

Capítulo 5

Abusos de explotación sobre datos en los nuevos ecosistemas digitales: de la STJUE *Meta Platform, Inc.* a las políticas de ‘pay-or-consent’

FERNANDO DÍEZ ESTELLA

*Profesor Titular acreditado de Derecho Mercantil,
Universidad Nebrija¹*

SUMARIO. 1. INTRODUCCIÓN. 2. ECOSISTEMAS DIGITALES, ECONOMÍA DEL DATO Y ABUSOS DE EXPLOTACIÓN. 2.1. La economía de los datos y el dogma de la protección de la privacidad. 2.2. ¿Nuevas modalidades de abusos de explotación? 2.3. Los “jardines vallados” y nuevas teorías de daño: el caso Apple Music. 3. LA STJUE DE 4 DE JULIO DE 2023, META PLATFORMS, INC. 3.1. Iter judicial del conflicto entre Facebook y el Bundeskartellamt. 3.2. El TJUE sobre la conducta de Facebook. 3.3. Las consecuencias del pronunciamiento: las políticas de ‘pay-or-consent’. 4. La interacción entre el RGPD, el art. 102 TFUE, la DMA, y las conductas desleales. 5. VALORACIÓN FINAL Y CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen: A partir de la conocida sentencia del TJUE del 4 de julio de 2023 en el asunto *Meta Platforms Inc.*, las grandes plataformas digitales -y, en general, la práctica totalidad de los servicios web- han puesto en práctica políticas de “pagar-o-aceptar” en relación con la recogida y tratamiento de datos personales de los usuarios de cara a enviarles publicidad personalizada. La legalidad de esta práctica, y su adecuación tanto a las normas de Defensa de la Competencia como de privacidad (principalmente, el RGPD) ha despertado un acalorado debate, con pronunciamiento desde todo tipo de instancias, públicas y privadas. En especial, el 17 de abril de 2024 la EDPB (*European*

¹ fdieze@nebrija.es

Data Protection Board) emitió una Opinión formal rechazando las políticas de ‘pay-or-consent’. Y prácticamente un año exacto después, el pasado 23 de abril de 2025, la Comisión Europea ha sancionado a Meta por entender que esta práctica infringe la DMA. En este trabajo se analizan, a partir de la práctica supuestamente anticompetitiva de *Facebook* en Alemania, que dio origen al caso *Meta*, algunas nuevas modalidades de abuso de dominio sobre los datos. La valoración preliminar es que se está “absolutizando” el derecho a la privacidad de los datos, llevando a cabo una interpretación del RGPD aislada del resto de normativa comunitaria, y se ignora el derecho de libertad de empresa, con la interdicción de un modelo de negocio sobre la elaboración de perfiles y la monetización de los datos que es, de partida, perfectamente legítimo. Sobre la abusividad de las prácticas de ‘pay-or-consent’, concluiremos que tienen mejor acomodo en la DMA que bajo el art. 102 TFUE.

Palabras clave: Meta, STJUE, ‘pay-or-consent’, privacidad, abuso posición dominante, art. 102 TFUE, DMA.

Abstract: Since the well-known CJEU ruling of 4 July 2023 in the *Meta Platforms Inc.* case, large digital platforms -and, in general, almost all web services- have implemented ‘pay-or-ok’ policies in relation to the collection and processing of users’ personal data in order to send them personalized advertising. The legality of this practice, and its compliance with both antitrust and privacy rules (mainly the GDPR) has sparked a heated debate, with pronouncements from all kinds of public and private bodies. In particular, on 17 April 2024, the EDPB (*European Data Protection Board*) issued a formal Opinion rejecting pay-or-consent policies. And almost exactly one year later, on 23 April 2025, the European Commission sanctioned Meta on the grounds that this practice infringes the DMA. This paper analyses, based on Facebook’s allegedly anti-competitive practice in Germany, which gave rise to the Meta case, some new modalities of abuse of dominance over data. The preliminary assessment is that the right to data privacy is being ‘absolutised’, carrying out an interpretation of the GDPR in isolation from other EU legislation, and the right to freedom of enterprise is being ignored, with the interdiction of a business model on profiling and data monetisation that is, from the outset, perfectly legitimate. On the abusiveness of ‘pay-or-ok’ practices, we will conclude that they are better accommodated under the DMA than under Art. 102 TFEU.

Key words: Meta, ECJ, pay-or-ok, privacy, abuse of dominant position, art. 102 TFEU, DMA.

1. INTRODUCCIÓN

A estas alturas nadie pone en duda la relevancia que los datos personales han cobrado, en su doble vertiente desde la esfera de la privacidad y los derechos fundamentales, así como en su condición de activo económico en los modelos de negocio de las nuevas plataformas digitales. De ahí la creciente sensibilidad sobre su necesaria protección y regulación.

Tras muchos años de haber disfrutado “gratis” de multitud de servicios y aplicaciones *on-line* (aunque, no nos engañemos, estábamos pagando no en dinero, pero sí con nuestros datos personales), el modelo parece haber llegado a su fin. En efecto, tanto la normativa de protección de datos (el RGPD) como el nuevo Reglamento de Mercados Digitales² (la *DMA*, por sus siglas en inglés) están poniendo serios obstáculos a ese modelo de negocio, al exigir consentimiento expreso del usuario para la recogida y tratamiento de sus datos personales; así, por ejemplo, en el caso de la popular red social Facebook, tanto los obtenidos de la actividad en las propias plataformas (*on-Facebook*) como los extraídos fuera de ellas (*off-Facebook*), vía terceros o páginas web con las que interactúan.

De hecho, el gigante norteamericano Meta ha sido objeto de resoluciones en los últimos años por parte de autoridades de competencia y de protección de datos en Alemania³ (2019), Irlanda⁴ (2023) y Noruega⁵ (2023), que cuestionan la legalidad de sus “Términos y condiciones” (TyC) en cuanto a la forma de recabar el consentimiento de los datos, su tratamiento posterior, y especialmente la combinación de diferentes *data sets* orientada a la elaboración de perfiles de consumidores *-profiling-* con los que implementar mecanismos de publicidad personalizada.

A raíz del expediente por abuso de posición dominante seguido ante el *Bundeskartellamt*, la cuestión ha llegado al Tribunal de

² Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales). DOUE núm. 265, de 12 de octubre de 2022, páginas 1 a 66.

³<https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauch22-16.html>

⁴ *Data Protection Commission press release of 4 January 2023: ‘Data Protection Commission Announces Conclusion of Two Inquiries into Meta Ireland’*. En <https://www.dataprotection.ie/en/news-media/data-protection-commission-announces-conclusion-two-inquiries-meta-ireland>

⁵ *Datatilsynet press release of 31 October 2023: ‘Datatilsynets vedtak mot Metautvides til EU/EØS og gjøres permanent’* (en Noruego). En: <https://www.datatilsynet.no/aktuelt/aktuelle-nyheter-2023/datatilsynets-vedtak-mot-meta-utvides-til-eueos-og-gjores-permanent>

Justicia de la UE (TJUE) que, en su sentencia de 4 de julio de 2023, en el asunto *Meta Platforms, Inc.*, aborda -por primera vez en la historia- las complicadas interacciones entre normativa de competencia y normativa de protección de datos. Y a raíz de este pronunciamiento, Meta puso en marcha, en noviembre de ese mismo año, las políticas de ‘pay-or-consent’ que serán objeto de análisis en estas páginas.

En las fechas en que se escriben estas páginas se han conocido las primeras dos sanciones a grandes plataformas digitales por infracción de la DMA. En efecto, el pasado 23 de abril de 2025 la Comisión Europea ha sancionado⁶ a Apple con 500 millones de euros -por sus cláusulas “anti-steering”- y a Meta con 200 millones de euros... ¡por su política de ‘pay-or-consent’!

El punto de partida de este análisis será, en el apartado 2º, un breve recorrido por el concepto de ecosistemas digitales de plataforma, su configuración como “jardines vallados”, y hasta qué punto las teorías de daño clásicas explican suficientemente los efectos anticompetitivos -y explotativos- en la nueva economía del dato. En el apartado 3º se analiza la STJUE, desde el periplo judicial en Alemania hasta sus consecuencias en los términos contractuales que -a partir de ella- impone Meta a sus usuarios. En el apartado 4º veremos cómo estas prácticas de ‘pay-or-consent’ pueden abordarse desde una amplia gama de instrumentos normativos: el art. 102 TFUE, la DSA, la DMA, y el RGPD, entre otros. Se ofrecen, por último, en el apartado 5º, una valoración final y una serie de conclusiones.

2. ECOSISTEMAS DIGITALES, ECONOMÍA DEL DATO Y ABUSOS DE EXPLOTACIÓN

En el ámbito de los nuevos ecosistemas digitales los datos son una fuente de poder de mercado⁷, de ahí que la obtención, almacenamiento y procesamiento de los datos personales han dejado de ser cuestiones sometidas a las restricciones legales orientadas a la protección de la privacidad para convertirse en un parámetro de la

⁶ Nota de prensa: *Commission finds Apple and Meta in breach of the Digital Markets Act*, Brussels, 23 April 2025. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_25_1085

⁷ CABRAL, L. et al. (2021), *The EU Digital Markets Act: A Report from a Panel of Economic Experts*, Joint Research Centre, 2021, p. 20. Disponible en la página web de la Comisión Europea: <https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC122910>

competencia, no basado en precios sino en la calidad del servicio⁸, que es especialmente acusado en aquellos servicios que se prestan a precio cero a los consumidores y usuarios⁹.

2.1. La economía de los datos y el dogma de la protección de la privacidad

Ya en el mes de marzo de 2021 el Parlamento Europeo emitió su informe sobre la *Estrategia Europea de Datos*¹⁰, en el que se señala que los datos se han convertido en un nuevo activo económico, que ya es un requisito para asegurar la viabilidad y competitividad de las empresas. La necesidad de una adecuada regulación tuvo su pronto reflejo en el ámbito de la Unión Europea con la aprobación del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (RGPD)¹¹. La interacción entre la protección de datos y la regulación de los mercados digitales¹², y más en concreto entre el RGPD y la DMA es una cuestión que, desde luego, va a dar mucho de qué hablar en el futuro¹³.

Sin embargo, esta normativa contempla sólo un aspecto de los datos, su vertiente “personal”, como rasgo de la personalidad, y sujeto por tanto a un derecho fundamental de protección de la privacidad¹⁴. Falta por desarrollar la vertiente “económica”, la del dato en cuanto activo -y en ocasiones, activo esencial- en la operativa de las empresas

⁸ LANDE, R. (2008), “The Microsoft-Yahoo Merger: Yes, Privacy is an Antitrust Concern”, 714 *FTC: Watch 1*; JUST N. (2018), “Governing Online Platforms: Competition Policy in Times of Platformization”, *Telecommunications Policy*, n° 42, pp. 386 y 388.

⁹ OECD, *Quality considerations in digital zero-price markets—Background note by the Secretariat*, November 28, 2018, pp 6-8.

