efectos del comportamiento anterior de Google contrario a las normas de competencia

La cuestión reside, finalmente, en saber qué pueden hacer las autoridades reguladoras en materia de competencia para poner en marcha medidas eficaces y proporcionales que neutralicen el daño que Google ha infringido al ecosistema *online*. Como hemos visto antes, es evidente que una simple orden de cese no bastará. La propia Comisión ha reconocido que dicha orden no evitaría que un infractor, como Google, cosechara los beneficios de anteriores infracciones, sobre todo en sectores de redes.⁸⁵

Al analizar las medidas más efectivas y adecuadas para poner remedio a los efectos contrarios a las normas de competencia de la conducta de Google, es necesario considerar que dicha conducta de Google no solo ha perjudicado a los mercados dónde se aplicaba dicha conducta, sino que ha incidido en toda el ecosistema *online*. En términos generales, todas las soluciones deberían tener por objetivo abordar la posición dominante obtenida por Google de forma ilegítima y promover la innovación y, en última instancia, fomentar la elección de los consumidores, animando a la propia Google a que realmente innove y compita en igualdad de condiciones.

Se han presentado muchas pruebas de que Google manipula sus resultados naturales y aquellos remunerados de tal manera que excluye a sus rivales de los primeros puestos de las clasificaciones de búsquedas, privándoles de tráfico y, al mismo tiempo, de ingresos publicitarios. Cualquier remedio a esta situación debería apoyar la idea de que Google no puede estructurar la visualización de sus resultados de búsqueda natural o remunerada con fines de exclusión o represalia. Las soluciones en este contexto deberían evitar que Google tuviera en cuenta factores inadecuados en relación con las clasificaciones de búsqueda tales como si la página web o servicio concreto es ofrecido por Google, por una unidad de negocio de Google, una compañía filial o uno de sus socios comerciales o por los de la competencia; o, también, si la página web o compañía ofrece o promociona productos de Google o de la competencia; finalmente, si la página web o la compañía ha presentado algún tipo de demanda en contra de Google.

En este informe hemos podido comprobar cómo Google, en concreto, utiliza su mecanismo de Búsqueda Universal para colocar a sus productos en los primeros puestos de clasificación, aumentando así su tráfico. Para corregir dicha manipulación, las medidas correctoras deberían promover una clasificación justa y neutral de los resultados más relevantes en búsqueda natural, ofreciendo a todas las empresas que se incluyan en la clasificación de «mejor respuesta a una consulta» la oportunidad de ocupar el primer lugar en algún momento. Dicha solución debería ser respaldada por un mecanismo independiente para una subsanación rápida, que podría presentarse en forma de arbitraje, como en el caso de ITA.

Google también ha actuado de una forma considerablemente opaca en las plataformas *online*. En cierto modo, y en términos generales, las correcciones deberían exigir a Google más transparencia y apertura, sobre todo en lo que respecta a la forma en que organiza sus resultados de búsqueda, su política de AdWords, su explicación a las clasificaciones por calidad de resultados, el cálculo de ingresos de AdSense y las actualizaciones de algoritmos.

⁸⁵«Remedies in European Antitrust Law», *Antitrust Law Journal*, vol. 56, en la página 48

Como se ha explicado con detalle anteriormente, la conducta de Google también ha dado lugar al aislamiento de sus contenidos y servicios con respecto a los competidores, incluyendo las plataformas de competencia. Google ha impedido que se utilicen herramientas que permitan que una sola campaña publicitaria pueda estar presente en muchas plataformas publicitarias (como una campaña integrada que utilizaba datos tanto de Google como de Yahoo!) y ha limitado a competidores a la hora de rastrear el contenido clave de terceros bajo su control, tales como copias digitales de libros y vídeos, dando lugar a que los servicios competidores sean menos eficaces. Cualquier solución que intente abordar estas cuestiones debería ir más allá del acuerdo de conciliación de ITA y ayudar a mejorar la oferta de búsquedas y publicidad en motores de búsquedas, aumentar la competencia, fomentar la innovación y animar a nuevos participantes, para así mejorar la elección del consumidor y la «experiencia global» del usuario.