¹⁰ Resolución de 25 de marzo de 2021, sobre una *Estrategia Europea de Datos* (2020/2217(INI)). En <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1593073685620&uri=CELEX:52020DC0066>.

¹¹ D.O.U.E. L 119, 4.5.2016, pp. 1-88 (ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>).

¹² DÍEZ ESTELLA, F. y RIBERA MARTÍNEZ, A.: “Derecho de la Competencia vs. Privacidad: ¿el gran dilema en los nuevos mercados digitales?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2022), ISSN 1989-4570, Vol. 14, N° 1, pp. 169-195.

¹³ Vid. una primera aproximación en GERADIN, D.; BANIA, K. y KARANIKIOTI, T.: “The interplay between the Digital Markets Act and the General Data Protection Regulation” (August 29, 2022). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4203907>

¹⁴ MARTÍNEZ LÓPEZ-SAEZ, M.: “Capítulo 2. La dignidad humana y los d°s personalísimos como punto de partida del d° a la protección de datos de carácter personal”, en *Una revisión del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal*, 1ª ed., p. 26-27. Valencia 2018, Ed. Tirant lo Blanch.

y elemento constitutivo y nuclear de sus estrategias de mercado y modelos de negocio.

Todo ello desde la duda, todavía no resuelta (ha sido acertadamente caracterizada como el “*antitrust privacy dilemma*”¹⁵), de hasta qué punto las consideraciones sobre privacidad han de integrarse en el Derecho de la competencia¹⁶; el efecto de las normas de protección de datos sobre la competencia¹⁷; y, en general, hasta qué punto las teorías del daño basadas en la protección de la privacidad justifican adecuadamente el carácter anticompetitivo de estas prácticas comerciales.

Sobre si la privacidad es o no un parámetro de la competencia ya he tenido ocasión de pronunciarme anteriormente, y me remito a esos trabajos¹⁸ para un mayor desarrollo de la cuestión. Apunta en esta misma dirección la doctrina¹⁹ que más recientemente ha analizado este pronunciamiento, y desde luego la pregunta queda palmariamente respondida por la Sentencia²⁰ del TJUE de 4 de julio de 2023, en el asunto *Meta Platforms Inc.* (el subrayado es nuestro):

“Como ha subrayado, en particular, la Comisión, el acceso a los datos personales y la posibilidad del tratamiento de estos se han convertido en un parámetro significativo de la competencia entre empresas de la economía digital. Por lo tanto, excluir las normas en materia de protección de datos personales del marco jurídico que las autoridades de defensa de la competencia deben tomar en consideración al examinar un abuso de posición dominante ignoraría la realidad de esta evolución económica y podría menoscabar la efectividad del Derecho de la competencia en el seno de la Unión” (apartado n. 51).

¹⁵ CARUGATI, C. (2021) *The Antitrust Privacy Dilemma*, 2 de diciembre de 2021. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3968829>

¹⁶ COSTA-CABRAL, F., y LYNSKEY, O. (2017): “Family ties: the intersection between data protection and competition in EU Law”, *Common Market Law Review*, 54 (1).

¹⁷ FERRER, E. y POL, A.: “Capítulo 5. Protección de datos y derecho de la competencia”, en RECUERDA GIRELA, M. A. (Dir), *Anuario de Derecho de la Competencia*, Ed. Civitas, Madrid 2020, pp. 119-142.

¹⁸ DÍEZ ESTELLA, F.: Capítulo 2: ¿Es la privacidad un parámetro de la competencia? en ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. y ZURIMENDI ISLA, A. (Dir), *Estudios de la Red Académica de Defensa de la Competencia (RADC) 2022*, Ed. Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) 2022, pp. 51 a 72.

¹⁹ GORECKA, A.: “On the interplay between competition law and privacy: the impact of Meta Platforms case”, *European Competition Journal*, Vol. 20 (3), 2024, pág. 560.

²⁰ Sentencia del TJUE (Gran Sala), de 4 de julio de 2023, As. C-252/21 (ECLI:EU:C:2023:537).

En cualquier caso, dado que la privacidad es un factor que los usuarios valoran cada vez más en sus decisiones económicas, además de ser un derecho fundamental puede concluirse que es un factor más dentro del proceso competitivo. Así, en los mercados impulsados por esta nueva economía de los datos, estos constituyen una ventaja competitiva que se traduce en una fuente de poder de mercado.

Para concluir este epígrafe, no podemos dejar de señalar que estamos asistiendo a una interpretación de la normativa digital que parece que esté guiada por un único principio: la primacía absoluta de la privacidad; la protección de datos como “mantra” de cualquier actuación administrativa o judicial. Esto, que se refleja -como veremos seguidamente- en el análisis de las políticas de ‘pay-or-consent’, requiere una reflexión más pausada, y un debate que hasta la fecha no ha tenido lugar. Parece, como algunos autores han señalado²¹, que sea éste un dogma de nuestros tiempos que nadie se atreve a cuestionar.

Y, junto a ello, que al igual que la privacidad -y la competencia- merecen protección, también la libertad de empresa, la libertad de contratación, el poder diseñar un modelo de negocio libremente, y que los consumidores elijan. Y, como se ha señalado recientemente, a raíz del conocido caso²² *Android Auto* -en el que se impone a la empresa dominante una obligación de facilitar la interoperabilidad de su plataforma con una App de una empresa competidora, pese a que no es “indispensable” para el desarrollo de su actividad, sino meramente “conveniente”, estas libertades están cada vez más menguadas en la UE²³.

2.2. ¿Nuevas modalidades de abusos de explotación?

Por todo lo anteriormente indicado parece razonable pensar que las empresas tengan ciertos incentivos para implementar estrategias de protección de datos que les sirvan para crear o reforzar una

²¹ CRADDOCK, P.: “Op-Ed: Who dares question the primacy of data protection?”, May 7, 2024. Disponible en: <https://www.linkedin.com/pulse/op-ed-who-dares-question-primacy-data-protection-peter-craddock-kfkxe/>

²² Sentencia del TJUE, de 25 de febrero de 2025, As. C-233/23 (ECLI:EU:C:2025:110).

²³ ROBLES MARTÍN-LABORDA, A.: “La menguante libertad de contratar de las empresas dominantes en la UE: el caso Android Auto y la doctrina de las instalaciones esenciales”, *Blog CeCo*, 26 de marzo de 2025. Disponible en: <https://centrocompetencia.com/la-menguante-libertad-de-contratar-de-las-empresas-dominantes-en-la-ue>

posición dominante en el mercado²⁴, ya sea con un aumento o una disminución de los niveles de protección en la recogida y procesamiento de los datos de sus usuarios, o de empresas que operan en sus plataformas.

Por un lado, la disminución de la protección de la privacidad podría constituir un abuso de explotación a los usuarios finales. Por otro lado, y como recientes aportaciones doctrinales han señalado²⁵ muy acertadamente, el aumento de la protección de la privacidad podría excluir o discriminar a los rivales, tal y como alegan los demandantes en las investigaciones alemanas y francesas sobre la transparencia del seguimiento de las aplicaciones de *Apple*.

Así, *Apple* ha sido recientemente sancionada²⁶ en Francia con 150 millones de euros por abuso de posición dominante en el mercado de distribución de aplicaciones móviles en dispositivos iOS e iPadOS, entre abril de 2021 y julio de 2023. El origen de la infracción fue la implementación del sistema *App Tracking Transparency* (ATT), introducido con iOS 14.5, que obliga a los usuarios a dar su consentimiento explícito para el rastreo con fines publicitarios por parte de apps de terceros. Aunque el objetivo declarado era reforzar la privacidad del usuario, la *Autorité* concluyó que *Apple* aplicó la ATT de forma que distorsionaba la competencia, dificultando artificialmente el uso de aplicaciones de terceros y favoreciendo a sus propios servicios publicitarios.

Entre los elementos más relevantes la *Autorité de la concurrence* destaca que se generaban múltiples ventanas emergentes de consentimiento, haciendo complejo el uso de apps ajenas a *Apple*; que existía una asimetría de trato: *Apple* no requería el mismo tipo de consentimiento para rastrear a través de sus propias aplicaciones; y que este diseño afectó especialmente a editores y desarrolladores

²⁴ Es cada vez más frecuente en la literatura jurídica y económica sobre este tema el empleo de calificativos como “excusa”, “aprovecharse”, “engañar”, etc., para calificar la conducta de las grandes plataformas cuando implementan sus políticas de privacidad y en el fondo están creando obstáculos anticompetitivos. *Vid.*, a modo de ejemplo: SOKOL, D. y ZHU, F. (2021), “Harming Competition and Consumers Under the Guise of Protecting Privacy: An Analysis of Apple’s iOS 14 Policy Updates”, *Competition Policy International*, May 2021; UNEKBAS, S. (2022), “Competition, privacy and justifications: invoking privacy to justify abusive conduct under article 102 TFEU”, *Journal of Law, Market & Innovation*, Vol. 1 - Issue 2/2022.

²⁵ RIBERA MARTÍNEZ, A. (2022), “Trading Off the Orchard for an Apple: the iOS 14.5 Privacy Update”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 13, Issue 3, April 2022, pp. 200–216.

²⁶ Nota de prensa publicada por la *Autorité de la concurrence*, de 31 de marzo de 2025, disponible en: <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/en/press-release/targeted-advertising-autorite-de-la-concurrence-imposes-fine-eu150000000-apple>

pequeños, que dependen más de la publicidad personalizada financiada por datos de terceros.

En consecuencia, entiende que se infringe el derecho de la competencia, en concreto el artículo L. 420-2 del Código de Comercio francés (equivalente al artículo 102 TFUE), al abusar de su posición dominante en el mercado de distribución de apps en iOS, consistente en imponer condiciones desproporcionadas e innecesarias para el acceso al ecosistema, afectando a la competencia y generando un perjuicio económico a terceros. Igualmente se infringe la normativa de protección de datos, en concreto el artículo 82 de la Ley francesa de Protección de Datos, que transpone la Directiva *ePrivacy*.

Este caso es paradigmático de la intersección entre derecho de la competencia y protección de datos, ya que el enfoque de la *Autorité* reconoce que proteger la privacidad es un objetivo legítimo, pero no puede usarse como pretexto para obstaculizar la competencia. Por otra parte, el abuso no radica en el principio del ATT, sino en su implementación, que resulta innecesaria y desproporcionada, y se refuerza la idea de que una empresa dominante debe equilibrar el cumplimiento de objetivos de interés general (como la privacidad) con el respeto a las normas de competencia.

Vemos, por tanto, cómo en este nuevo escenario, el poder de mercado se obtiene principalmente a través de la adquisición, acumulación y procesamiento de ingentes cantidades de datos, y de ahí la estrecha relación de la normativa *antitrust* con la de protección de datos. Tras constatar esta realidad, como punto de partida, el paso siguiente es aprehender de forma sistemática la compleja y multifacética realidad de las plataformas digitales, y su funcionamiento como auténticos ecosistemas²⁷, que integran un amplio conjunto de prestaciones y servicios diversos, pero conectados entre sí. No es difícil darse cuenta, a este respecto, lo complicado que puede resultar decidir si se consideran estos diferentes servicios como mercados independientes entre sí, o como mercados interconectados.

Por otro lado, parece indudable²⁸ que esta configuración de los ecosistemas digitales de plataforma tiende, de forma natural, al *leveraging*, la extensión del poder de mercado entre los diferentes productos interconectados entre sí. Y puede, en algunos casos, haga

²⁷ *Vid.* una acertada caracterización de este nuevo fenómeno en JENNY, F.: “Competition Law and Digital Ecosystems: Learning To Walk Before We Run” (April 4, 2021). En <https://ssrn.com/abstract=3776274>

²⁸ BERGQVIST, C. and FAUSTINELLI, E., “Leveraging Conducts in the Digital Economy: A Competition and Regulatory Perspective” (June 28, 2022). En SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4148872>

la prestación más eficiente, o que garantice así la integridad de la plataforma, e incluso que los consumidores se beneficien de esta integración de servicios y funcionalidades. Lo que toca a la autoridad de competencia es justificar en qué circunstancias es permisible o, por el contrario, una conducta anticompetitiva o explotativa que hay que prohibir.

En cualquier caso, y así se apunta desde un cada vez más creciente conjunto de literatura²⁹ sobre los mercados digitales, parece que en ellos van a tener lugar una amplia fenomenología de abusos de explotación (frente a la preponderancia, en los mercados clásicos, de los abusos de exclusión), y que en cierta forma estas prácticas comerciales van a estar siempre a mitad de camino entre la normativa de competencia y la de protección de datos.

Otro ejemplo reciente lo encontramos en la reciente Resolución *Booking*³⁰, en la que la CNMC ha impuesto la multa más alta de su historia -más de 413 millones de euros- por una conducta de infracción del art. 2 LDC. El interés de este histórico pronunciamiento no es, evidentemente, por la cuantía de la sanción, sino porque es la primera vez que nuestra autoridad de competencia declara la comisión de un abuso de posición dominante de una plataforma digital, y porque las conductas sancionadas son tanto un abuso de exclusión como uno de explotación.

En este sentido, la nueva³¹ *Comunicación* de la Comisión Europea sobre definición de mercado relevante supone un intento de ajustar las herramientas clásicas a este nuevo escenario. Y desde luego que no son pocos los retos que afronta³²: desde dejar de considerar el precio como un factor relevante en la definición de mercado relevante (recordemos que, al menos para un grupo de usuarios, estas plataformas prestan sus servicios a precio cero), a empezar a considerar otros factores de cara a la sustituibilidad en la demanda, como la calidad, la privacidad, etc. Esto último incide muy especialmente en las políticas de ‘pay-or-consent’ que se analizarán en este trabajo.

²⁹ Vid., por todos, BUITEN, C.M.: “Exploitative abuses in digital markets: between competition law and data protection law”, *Journal of Antitrust Enforcement*, Volume 9, Issue 2, July 2021, pp. 270-288.

³⁰ RCNMC de 29 de julio de 2024, *Booking*, Exp. S/0005/21.

³¹ *Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa de la Unión en materia de competencia*, C(2023) 6789 final, de 8 de febrero de 2024.

³² ROBERTSON, V.: “Antitrust Market Definition for Digital Ecosystems”, *Concurrences*, Vol. 2 (2021) pp. 7-8; EBEN, M. and ROBERTSON, V.: “The Relevant Market Concept in Competition Law and Its Application to Digital Markets: A Comparative Analysis of the EU, US, and Brazil”, *Graz Law Working Paper Series*, No. 01 (2021), p. 27.

2.3. Los “jardines vallados” y nuevas teorías de daño: el caso *Apple Music*

Por su carácter cerrado e inaccesible ya se denominan en la literatura económica como “jardines vallados”³³, rasgo prevalente en gran parte de los ecosistemas digitales³⁴, que naturalmente plantea nuevos retos desde la perspectiva *antitrust*. Y es que la plataforma hará todo lo posible por afianzar ese carácter cerrado e inaccesible del mercado, erigiendo barreras de entrada (derivadas, por ejemplo, de los efectos de red, tan propios de estos modelos de negocio), aprovechando las ventajas del *first-mover* (se habla ya de que son auténticos “creadores de mercado”), y poniendo todos los medios a su alcance para retener a sus usuarios (efecto *lock-in*) impidiéndoles o dificultándoles hasta el extremo la salida o el cambio de plataforma (*switching costs*).

Esta perspectiva, y este tipo de conductas, que impiden el acceso al ecosistema digital a un competidor, o limitan su expansión, provocando el efecto de cierre de mercado (*foreclosure*) entran en la categoría de “abusos de exclusión”, y no son los que vamos a analizar aquí. Nos centraremos en la otra categoría de conductas prohibidas por el art. 102 TFUE, la de los “abusos de explotación”, que por su menor importancia han recibido tradicionalmente menos atención por la doctrina³⁵, y sin embargo en el nuevo escenario de plataformas digitales están empezando a cobrar un renovado protagonismo.

En este sentido, es llamativa -y muy elocuente de este “resurgir” de los abusos de explotación- una decisión reciente de la Comisión Europea en un expediente incoado inicialmente como abuso de exclusión, pero en el que finalmente la conducta infractora fue un abuso de explotación: la decisión³⁶ *Apple Music*, del pasado 4 de marzo de 2024.

³³ RODILLA MARTÍ, C.: “Jardines vallados en ecosistemas de plataformas y cuestiones de interoperabilidad”, en RUIZ PERIS, J.I. y ESTEVAN DE QUESADA, C. (Dir), *Cooperación y mercados digitales*, Ed. Atelier, Barcelona 2023, pp. 191-206.

³⁴ HEIDHUES, P., KÖSTERS, M., and KIOSZEGI, B. (2024): “A theory of digital ecosystems”, *ECONtribute Discussion Paper*, nº 329. Disponible en: <https://www.econstor.eu/handle/10419/301035>

³⁵ Con honrosas excepciones; *Vid.*, en fechas muy recientes, PADILLA, J.: “What is an exploitative abuse?” (November 15, 2024). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=>

³⁶ Decisión de la Comisión Europea de 4 de marzo de 2024, As. AT. 40.437 *Apple—App Store Practices (music streaming)*.

Respecto a la conducta de Apple, y esta es sin duda una de las grandes aportaciones de este pronunciamiento, la Comisión establece (apartado 555) los criterios bajo los cuales se consideran abusivas las condiciones comerciales desleales: *“Las Disposiciones Anti-Steering de Apple son un abuso (de explotación) conforme al artículo 102 a), del TFUE, debido a la imposición de condiciones comerciales desleales, si: (i) son impuestas unilateralmente por Apple a los proveedores de servicios de streaming de música; (ii) perjudican los intereses de los usuarios de iOS de servicios de streaming de música; y (iii) no son necesarias para la consecución de un objetivo legítimo o, en cualquier caso, no son proporcionadas a tal fin”*.

Respecto al daño que esto causa a los consumidores, la Decisión considera (apartados 590 a 592) acreditados tres tipos de perjuicios para los usuarios finales: (i) pagan más porque no pueden acceder a información sobre opciones de pago alternativas; (ii) sufren una experiencia degradada de cliente; (iii) algunos usuarios no se suscriben al servicio de su elección porque no pueden averiguar cómo comprar una suscripción o no se suscriben en absoluto a un servicio de música.

La Comisión va describiendo, uno por uno, todos los rasgos y características de lo que hemos definido en la introducción como *walled-gardens*: efectos de red tanto directos como indirectos (apartado n. 107), único canal de distribución para las aplicaciones (apartado n. 112), elevados costes de cambio (apartado n. 388), efecto *lock-in* de los consumidores (apartado n. 410), privación de alternativas (apartado n. 511); etc.

Uno de los aspectos más polémicos³⁷ de esta decisión es sin duda la consideración -desde luego novedosa en el acervo comunitario de competencia- de la “experiencia degradada de cliente” como una práctica abusiva contraria al art. 102 TFUE. La Comisión lo justifica llegando a la conclusión de que, si una aplicación opta por no incluir la compra en la aplicación, no puede informar al consumidor de cómo realizar compras en la aplicación. Un conjunto de tablas (apartado 691) completamente editada para no revelar información confidencial aparentemente muestran que, si una aplicación no incluye la compra desde la aplicación, tiene que recurrir a métodos promocionales de pago alternativos para conseguir que los usuarios se suscriban.

Esta teoría del daño no acaba de convencer, y estamos convencidos de que -junto con la exorbitada y no justificada cuantía

³⁷ MONTI, G.: “Exploitative Abuse – Takeaways from the Apple App Store Practices Decision”, 4 June 2024. Disponible en: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4853304>

de la multa- será objeto de revisión por parte del Tribunal General. La Comisión echa de mano, para fundamentarla, de algunos conceptos propios de la economía del comportamiento (*behavioral economics*) que aplica selectivamente a su conveniencia. Como acertadamente se ha señalado: “La Comisión también podría haber respaldado el análisis de los costes de cambio no monetarios con un análisis más detallado de los sesgos y heurísticas a los que se enfrentan los consumidores cuando deciden quedarse con los dispositivos de Apple. Es decepcionante que la Comisión solo recurra a los argumentos relativos a los efectos de bloqueo y las pasarelas, así como a la fuerte fidelidad a la marca de Apple. ¿Qué pasa con el bajo esfuerzo cognitivo de los usuarios y las asimetrías de información?”³⁸.

Finalmente, y retomando la discusión que hemos apuntado en un epígrafe precedente, parece claro que el punto más significativo de solapamiento entre la normativa *antitrust* y la DMA es precisamente la prohibición de abuso de posición dominante. El art.5(4) de la DMA prohíbe la imposición de normas *anti-steering* por parte de los guardianes de acceso... ¡precisamente el tipo de conducta sobre la que es objeto esta Decisión! Desde un principio la doctrina más atente ya había planteado la duda³⁹ razonable si entonces a esta conducta de Apple no debería habersele aplicado la DMA en vez del art. 102 TFUE.

Como hemos señalado en la introducción, esta duda se ha resuelto en fechas muy recientes, y con la imposición⁴⁰ de 500 millones de euros a Apple por infracción del art. 5(4) de la DMA la Comisión ha despejado la incógnita. Lo que el órgano antitrust comunitario tendrá que explicar muy bien es cómo esta sanción, por la misma conducta por la que fue sancionada en marzo del año pasado no conculca el principio de *ne bis in idem*.

En definitiva, y como acertadamente se ha señalado en una reciente aportación doctrinal, “las empresas que operan en los mercados digitales pueden desarrollar determinadas estrategias de mercado que no encajan fácilmente en el marco aplicativo del Derecho

³⁸ MÄIHÄNIEMI, B.: “(The Big) Apple’s “Walled Garden”: CASE AT.40437 – Apple – App Store Practices (music streaming)”, *Kluwer Competition Law Blog*, July 23, 2024. Disponible en:

<https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2024/07/23/the-big-apples-walled-garden-case-at-40437-apple-app-store-practices-music-streaming/>

³⁹ RADIC, L.: “Apple Fined at the 11th Hour Before the DMA Enters into Force”, *Blog Truth on the Market*, March 05, 2024. Disponible en: <https://truthonthemarket.com/2024/03/05/apple-fined-at-the-11th-hour-before-the-dma-enters-into-force/>

⁴⁰ Nota de prensa: *Commission finds Apple and Meta in breach of the Digital Markets Act*, Brussels, 23 April 2025. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_25_1085

de la competencia construido en las últimas décadas”⁴¹. Pues precisamente a una de esas estrategias es a lo que vamos a dedicar estas páginas, las denominadas políticas de ‘pay-or-consent’.