Google también ha formalizado acuerdos con una serie de participantes, incluyendo fabricantes de equipamientos originales, propietarios de contenidos y operadores de telecomunicaciones móviles, exigiéndoles que respalden y/o distribuyan los servicios de Google de forma exclusiva. Esto ha impedido que los competidores generen la dimensión necesaria para competir con Google. Podría brindarse a los actores *online* que han formalizado contratos con dichas disposiciones de exclusividad o con otras cláusulas contrarias a las normas de competencia, la oportunidad de optar por rescindir de forma unilateral el contrato o anular la ejecución de la cláusula de exclusividad del mismo.

Esta solución podría también abordar la situación por la cual los editores se ven obligados a conceder a Google el acceso a su contenido para no ser excluidos de las listas de sus resultados de búsqueda. Esto conferiría a las empresas la flexibilidad para decidir por sí mismas si desean seguir haciendo uso únicamente de la plataforma SERP de Google o de otras plataformas *online*, *permitiendo* a otros competidores crecer y mejorar sus servicios. Sin embargo, una medida de estas características debería controlarse de forma meticulosa para garantizar que Google no adoptara medidas de represalia contra las empresas que intentaran modificar sus contratos.

Finalmente, cualquier competidor de Google se enfrenta al enorme problema de que Google ha gestionado y sigue gestionando la forma de obtener beneficios del ecosistema *online* como un auténtico monopolio. Esto le ha proporcionado la capacidad de aumentar la oferta de prácticamente cualquier competidor real o potencial en relación con activos clave como la dimensión, la tecnología o los clientes. Si se encuentran remedios que corrijan el desequilibrio competitivo subyacente y no se limiten tan solo a regular su comportamiento monopolístico, será esencial definir los límites a los fondos de financiación que Google pueda utilizar para reforzar su posición dominante.

Cómo afrontar el futuro

Además de las inquietudes y problemas descritos anteriormente, se debe analizar y abordar cómo pueden cambiar los mercados en cuestión, en un futuro próximo. Quizás el factor de cambio más importante sea el desarrollo del acceso móvil a internet.

Las previsiones indican que las ventas de dispositivos con Internet, que no sean ordenadores, superarán a los ordenadores este año y que la venta de tabletas por sí sola superará las ventas de portátiles en 2015. En ese mismo año, se prevé que las ventas anuales de *smartphones* a escala global superen los 1.000 millones. Según otro estudio reciente, el crecimiento anual en tráfico de datos móviles en los próximos cuatro o cinco años superará el 90 por ciento. La importancia de

este segmento se demuestra a través del cuantioso precio que Google está dispuesto a pagar para adquirir el negocio de *smartphones* de Motorola.

Puesto que Internet pasa a ser móvil, las búsquedas también. El volumen de búsquedas y de ingresos por publicidad en motores de búsqueda generados en los dispositivos móviles ha incrementado de forma masiva en los últimos años y se espera que se dispare entre los dos o tres próximos años. Los usuarios de móviles valoran las búsquedas tanto o más que los usuarios de ordenadores, debido a que necesitan información específica de forma rápida y no pueden hacer criba de grandes cantidades de contenido en una pequeña pantalla mientras se encuentran en movimiento. Los anunciantes también valoran los móviles, tanto por el tiempo que los consumidores pasan con sus dispositivos móviles, como porque los usuarios toman más decisiones inmediatas y efectivas en respuesta a anuncios específicos que los usuarios de ordenadores.⁸⁶

El explosivo crecimiento de búsquedas móviles representa una importante oportunidad porque crea una base fértil para la innovación en nuevas aplicaciones y servicios, así como una fuente enorme y en gran medida inexplorada de ingresos para las empresas en el ecosistema móvil Google, que ya posee un monopolio en las búsquedas y en la publicidad en motores de búsquedas en ordenadores, reconoció de forma anticipada que esta tendencia hacia la movilidad representa una amenaza importante para su actividad comercial.