3. LA STJUE DE 4 DE JULIO DE 2023, META PLATFORMS, INC.

Especialmente contundente ha sido, en Luxemburgo, el pasado 4 de julio de 2023, el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE), dictaminando -entre otras cosas- que las plataformas no pueden combinar datos extraídos de diferentes fuentes sin haber recabado previamente el consentimiento expreso de los usuarios a tal fin, en su histórica sentencia⁴² *Meta Platforms Inc.*

Por su parte, la flamante DMA, todavía en fase inicial de puesta en marcha, prescribe en su artículo 5.2 (a) una serie de obligaciones adicionales a los recién designados por la Comisión Europea como “guardianes de acceso” (*gatekeepers*) que prestan “servicios básicos de plataforma”, consistentes en recabar ese consentimiento explícito e informar al usuario de que el tratamiento de sus datos se destinará a implementar técnicas de *targeted advertising*.

3.1. Iter judicial del conflicto entre Facebook y el Bundeskartellamt

En el marco de la prohibición de abuso de posición dominante de la Ley alemana (art. 19[1] GWB)⁴³, la *Federal Cartel Office* planteó por primera vez en el ámbito del derecho europeo la introducción de parámetros de privacidad en la evaluación de una conducta contraria a la competencia. Como se ha apuntado desde algún sector doctrinal⁴⁴, este caso además consideró la protección de los

⁴¹ OLMEDO PERALTA, E.: “Ordenando los instrumentos regulatorios para la apertura del sector digital en Europa: análisis, diagnóstico, ¿soluciones?”, en OLMEDO, E. (Dir); PASTRANA, M. (Coord.): *El Derecho de la Competencia ante las plataformas digitales*, Ed. Aranzadi, Madrid 2025, pág. 29.

⁴² Sentencia del TJUE (Gran Sala), de 4 de julio de 2023, As. C-252/21 (ECLI:EU:C:2023:537).

⁴³ Conviene hacer notar aquí que, a diferencia de lo previsto en el art. 102 TFUE, o en la mayoría de las legislaciones de los estados miembros, como por ejemplo nuestra Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, el párrafo 18.3 (a) de la *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* explícitamente hace referencia a los datos como fuente de poder de mercado.

⁴⁴ BOTTA, M. y WIEDEMANN, K. (2019): “The Interaction of EU Competition, Consumer, and Data Protection Law in the Digital Economy: The Regulatory Dilemma in the Facebook Odyssey”, *The Antitrust Bulletin*, Vol. 64 (3), pp. 428-446.

consumidores -su privacidad, sus datos personales- como una de las finalidades del Derecho de la competencia, más allá de las consideraciones puramente regulatorias en materia de protección de datos.

La política de privacidad de Facebook estaba diseñada con el mecanismo de *opt-in*, es decir, si los usuarios no mostraban su conformidad a los términos impuestos por Facebook no podrían acceder a ninguno de los servicios ofrecidos por la popular red social. De ahí que la FCO comenzara a investigar en 2016 si dicha empresa estaba abusando de su posición dominante en el mercado de las redes sociales a través de la imposición de cláusulas contractuales abusivas en sus términos y condiciones⁴⁵. En este sistema, como recoge la declaración conjunta de la ICO y la CMA británicas, la decisión del usuario se veía reducida a la mínima expresión, y solamente podrían aceptar los términos y condiciones si querían acceder al servicio⁴⁶.

Así, el *Bundeskartellamt* analizó detalladamente los términos y condiciones (TyC) de los servicios ofrecidos por Facebook, concluyendo que el tratamiento integral de dichos datos personales infringía el RGPD. Esta afirmación vino precedida de una consulta a la autoridad de protección de datos alemana, con la que colaboró en este asunto, y que entendió que la autoridad de competencia está legitimada para aplicar los principios instituidos por el RGPD en el marco de la evaluación de la conducta de la empresa dominante⁴⁷.

Apoyándose como base legal en el art. 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE), la FCO consideró que el consentimiento que prestaron los usuarios de Facebook en sus TyC está viciado, ya que estos no eran plenamente conscientes de las tareas de recogida y tratamiento de datos que se iban a realizar por parte de la red social. En paralelo, incide en que, aun en el supuesto en que se considerara que se ha prestado ese consentimiento libremente, la cantidad de datos recopilada es excesiva y no es

⁴⁵ VOLMAR N. M., HELMDACHB O. K. (2018): "Protecting consumer and their data through competition law? Rethinking abuse of dominance in light of Federal Cartel Office's Facebook investigation", *European Competition Journal*, vol. 14, no. 2-3, pp. 195-215. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/17441056.2018.1538033>

⁴⁶ Competition & Markets Authority y Information Commissioner's Office. (2021). *Competition and data protection in digital markets: a joint statement between the CMA and the ICO*, p. 19.

⁴⁷ COLANGELO G. y MAGGIOLINO M. (2019): "Antitrust über alles. Whither Competition Law after Facebook?", *World Competition Law and Economic Review*, Vol. 42 (3), p. 8. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3362428>

necesaria para la actividad de *profiling* realizada por Facebook⁴⁸. Una vez establecido que Facebook recogía ilegalmente los datos personales de sus usuarios para mejorar sus propios servicios de publicidad personalizada⁴⁹, la FCO determinó que los usuarios perdían el control sobre sus datos personales, de forma contraria a lo exigido por el RGPD.

Así, la popular empresa norteamericana consolidaba su posición de dominio frente al resto de sus competidores, fortaleciendo las barreras de entrada al mercado de las redes sociales⁵⁰. En su análisis, la FCO determinó que dichas barreras de entrada estaban reforzadas por la imposibilidad de los competidores de replicar la base de datos que Facebook había obtenido en aplicación de su política de TyC⁵¹. Como argumento añadido, señaló la FCO que dichos efectos ni siquiera podrían verse contrarrestados por la presión competitiva de la innovación en Internet ni la ejercida por los escasos y débiles competidores que tenía en el mercado⁵².

Con todos estos argumentos jurídicos el *Bundeskartellamt* concluyó, en junio de 2019, que los TyC impuestos a los usuarios de Facebook eran cláusulas contractuales abusivas⁵³. Y, en la medida en que esta práctica era una manifestación directa de su poder de mercado, consideró igualmente acreditado el abuso por parte de Facebook de su posición de dominio en el mercado de las redes sociales privadas⁵⁴. Como hemos señalado anteriormente, es la primera vez que una conducta basada en la imposición de una política de privacidad contraria al RGPD se considera como práctica contraria al Derecho de la Competencia.

Facebook planteó un recurso ante el Tribunal Superior Regional de Düsseldorf (OLG), quien suspendió cautelarmente la decisión de la FCO, al entender que la teoría del daño construida para acreditar la conducta de abuso de dominio no había sido del todo correcta. Señala el OLG que “*el tratamiento de datos por parte de Facebook [...] no da*

⁴⁸ Según la FCO, aunque los anuncios mostrados podrían ser menos eficaces y precisos, Facebook seguiría siendo capaz de prestar el servicio de perfilación de usuarios a los anunciantes (Facebook, asunto B6-22/16, párrafo 695).

⁴⁹ Facebook c. *Bundeskartellamt*, asunto B6-22/16, Case Summary, 15 de Febrero 2019, p. 4. Disponible en:

https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=3

⁵⁰ *Ibidem*, sección (b) Parallel use of services and high barriers for switching, Section 18(3a) no. 2 GWB, pp. 128-135.

⁵¹ Facebook, asunto B6-22/16, párrafos 469-472.

⁵² *Ibidem*, sección (e) Innovation-driven competitive, Section 18(3a) no.5 GWB, pp. 143-148.

⁵³ Facebook, asunto B6-22/16. Texto íntegro de la decisión disponible en inglés en: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/englisch_gwb.html#p0100

⁵⁴ *Ibidem*, párrafo 873.

*lugar a ningún daño competitivo relevante ni a ninguna evolución indeseable de la competencia*⁵⁵. Para este tribunal la conducta prohibida y sancionada por la FCO no da lugar a un resultado anticompetitivo, y la recopilación y el tratamiento de los datos de los usuarios de Facebook no perjudica al mercado, dado que los datos en cuestión pueden duplicarse sin dificultades y ponerse a disposición de cualquier tercero, incluidos los competidores de Facebook en el mercado de las redes sociales⁵⁶.

Veremos a continuación la importancia de este *iter* procesal en la cuestión que venimos analizando, ya que el Tribunal de Düsseldorf considera que la autoridad alemana de competencia utilizó las herramientas de competencia -en este caso la prohibición de abuso de posición dominante- para tratar de justificar su competencia en una materia que corresponde en exclusiva a las autoridades de protección de datos.

En efecto, según el OLG, la FCO “*está analizando exclusivamente un problema de protección de los datos personales y no uno de falta de competencia en los mercados*”⁵⁷. En este sentido, el simple hecho de que Facebook tuviera un altísimo número de usuarios activos a diario en la red social no podía considerarse prueba suficiente para establecer que los usuarios perdieron el control sobre sus datos. Por lo tanto, el Tribunal concluye que la cuestión sobre si el consumidor medio tenía todos los instrumentos a su disposición para entender en profundidad el poder que le otorgaba a Facebook aceptando sus TyC, nada tiene que ver con el Derecho de la Competencia.

Finalmente, resolviendo el recurso que se le había planteado, y manifestando a su vez un total desacuerdo con las conclusiones alcanzadas por el OLG, en junio de 2020 el Tribunal Federal de Justicia alemán (BGH) revocó dicha decisión considerando que la recopilación de datos de los usuarios por parte de Facebook se realizó sin el consentimiento necesario y que por tanto sí constituye un abuso de posición de dominio⁵⁸.

⁵⁵ OLG, *Facebook*, asunto VI-Kart 1/19, p. 6. La traducción al español ha sido realizada a partir de del texto en inglés de la decisión del *D’Kart Antitrust Blog*, disponible en: <https://www.d-kart.de/wp-content/uploads/2019/08/OLG-D%C3%BCsseldorf-Facebook-2019-English-1.pdf> (traducción no oficial).

⁵⁶ OLG, *Facebook*, asunto VI-Kart 1/19, p. 7, letra b).

⁵⁷ OLG, *Facebook*, asunto VI-Kart 1/19, cit., p. 10.

⁵⁸ Tribunal Federal de Justicia, Comunicado de prensa núm. 080/2020, 23 de junio de 2020. Disponible en: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungn/2020/23_06_2020_BGH_Facebook.pdf?__blob=publicationFile&v=2

Puede criticarse al BHG que la conclusión a la que llega no tiene en cuenta una realidad empírica conocida como la *privacy paradox*⁵⁹, que demuestra que a pesar de que los usuarios de plataformas digitales expresen una preferencia clara por una mayor protección de sus datos personales, suelen consentir a un tratamiento mucho más intensivo que aquel que desearían. En efecto, en su decisión el BHG parece obviar que los consumidores tienen la posibilidad, en todo caso, de elegir no utilizar la red social si deciden que los TyC son inaceptables.

Pese a todo, el BHG acoge -aunque con matices- la teoría del daño esbozada inicialmente por la FCO, y añade que la conducta de Facebook no solamente refuerza su posición dominante en el mercado de las redes sociales, sino también en el mercado conexo de la publicidad online⁶⁰. Mediante la técnica de *profiling*, la empresa consigue mejorar la experiencia personalizada del usuario en sus propios servicios y, atraídos por este incremento en la calidad del servicio, estos permanecen un mayor tiempo en la red social.

3.2. El TJUE sobre la conducta de Facebook

Tras el planteamiento por parte del *Düsseldorf Higher Regional Court* de una cuestión prejudicial⁶¹ ante el TJUE, el 20 de septiembre de 2022, el AG Rantos hizo públicas sus conclusiones⁶² el 20 de septiembre de 2022, y en su trascendental Sentencia⁶³ de 4 de julio de 2023, *Meta Platforms Inc.*, el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) contempla por primera vez en la historia la posible infracción del art. 102 TFUE a partir de una conducta de una empresa en relación con la recogida y tratamiento de los datos personales que recaba de sus usuarios. Y en la que el núcleo de la supuesta ilicitud está la infracción de la normativa específica de protección de datos, el RGPD.

⁵⁹ ACQUISTI A. (2012), *Nudging Privacy: The Behavioral Economics of Personal Information*, Digital Enlightenment Yearbook. Texto íntegro disponible en el repositorio digital Academia.edu: https://www.academia.edu/37950758/Nudging_Privacy_The_Behavioral_Economics_of_Personal_Information

⁶⁰ BHG, *Facebook*, asunto KVR 69/19, par. 94. Disponible en la página web del Tribunal: <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=bedd4af3c9d89a4dcaa64fc85d244e9e&nr=109506&pos=0&anz=107>

⁶¹ Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Düsseldorf (Alemania) el 22 de abril de 2021 — *Facebook Inc. y otros / Bundeskartellamt* (Asunto C-252/21) (2021/C 320/20).

⁶² Opinión del AG Rantos, de 20 de septiembre de 2022, As. C-252/21, *Meta Platforms Inc. v. Bundeskartellamt* (ECLI:EU:C:2022:704).

⁶³ Sentencia del TJUE (Gran Sala), de 4 de julio de 2023, As. C-252/21 (ECLI:EU:C:2023:537).

Hay que reconocer que el modelo de negocio de Facebook -la *targeted advertising*- está nítidamente descrito por el TJUE: “El modelo económico de la red social en línea Facebook se basa en la financiación a través de la publicidad en línea, que se hace a medida para los usuarios individuales de la red social, en función, en particular, de sus actitudes de consumo, intereses, poder adquisitivo y situación personal”⁶⁴. Y que, dicho modelo, se apoya a su vez en el *profiling*: “Tal publicidad es técnicamente posible mediante el establecimiento automatizado de perfiles detallados de los usuarios de la red y de los servicios en línea ofrecidos a nivel del grupo Meta”⁶⁵.

No procede aquí detenerse en un análisis exhaustivo de este histórico pronunciamiento, nos remitimos para ello a anteriores publicaciones⁶⁶; cabe únicamente señalar algunas de sus principales consecuencias con relación a la aplicación de la prohibición del art. 102 TFUE a las prácticas comerciales basadas en datos:

1) La primera hace referencia conflicto sobre la falta de jurisdicción de la autoridad de competencia para evaluar una infracción de la normativa de protección de datos; el TJUE es claro y contundente a este respecto, y en la medida que la privacidad es un parámetro más de la actividad competitiva, la infracción de las normas que la regulan puede devenir en una conducta anticompetitiva, por lo que la autoridad *antitrust* está plenamente legitimada para llevar a cabo esta valoración.

2) La segunda, en relación al “conflicto de derechos”, entre la libertad de empresa de diseñar un modelo de negocio basado en la publicidad personalizada, y el derecho del individuo a la protección de sus datos, el TJUE se decanta sin ambages a favor de éste frente a aquel: “A este respecto, cabe señalar que, pese a la gratuidad de los servicios de una red social en línea como Facebook, el usuario de esta no debería esperar razonablemente que, sin su consentimiento, el operador de esa red social trate los datos personales de ese usuario con fines de personalización de la publicidad. En estas circunstancias, debe considerarse que los intereses y los derechos fundamentales de tal usuario prevalecen sobre el interés de dicho operador en tal

⁶⁴ STJUE *Meta Platforms Inc.*, apartado n. 27.

⁶⁵ STJUE *Meta Platforms Inc.*, apartado n. 28.

⁶⁶ DÍEZ ESTELLA, F.: “¿Se puede cometer un abuso de domino ex artículo 102 TFUE en relación con los datos personales y por infracción del RGPD? La STJUE de 4 de julio de 2023 (As. C-252/21) *Meta Platforms Inc.*”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, n° 33, Jul-Dic. 2023, pp. 1-34.

*personalización de la publicidad, mediante la que él financia su actividad (...)*⁶⁷.

3) En tercer lugar, sobre el “conflicto de leyes”, aunque la normativa de competencia y la de protección de datos persiguen objetivos distintos, en los nuevos mercados digitales y en la conducta y modelos de negocio desarrollados por las grandes plataformas digitales, ambas confluyen, por lo que las conductas que se evalúen desde una perspectiva *antitrust* necesariamente habrán de tener en cuenta también aspectos relativos a la privacidad.

4) En cuarto lugar, respecto al “conflicto de principios”, *privacidad vs. antitrust*, aquí el TJUE no se enfanga en un ejercicio de equilibrio entre ambos, simplemente señala que el procesamiento de datos es un factor competitivo más, a la vez que se abstiene de decantarse en favor de modelos de negocio que prioricen la privacidad. Además, refuerza⁶⁸ la idea de que lo importante -en términos de dinámica competitiva, y supuestos abusos de posición dominante- es la capacidad de acceso, acumulación y tratamiento de dichos datos, no su conformidad con los principios y requisitos del RGPD.

5) Finalmente, la quinta -y más importante, porque ofrece un marco analítico que trasciende este caso concreto-, ahondado en la primera consecuencia descrita, es que después de este pronunciamiento del TJUE no quedan dudas⁶⁹ de que las autoridades de competencia pueden integrar, en la evaluación de si una conducta es contraria o no al art. 102 TFUE, y en la elaboración de una teoría del daño, elementos y políticas ajenas a las estrictamente *antitrust*.

Como no podía ser de otra forma, la propuesta⁷⁰ de *Directrices* sobre abusos de exclusión de 2024 se hacen eco de este pronunciamiento, y citándolo explícitamente a pie de página (nota 19) señalan sin ambages en su apartado 13: “*El artículo 102 del TFUE también puede aplicarse a las conductas comprendidas en el ámbito de aplicación de otras normas, de la Unión o nacionales, que regulan la conducta de las empresas en el mercado y que persiguen objetivos diferentes de los de las normas sobre competencia*”.

⁶⁷ STJUE *Meta Platforms Inc.*, apartado n. 117.

⁶⁸ STJUE *Meta Platforms Inc.*, apartado n. 147.

⁶⁹ Así se manifiesta, *inter alia*, GORECKA, A.: “On the interplay...”, *cit.*, pág. 565.

⁷⁰ Comunicación de la Comisión: Propuesta de *Directrices sobre la aplicación del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*, 1 de agosto de 2024. Disponible en la página web: https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2024-article-102-guidelines_en

De momento, hay un cierto consenso en la doctrina⁷¹ en que calificar como de abuso de carácter *explotativo* contrario al art. 102 TFUE la recopilación “excesiva” de datos es un poco forzado, pese a que indudablemente sí contravenga las previsiones sobre privacidad contempladas en el RGPD. En cambio, es más coherente construir una teoría del daño en torno al carácter *anticompetitivo* contrario al art. 102 TFUE de una conducta de negativa de dar acceso⁷² a terceros a los datos que necesita para competir en el mercado de forma eficiente.

De la dificultad de establecer una teoría del daño unívoca para este tipo de prácticas da cuenta el rocambolesco *iter* judicial seguido en Alemania, en el que, como hemos visto, el *Bundeskartellamt* afirmó que los TyC de Facebook eran abusivos (*unfair*) por ser contrarios a los principios del RGPD; el Tribunal Superior de Düsseldorf afirmó que no tenían ningún tipo de efecto anticompetitivo, ni en forma alguna habían perjudicado a los usuarios y consumidores; y el Tribunal Federal (BGH), en cambio, le dio la razón a la autoridad alemana de competencia, pero por un motivo distinto: no se había restringido el derecho a la privacidad, sino la libertad de elección. Y añade el elemento de efecto exclusionario por la barrera de entrada que suponía la acumulación de ingentes cantidades de datos por Facebook, que sus competidores no podían replicar.

Para concluir este epígrafe, recogemos un reciente y acertado análisis de este histórico pronunciamiento: “El caso Facebook ilustra el potencial de solapamientos significativos entre el Derecho de la competencia y la regulación de datos. *Meta c. Bundeskartellamt* reconoce esta realidad al reconocer dos puntos clave de interacción entre el artículo 102 del TFUE y el RGPD: la compatibilidad de la conducta empresarial con el RGPD puede ser relevante para determinar si cualifica como competencia en los méritos, y una posición dominante sí es relevante para evaluar si los interesados consienten libremente el tratamiento de sus datos”⁷³.

⁷¹ *Vid.*, por todos, ROBERTSON, V. (2020), “Excessive Data Collection: Privacy Considerations and Abuse of Dominance in the Era of Big Data”, *57 Common Market Law Review*, pp. 161–189.

⁷² Así lo señala, por ejemplo, al hilo precisamente de este caso, HAUCUP, J. (2019), “Data protection and antitrust: new types of abuse cases? An economist’s view in light of the German Facebook decision”, *CPI Antitrust Chronicle*, February 2019, pp. 2 – 6.

⁷³ WITT, A.: “*Meta v Bundeskartellamt*: data-based conduct between antitrust law and regulation”, *Journal of Antitrust Enforcement*, 2024, Vol. 12, pág. 351.

3.3. Las consecuencias del pronunciamiento: las políticas de ‘pay-or-consent’

El 30 de octubre de 2023, es decir, a los pocos meses de haberse dictado dicha Sentencia del TJUE, Meta anunciaba el lanzamiento de una versión de pago, sin anuncios, de sus dos aplicaciones más populares, Instagram y Facebook. Los usuarios que no quieran suscribirse a esta nueva modalidad pueden seguir disfrutando gratis de dichas redes sociales, pero tienen que consentir en el tratamiento de sus datos y “soportar” el continuo bombardeo de anuncios en la aplicación.