Al darse cuenta de que el crecimiento masivo en búsquedas móviles podía permitir como mínimo que los motores de búsqueda de los rivales obtuvieran finalmente el tamaño que necesitan para competir, Google comenzó a realizar un esfuerzo sistemático para impedir esta competencia, bloqueando las principales fuentes de consultas móviles e ingresos publicitarios. Es importante que los reguladores en derecho de competencia aprendan una lección de estas prácticas de Google en búsquedas y en la publicidad en motores de búsqueda en ordenadores, para garantizar que los consumidores tienen acceso a una plataforma móvil competitiva.

7. Conclusiones

ICOMP ha descrito en este informe cómo Google ha utilizado su dominio en búsquedas y publicidad de motores de búsquedas para iniciar prácticas de explotación, exclusión y discriminación en plataformas de Internet en ordenadores y, de forma cada vez más frecuente, en plataformas de internet móvil. Se han presentado demandas sobre estas prácticas ante una gran cantidad de autoridades en materia de competencia que en estos momentos están siendo investigadas de forma activa.

Existe una gran cantidad de pruebas de que estas prácticas han dañado gravemente la competencia en muchos sectores: cartografía digital, tecnología de localización, periódicos, libros, editores, agregación de noticias, motores de búsqueda, motores de búsqueda vertical y comparación de precios, a expensas de los actores *online* y, en última instancia, de los clientes y consumidores. Muchos han argumentado que equivalen a una vulneración evidente del Artículo 102 del Tratado de la UE que prohíbe el abuso de una posición dominante, así como a una responsabilidad especial de Google (como empresa dominante) en virtud de la ley en la UE para no actuar de manera que se perjudique aún más la competencia en estos importantes mercados.

⁸⁶En particular en relación con la geolocalización

Además de estas acciones ilícitas, la estrategia de adquisiciones agresivas de Google ha intentado aprovechar su dominio existente en búsquedas y publicidad en motores de búsquedas en áreas más novedosas del ecosistema *online* como Internet móvil.

El tamaño que Google ha obtenido de su dominio así como de su comportamiento de exclusión y de su estrategia de adquisición ha llevado a una situación en la que resulta imposible competir, lo que ha dado lugar a que no existan alternativas viables a Google.

Sin embargo, en ICOMP no creemos que tengamos que limitarnos a lamentarnos, sino que hay que buscar remedios. ¿Qué se puede hacer para restablecer la competencia en el mercado *online*?

Las soluciones deben mirar al futuro y también al pasado. Para las autoridades reguladoras en materia de competencia no basta con detener las prácticas existentes que se oponen a la competencia (como los acuerdos ilícitos exclusivos y los contratos de reparto de ingresos contrarios a las normas de competencia). Para crear un mercado sano y competitivo en Europa y más allá, resulta imperativo que los remedios, ya sean estructurales o de conducta (o ambos), corrijan la posición dominante de Google, obtenida de forma ilegal, en las plataformas *online*, las móviles y las basadas en ordenadores.

Las autoridades en materia de competencia también deben prever formas para garantizar que Google no utiliza los fondos recaudados ilícitamente a lo largo de años para adular la competencia y bloquear el acceso al mercado.

Serán sobre todo las autoridades en materia de competencia las que deban decidir si es necesario o no imponer medidas para que Google no incurra en un comportamiento ilícito. Sin embargo, en los próximos meses se esclarecerá si las demandas, investigaciones y decisiones probablemente negativas hacen escarmentar a Google o si esta seguirá con su actividad «como si nada». En caso de que se dé la última situación, no cabe duda de que serán necesarias medidas más rígidas y también algunas que sean lo suficientemente severas para provocar un efecto disuasorio.