Esta posibilidad de ‘pay-or-consent’ está contemplada expresamente en la normativa de protección de datos de varios países de la UE (entre ellos España y Austria), prohibida en otros (Bélgica), o admitida bajo ciertas condiciones (Francia y Países Bajos). Puede decirse que esta posibilidad la formula el TJUE en el apartado n. 150 de su pronunciamiento, cuando señala que:

“Así pues, en el marco del proceso contractual, esos usuarios deben disponer de la libertad de negarse individualmente a prestar su consentimiento a operaciones particulares de tratamiento de datos que no sean necesarias para la ejecución del contrato, sin verse por ello obligados a renunciar íntegramente a la utilización del servicio ofrecido por el operador de la red social en línea, lo que implica que se ofrezca a dichos usuarios, en su caso a cambio de una remuneración adecuada, una alternativa equivalente no acompañada de tales operaciones de tratamiento de datos”.

Por ello, haciendo expresa mención a la Sentencia del TJUE en su comunicado oficial, Meta ofrece elegir entre *pagar* (sin anuncios) o *consentir* (con anuncios); lo que hay que preguntarse es ¿realmente nos hallamos ante una opción entre dos modalidades de servicio? ¿Puede decirse que los usuarios tienen una genuina libertad de elección? Porque eso, y no otra cosa, es lo que exigen tanto el RGPD como la DMA -por remisión a la normativa de protección de datos- para hablar de un consentimiento válidamente prestado.

El presupuesto de esta capacidad real de elegir es fácilmente identificable: que los usuarios que no quieran aceptar el tratamiento de sus datos a efectos de publicidad personalizada dispongan de alternativas realistas a la versión gratuita y con anuncios.

La respuesta a la pregunta que nos hemos formulado, es sencillamente que no, no hay una auténtica “opción” para el usuario. Como ha demostrado la profesora Pinar Akman en su estudio⁷⁴ “*A Web of Paradoxes: Empirical Evidence on Online Platform Users*” sobre el comportamiento y las preferencias de los usuarios de este tipo de plataformas y redes sociales. La versión de pago-sin-anuncios no constituye por tanto una alternativa realista a la versión gratis-con-anuncios.

Bien porque los usuarios no están dispuestos a pagar por seguir disfrutando de unos servicios que hasta ahora habían sido ofertados gratuitamente, bien porque el precio de suscripción es excesivo, bien porque es sencillamente implanteable no aceptar los TyC de redes sociales como Facebook o Instagram y salirse de la aplicación (con la consiguiente pérdida de contactos y seguidores, desconexión de amigos, familiares, etc.).

Sólo en el escenario -poco probable- de que apareciera en el mercado un nuevo competidor, capaz de ofertar un servicio igualmente atractivo, a un coste asequible, que rápidamente consiguiera un volumen de usuarios similar al que hoy tienen Instagram o Facebook, y sin las llamadas “barreras de cambio” (*switching costs*) de los servicios ofrecidos por Meta, su propuesta de ‘*pay-or-consent*’ cumpliría con los estándares legales de la normativa comunitaria.

Queda, por tanto, en manos de la Comisión Europea y las respectivas autoridades de protección de datos de los Estados miembros de la UE evaluar si la disposición a pagar de los consumidores y las alternativas existentes en el mercado hacen que la propuesta de Meta signifique para el usuario de sus aplicaciones que dispone de una genuina libertad de elección, y por tanto el consentimiento que presta -en uno u otro sentido, o para un determinado tratamiento de datos y no otro- es válido.

Lo que no está nada claro es qué normativa será de aplicación. Ya hemos visto que la acusación inicial del *Bundeskartellamt* contra *Facebook*, en Alemania, era de abuso de posición dominante, por infracción de la norma interna equivalente al art. 102 TFUE, la *GWB*⁷⁵. Pero es que no había pasado ni siquiera un año de la Sentencia del TJUE, el 1 de julio de 2024, cuando la Comisión

⁷⁴ AKMAN, P.: “A Web of Paradoxes: Empirical Evidence on Online Platform Users and Implications for Competition and Regulation in Digital Markets”, *16 (2) Virginia Law and Business Review* 217 (2022).

⁷⁵ Sec. 19(2) *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*.

Europea incoó un expediente⁷⁶ a Meta por entender que sus políticas de ‘pay-or-consent’ infringían el art. 5(2) de la DMA.

En particular, la CE considera que el modelo de Meta: (i) No permite a los usuarios optar por un servicio que utiliza menos de sus datos personales, pero es equivalente al servicio basado en “anuncios personalizados; (ii) No permite a los usuarios ejercer su derecho a consentir libremente la combinación de sus datos personales. Así, para garantizar el cumplimiento de la DMA, los usuarios que no den su consentimiento deberán tener acceso a un servicio equivalente que utilice menos datos personales, en este caso para la personalización de la publicidad.

En este contexto de hipertrofia regulatoria digital, el 17 de abril de 2024, el equivalente europeo de la AEPD española, el *European Data Protection Board* (EDPB) había emitido un dictamen⁷⁷ sobre esta política del ‘pay-or-consent’ (que, naturalmente, ya se ha generalizado al conjunto de servicios on-line que ofrecen las grandes plataformas digitales en todo el ámbito de la UE), diciendo básicamente que no cumple con las exigencias del RGPD.

Pues bien, como hemos señalado en la introducción, casi un año exacto después de este pronunciamiento, la Comisión Europea ha impuesto las dos primeras sanciones en la historia por incumplimiento de la DMA, y una de ellas es de 200 millones de euros a Meta, por su política de ‘pay-or-consent’. Como ya ha señalado la doctrina más atenta, comentando⁷⁸ esta decisión, la Comisión parece aquí seguir al dictado las tesis que había mantenido la EDPB.

En concreto, se señala en la Nota de Prensa⁷⁹ (la Decisión todavía no está publicada) que “*este modelo no es conforme con la DMA, ya que no daba a los usuarios la opción específica requerida de optar por un servicio que utiliza menos datos personales pero que es equivalente*

⁷⁶

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/print/en/ip_24_3582/IP_24_3582_EN.pdf

⁷⁷ EDPB Opinion 08/2024 on *Valid Consent in the Context of Consent or Pay Models Implemented by Large Online Platforms*, Adopted on 17 April 2024. Disponible en: https://www.edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/opinion-board-art-64/opinion-082024-valid-consent-context-consent-or_es (última consulta el 29 de abril de 2025).

⁷⁸ RIBERA MARTÍNEZ, A.: “The DMA’s teeth: Meta and Apple fined by the European Commission”, *Kluwer Competition Law Blog*, April 28, 2025. Disponible en: <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2025/04/28/the-dmas-teeth-meta-and-apple-fined-by-the-european-commission/>

⁷⁹ Nota de prensa: *Commission finds Apple and Meta in breach of the Digital Markets Act*, Brussels, 23 April 2025. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_25_1085

al servicio de «anuncios personalizados»” (en el informe de la EDPB, apartado n. 73). Y que “*El modelo de Meta tampoco permitía a los usuarios ejercer su derecho a consentir libremente la combinación de sus datos personales*” (en el informe de la EDPB, apartados 67 a 71).

Como acertadamente han apuntado ya algunos autores⁸⁰, en el escenario -bastante probable- de que escale el conflicto entre Meta y los reguladores europeos, y este asunto acabe dirimiéndose en Luxemburgo, nótese que el TJUE tendrá que fundamentar su teoría del daño en gran parte recurriendo a la moderna teoría economía del comportamiento (*behavioural economics*), además de argumentos propios del derecho de competencia y de protección de datos. Y esto supone, sin duda, todo un desafío en la aplicación de la normativa vigente a estos nuevos fenómenos empresariales de ecosistema digital.

Habrà que revisar todos estos razonamientos y aserciones cuando sepamos qué porcentaje de usuarios han aceptado la nueva propuesta de Meta. Sin embargo, una cosa parece clara: en lo que hace años la profesora SHOSHANA ZUBBOF calificara como “economía de la vigilancia”⁸¹, ante las tremendas posibilidades que los algoritmos y la IA ofrecen de una publicidad comportamental, y visto, como ha demostrado el exponencial crecimiento de *Tik Tok*, que la competencia en estos mercados se ha convertido en una carrera por generar adición a las aplicaciones y conseguir manipularnos -no nos olvidemos de *Cambridge Analytica*-, hay que estar extremadamente vigilantes y atentos a las prácticas de los gigantes digitales.

En este sentido, sin duda que la regulación existente, como el RGPD o la DMA, o el Reglamento sobre la IA, va a jugar un papel crucial. Pero, como veremos en el epígrafe siguiente, se precisa un poco más de coordinación entre la aplicación de estas normas. Y hace falta también un esfuerzo institucional de cooperación entre las respectivas autoridades -nacionales y europeas- encargadas de su *enforcement*. Y, sobre todo, una firme voluntad política de aplicar esta normativa, salvaguarda de los valores y principios europeos, y mecanismo de protección de los consumidores, pero también de las empresas y los mercados digitales en la UE.

⁸⁰ CARUGATI, C. (2023): “The ‘pay-or-consent’ challenge for platform regulators”, *Bruegel Analysis*, 32/2023, de 6 de noviembre de 2023. Disponible en: <https://www.bruegel.org/analysis/pay-or-consent-challenge-platform-regulators> (último acceso el 29 de abril de 2025).

⁸¹ ZUBBOF, S. (2020): *La era del capitalismo de la vigilancia La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder*, Ed. Paidós, Madrid.

4. La interacción entre el RGPD, el art. 102 TFUE, la DMA, y las conductas desleales

Las prácticas comerciales que llevan a cabo los nuevos ecosistemas digitales parece que se resisten a veces a encajar en las teorías de daño tradicionales, e incluso a dejarse tipificar en los moldes legales existentes. Esta situación, que genera una indudable inseguridad jurídica, se ve agravada por la proliferación⁸² reciente de normativa aplicable a los mercados digitales.

Hemos hecho referencia en un epígrafe anterior el caso *Booking*, de la CNMC en España. Respecto al abuso de dominio de carácter explotativo, y valorando una conducta que raya en la prohibición de explotación de una situación de dependencia económica⁸³ de nuestro derecho de competencia desleal (art. 16.2 LCD), las condiciones impuestas que se calificaron como “no equitativas”, fueron, además de las ya clásicas⁸⁴ “cláusulas de nación más favorecida”, las relativas a cláusulas contractuales relativas a sometimiento a fuero, el idioma de los propios contratos de adhesión a la plataforma, o cuestiones de falta de transparencia en el posicionamiento de los hoteles.

Es, desde luego, una construcción de la teoría del daño respecto de abusos de dominio de carácter explotativo ciertamente “creativa”, ya que, como ha señalado la doctrina más atenta⁸⁵, la CNMC no atiende tanto al perjuicio directo causado a los consumidores finales de los servicios ofrecidos por la plataforma, sino a los sufridos por los hoteles prestadores de dichos servicios, en cuanto consumidores intermedios.

Otro ejemplo más de un caso reciente en el que confluyen teorías de daño propias de abusos de exclusión con los de explotación es la polémica sobre los “precios dinámicos” en la venta de entradas por

⁸² Sobre el sinfín de normas bajo las que se pueden analizar las políticas de ‘pay-or-consent’, puede consultarse, por ejemplo: D’AMICO, A.; PELEKIS, D.; SANTOS, C. and DUIVENVOORDE, B.: “Meta’s Pay-or-Okay Model. An analysis under EU Data Protection, Consumer and Competition Law”, *Technology & Regulation*, Vol. 19 (2024), pp. 254-272.

⁸³ *Vid.*, sobre esta práctica en el ámbito concreto de los mercados digitales, el excelente trabajo de ESTEVAN DE QUESADA, C.: “Desequilibrios de poder en los mercados digitales: plataformas y dependencia”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, nº 42 (2022), pp. 57 y ss.

⁸⁴ BAENA ZAPATERO, R.: “El lío de las llamadas MFNS y el derecho de la competencia: de Apple a booking.com”, en RECUERDA GIRELA M.A.: *Problemas prácticos y de actualidad del derecho de la competencia*, Ed. Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2016.

⁸⁵ RIBERA MARTÍNEZ, A.: “Cláusulas de paridad a medianoche: Comentario a la sanción de Booking en España”, *Centro de Competencia Universidad del Pacífico*, 28 de agosto de 2024. Disponible en: <https://centrocompetencia.com/clausulas-paridad-comentario-sancion-booking-espana/>.

parte de la plataforma digital *Ticketmaster* para los conciertos del famoso grupo de música Oasis en su *Reunion Tour* de 2024.

Esto ha llevado a que la autoridad británica de competencia, la CMA (*Competition and Markets Authority*) haya abierto⁸⁶ un expediente a dicha empresa por un abuso de dominio, sancionado por el Capítulo II de la *UK Competition Act* (el equivalente al art. 102 TFUE o la Sección 2ª de la *Sherman Act*). Idéntica investigación estaba ya llevando a cabo desde hacía unos pocos meses antes⁸⁷ el Departamento de Justicia norteamericano, con la diferencia⁸⁸ de que este expediente pivota en torno a un abuso de exclusión, mientras que el seguido por la CMA gira sobre un abuso de explotación, incidiendo continuamente sobre el posible daño a los consumidores.

En idéntico sentido, se trata ahora de examinar qué teoría del daño aplicamos a este tratamiento “explotativo” de los datos que supuestamente llevan a cabo grandes plataformas digitales como Meta a través de sus TyC y en relación con las políticas de privacidad que “imponen” a sus usuarios.

Ya hemos introducido, en un epígrafe precedente, el debate sobre si la privacidad es o no un parámetro de la competencia. Baste señalar aquí que, pese a que las cuestiones respecto a los datos están presentes en las obligaciones de los artículos 5 y 6 de la DMA, el debate de esta trascendental cuestión ha sido bastante ignorado⁸⁹ en todo el proceso de elaboración de la norma, y teniendo en cuenta su importancia de cara precisamente a la disputabilidad de los mercados, la somera referencia que se hace en el Considerando n° 36⁹⁰ es a todas luces insuficiente.

⁸⁶ Vid. Nota de Prensa (5 de septiembre de 2024): <https://www.gov.uk/government/news/cma-launches-investigation-into-ticketmaster-over-oasis-concert-sales>

⁸⁷ Vid. Nota de Prensa (23 de mayo de 2024): <https://www.justice.gov/archives/opa/pr/justice-department-sues-live-nation-ticketmaster-monopolizing-markets-across-live-concert>

⁸⁸ Ambos procedimientos, así como una valoración inicial sobre la consideración de los precios dinámicos como práctica abusiva de carácter explotativa puede verse en BROWN, A.: “Don’t Log Out in Anger: Dynamic Pricing of Oasis Tickets as an Exploitative Abuse?”, *Kluwer Competition Law Blog*, 6 de septiembre de 2024. En: <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2024/09/06/dont-log-out-in-anger-dynamic-pricing-of-oasis-tickets-as-an-exploitative-abuse/>

⁸⁹ KERBER, W.: “Taming Tech Giants: The Neglected Interplay between Competition Law and Data Protection (Privacy) Law”, 67(2) *Antitrust Bulletin* (2022).

⁹⁰ “El tratamiento, a efectos de la prestación de servicios de publicidad en línea, de datos personales de terceros que utilicen servicios básicos de plataforma proporciona a los guardianes de acceso ventajas potenciales en términos de acumulación de datos, lo que crea obstáculos a la entrada al mercado. Esto se debe a que los guardianes de acceso tratan datos personales de un número considerablemente mayor de terceros que otras empresas”.

Además, como ha puesto de manifiesto la doctrina⁹¹ que más a fondo ha analizado este pronunciamiento, el artículo 5(2) de la DMA, que prohíbe a los *gatekeepers*, la realización de prácticas específicas que puedan acumular cantidades excesivas de datos personales de los usuarios, a menos que se les haya presentado una opción específica y hayan dado su consentimiento, alinea explícitamente el concepto de consentimiento con el del RGPD, aun cuando, a juzgar por sus considerandos, aunque, a juzgar por dicho Considerando n° 36, la teoría del daño que subyace en esta prohibición es el de *foreclosure* (propio de los abusos de exclusión) y no el daño a consumidores (propio de los abusos de explotación).

Con todo, habida cuenta del carácter *per se* de la prohibición del art. 5(2) DMA, y lo expedito de su aplicación una vez *Meta* ha sido designado *gatekeeper*, y las redes sociales un *Servicio Básico de Plataforma*, cuesta pensar que la Comisión Europea va a ir por la “engorrosa” vía antitrust (definir mercado, justificar dominio, acreditar efectos, etc) para intervenir en el futuro en casos similares de recopilación excesiva de datos por parte de grandes plataformas digitales. A la vista está la decisión del pasado 23 de abril de 2025 de sancionar a *Meta* por infracción de este precepto.

Hemos apuntado anteriormente que el interfaz entre la DMA y la prohibición de abuso de dominio contenida en el art. 102 TFUE dista mucho de estar perfectamente articulada⁹². Hemos visto a lo largo de estas páginas que hay un buen número de prácticas empresariales que llevan a cabo los ecosistemas digitales de plataforma que perfectamente pueden “tipificarse” bajo ambos cuerpos normativos, lo que genera un amplio espacio de inseguridad jurídica, falta de predictibilidad económica, cuando no un riesgo evidente de incurrir en *ne bis in idem*.

Ya en el año 2020 la OCDE había publicado⁹³ un concienzudo informe sobre el abuso de dominio en los mercados digitales, que ponía de manifiesto la necesidad de “repensar” las teorías de daño empleadas hasta ahora para adaptarlas a este nuevo contexto. Esta preocupación pensamos que es especialmente acuciante respecto a las prácticas que tradicionalmente se conocen como abusos de explotación, y a las cuales son proclives los nuevos ecosistemas digitales, por lo que urge clarificar la aplicación de la norma contenida

⁹¹ WITT, A.: “*Meta v Bundeskartellamt*: data-based conduct...”, *cit.*, pág. 354.

⁹² AKMAN, P.: “Regulating Competition in Digital Platform Markets: A Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets Act”, *European Law Review*, n° 1, 2022, pp. 85-114.

⁹³ OECD (2020), *Abuse of dominance in digital markets*. Disponible en la página web: www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf

en el art. 102 TFUE en este nuevo escenario⁹⁴, así como su relación con la DMA, y la propia normativa de protección de datos contenida en el RGPD.

Con carácter previo a la valoración que haremos sobre cuál de todas estas normas puede ser la más adecuada para regular las políticas de ‘pay-or-consent’, no podemos dejar de apuntar a otra más que hasta ahora ni siquiera se ha mencionado: el Reglamento de Servicios Digitales⁹⁵ (o DSA, por sus siglas en inglés, la *Digital Services Act*). Dicha normativa establece en su art. 26(3) que “*los prestadores de plataformas en línea no presentarán a los destinatarios del servicio anuncios basados en la elaboración de perfiles, tal como se define en el artículo 4, punto 4, del Reglamento (UE) 2016/679, utilizando las categorías especiales de datos personales a que se refiere el artículo 9, apartado 1, del Reglamento (UE) 2016/679*”.

Pues bien, como ha señalado la doctrina⁹⁶ más atenta, esta previsión legal encaja a la perfección con la política de ‘pay-or-consent’ (cuya justificación última es, como hemos señalado, precisamente la publicidad personalizada) de las grandes plataformas digitales, en general, y de Meta en particular, protagonista de la STJUE, el Informe de la EDPB o el expediente por infracción de la DMA.

Especial relevancia tiene, de cara a evaluar la legalidad de esta práctica, la óptica de los consumidores y usuarios. Es, por ejemplo, el camino que sigue la ICO (*Information Commissioner Office*) británica, que en fechas muy recientes ha publicado una guía⁹⁷ sobre el impacto de las políticas de ‘pay-or-consent’, en la que se señala (de forma un tanto genérica) que: “*En principio, la normativa de protección de datos no prohíbe los modelos de negocio que implican consentimiento o pago. Sin embargo, cualquier organización que se plantee un modelo de este tipo debe asegurarse de que el consentimiento para el tratamiento de datos personales con fines de publicidad personalizada se ha dado libremente y con pleno conocimiento de causa, y de que puede retirarse sin perjuicio alguno*”.

⁹⁴ CRANE, D.: “Ecosystem Competition and the Antitrust Laws”, *Nebraska Law Review*, Vol. 98, Issue n. 2, 2019, pp. 412 – 424.

⁹⁵ Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE. DOUE núm. 277, de 27 de octubre de 2022, páginas 1 a 102.

⁹⁶ SÁNCHEZ FRÍAS, I.: “La prohibición de presentar publicidad basada en perfiles utilizando categorías especiales de datos en la Ley de Servicios Digitales. ¿A quién deja atrás? Especial referencia al dilema *Pay-or-Okay*”, *Actas de Derecho Industrial*, Vol. 44 (2024), pp. 407-421.

⁹⁷ “Consent or pay guidance impact assessment”, January 2025, pág. 3. Disponible en: <https://ico.org.uk/for-organisations/uk-gdpr-guidance-and-resources/online-tracking/consent-or-pay/>

Otros enfoques sobre estas políticas de ‘pay-or-consent’ inciden más en la articulación⁹⁸ entre la DMA y el RGPD a partir del conflicto entre el poder de mercado de las grandes plataformas digitales y la libertad individual de los usuarios (a la hora de manifestar su consentimiento a los TyC) y desde luego nos parecen más acertados que intentar fundamentar el carácter explotativo de este supuesto abuso de dominio sobre los datos en el derecho fundamental a la propiedad privada⁹⁹. En este sentido, evaluar la práctica desde la óptica puramente contractual¹⁰⁰ es evidente que arroja perspectivas que completan necesariamente el resto de enfoques; en particular, este tipo de análisis ius-privatista es muy certero para dilucidar uno de los dos extremos del dilema del ‘pay-or-consent’, y es el relativo al precio del consentimiento¹⁰¹ (en términos de la STJUE, la “remuneración adecuada”, Apartado n. 150).

Desde luego lo que no puede obviarse es la necesidad, para abordar este conflicto, de una perspectiva conjunta, que al menos integre la normativa de competencia y la de protección de datos. A este respecto, se ha señalado¹⁰², pensamos que acertadamente, que como estamos ante una combinación de dos fallos de mercado (desde la perspectiva antitrust, el poder de mercado que permite a *Facebook* imponer sus cláusulas contractuales, y desde la perspectiva de la protección de datos, la existencia de sesgos y problemas de asimetría de información, conductas irracionales de los usuarios, etc), la solución necesariamente tiene que combinar también ambos enfoques.

⁹⁸ MAJCHER, K.: “Freedom, Power, and Contestability: Interactions Between Article 5(2) DMA and the GDPR”, *Kluwer Competition Law Blog*, October 22, 2024. Disponible en: <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2024/10/22/freedom-power-and-contestability-interactions-between-article-52-dma-and-the-gdpr/>

⁹⁹ SCHMIDT-SAMEK, P.: “Data-related exploitative abuse of a dominant position and the Fundamental Right to Property. Art. 17 CFR as a possible key to the German Facebook case (Meta)”, *Europarecht*, Vol. 5 (2022), pp. 586-611.

¹⁰⁰ BACHELET, V.: “‘Pay-or-consent’ and emerging trends in digital contract law”, *European Review of Private Law*, Vol. 5 (2024). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=>

¹⁰¹ Del mismo autor que la referencia anterior, puede consultarse, a este respecto: BACHELET, V.: “La Corte di giustizia sul caso Meta: trattamento dei dati e “prezzo” del consenso”, *Pactum. Rivista di diritto dei contratti*, n° 4, Diciembre 2023, pp. 483-499.

¹⁰² KERBER, W. y ZOLNA, K.: “The German Facebook case: the law and economics of the relationship between competition and data protection law”, *European Journal of Law and Economics*, Vol. 54 (2022), pp. 217-250. Estos autores destacan que la conducta de Facebook tiene efectos tanto exclusionarios como explotativos. También, en la línea apuntada en estas páginas, no dudan en afirmar que la privacidad es un parámetro de la competencia.

5. VALORACIÓN FINAL Y CONCLUSIONES

A partir de la relevancia que los datos personales tienen en la nueva economía digital, y en el modelo de negocio de los grandes ecosistemas de plataforma, se precisa -en su necesaria protección y regulación- atender a su doble vertiente: desde la esfera de la privacidad y los derechos fundamentales, así como en su condición de activo económico en los emergentes modelos de negocio.

En este sentido, hemos podido comprobar cómo en esta nueva economía de los datos se está absolutizando el valor de la privacidad, en detrimento de la libertad de empresa. Las teorías del daño con las que se han querido justificar la supuesta abusividad de las prácticas comerciales de estos nuevos operadores del mercado no están todavía desarrolladas, y conceptos como los “jardines vallados” requieren todavía de un nuevo instrumental que explique el alcance de sus efectos anticompetitivos.

Como se demuestra en el caso *Facebook*, y lo rocambolesco de su periplo judicial en Alemania, las autoridades de competencia y los órganos judiciales no cuentan todavía con las herramientas necesarias para evaluar los efectos sobre el mercado y el daño presuntamente sufrido por los consumidores en la imposición de determinadas cláusulas contractuales relativas al tratamiento de sus datos personales, encaminado en última instancia a la elaboración de publicidad personalizada.

Tras la STJUE en el caso *Meta Platforms, Inc.*, que ha sido analizada en estas páginas, y como consecuencia de ella la implementación de las políticas de ‘pay-or-consent’ por parte de la gran mayoría de ecosistemas digitales de plataforma, se constata que existe un amplio repertorio de normativa aplicable (art. 102 TFUE, DMA, DSA, RGPD, etc), y no está claro cuál es el más adecuado. La única conclusión a la que hemos podido llegar, estando todavía en estos momentos pendientes algunas decisiones al respecto de la Comisión Europea y la EDPB, así como de autoridades nacionales que están examinando la práctica en sus respectivas jurisdicciones, es que el instrumento más adecuado para regularla no es -como se ha intentado, esforzadamente- la figura del abuso de explotación, contenido en el art. 102 TFUE, sino la prohibición contenida en el art. 5(2) DMA, tal y como se pone de manifiesto en la sanción de 200 millones de euros impuesta a *Meta* el pasado 23 de abril de 2025.

BIBLIOGRAFÍA

ACQUISTI A. (2012): *Nudging Privacy: The Behavioral Economics of Personal Information*, Digital Enlightenment Yearbook. Texto íntegro disponible en: https://www.academia.edu/37950758/Nudging_Privacy_The_Behavioral_Economics_of_Personal_Information

AKMAN, P. (2022): “A Web of Paradoxes: Empirical Evidence on Online Platform Users and Implications for Competition and Regulation in Digital Markets”, *16 (2) Virginia Law and Business Review* 217.

AKMAN, P. (2022): “Regulating Competition in Digital Platform Markets: A Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets Act”, *European Law Review*, n° 1, pp. 85-114.

BACHELET, V. (2023): “La Corte di giustizia sul caso Meta: trattamento dei dati e “prezzo” del consenso”, *Pactum. Rivista di diritto dei contrattii*, n° 4, Diciembre 2023, pp. 483-499.

BACHELET, V. (2024): “Pay-or-consent' and emerging trends in digital contract law”, *European Review of Private Law*, Vol. 5. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=>

BAENA ZAPATERO, R. (2016): “El lío de las llamadas MFNS y el derecho de la competencia: de Apple a booking.com”, en RECUERDA GIRELA M.A.: *Problemas prácticos y de actualidad del derecho de la competencia*, Ed. Civitas, Cizur Menor (Navarra).

BERGQVIST, C. and FAUSTINELLI, E. (2022): “Leveraging Conducts in the Digital Economy: A Competition and Regulatory Perspective” (June 28, 2022). En SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4148872>

BOTTA, M. y WIEDEMANN, K. (2019): “The Interaction of EU Competition, Consumer, and Data Protection Law in the Digital Economy: The Regulatory Dilemma in the Facebook Odyssey”, *The Antitrust Bulletin*, Vol. 64 (3), pp. 428-446.

BROWN, A. (2024): “Don’t Log Out in Anger: Dynamic Pricing of Oasis Tickets as an Exploitative Abuse?”, *Kluwer Competition Law Blog*, 6 de septiembre de 2024. En: <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2024/0>

[9/06/dont-log-out-in-anger-dynamic-pricing-of-oasis-tickets-as-an-exploitative-abuse/](https://doi.org/10.1017/9781017000000.006)

BUITEN, C.M. (2021): “Exploitative abuses in digital markets: between competition law and data protection law”, *Journal of Antitrust Enforcement*, Volume 9, Issue 2, July 2021, pp. 270–288.

CABRAL, L. et al. (2021): *The EU Digital Markets Act: A Report from a Panel of Economic Experts*, Joint Research Centre, 2021, p. 20. Disponible en la página web de la Comisión Europea: <https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC122910>

CARUGATI, C. (2021): *The Antitrust Privacy Dilemma*, 2 de diciembre de 2021. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3968829>

CARUGATI, C. (2023): “The ‘pay-or-consent’ challenge for platform regulators”, *Bruegel Analysis*, 32/2023, de 6 de noviembre de 2023. Disponible en: <https://www.bruegel.org/analysis/pay-or-consent-challenge-platform-regulators> (último acceso el 29 de abril de 2025).

COLANGELO G. y MAGGIOLINO M. (2019): “Antitrust über alles. Whither Competition Law after Facebook?”, *World Competition Law and Economic Review*, Vol. 42 (3), p. 8. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3362428>

COSTA-CABRAL, F., y LYNSKEY, O. (2017): “Family ties: the intersection between data protection and competition in EU Law”, *Common Market Law Review*, 54 (1).

CRADDOCK, P. (2024): “Op-Ed: Who dares question the primacy of data protection?”, May 7, 2024. Disponible en: <https://www.linkedin.com/pulse/op-ed-who-dares-question-primacy-data-protection-peter-craddock-kfkxe/>

CRANE, D. (2019): “Ecosystem Competition and the Antitrust Laws”, *Nebraska Law Review*, Vol. 98, Issue n. 2, , pp. 412 – 424.

D’AMICO, A.; PELEKIS, D.; SANTOS, C. and DUIVENVOORDE, B. (2024): “Meta’s Pay-or-Okay Model. An

analysis under EU Data Protection, Consumer and Competition Law”, *Technology & Regulation*, Vol. 19, pp. 254-272.

DÍEZ ESTELLA, F. y RIBERA MARTÍNEZ, A. (2022): “Derecho de la Competencia vs. Privacidad: ¿el gran dilema en los nuevos mercados digitales?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2022), ISSN 1989-4570, Vol. 14, N° 1, pp. 169-195.

DÍEZ ESTELLA, F. (2023): “¿Se puede cometer un abuso de domino ex artículo 102 TFUE en relación con los datos personales y por infracción del RGPD? La STJUE de 4 de julio de 2023 (As. C-252/21) Meta Platforms Inc.”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, n° 33, Jul-Dic. 2023, pp. 1-34.

DÍEZ ESTELLA, F. (2022): Capítulo 2: ¿Es la privacidad un parámetro de la competencia? en ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. y ZURIMENDI ISLA, A. (Dir), *Estudios de la Red Académica de Defensa de la Competencia (RADC) 2022*, Ed. Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), pp. 51 a 72.

EBEN, M. and ROBERTSON, V. (2021): “The Relevant Market Concept in Competition Law and Its Application to Digital Markets: A Comparative Analysis of the EU, US, and Brazil”, *Graz Law Working Paper Series*, No. 01, p. 27.

ESTEVAN DE QUESADA, C. (2022): “Desequilibrios de poder en los mercados digitales: plataformas y dependencia”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, n° 42, pp. 57 y ss.

FERRER, E. y POL, A. (2020): “Capítulo 5. Protección de datos y derecho de la competencia”, en RECUERDA GIRELA, M. A. (Dir), *Anuario de Derecho de la Competencia*, Ed. Civitas, Madrid, pp. 119-142.

GERADIN, D.; BANIA, K. y KARANIKIOTI, T. (2022): “The interplay between the Digital Markets Act and the General Data Protection Regulation” (August 29, 2022). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4203907>

GORECKA, A. (2024): “On the interplay between competition law and privacy: the impact of Meta Platforms case”, *European Competition Journal*, Vol. 20 (3), , pág. 560.

HAUCUP, J. (2019): “Data protection and antitrust: new types of abuse cases? An economist’s view in light of the German

Facebook decision”, *CPI Antitrust Chronicle*, February 2019, pp. 2 – 6.

HEIDHUES, P., KÖSTERS, M., and KÏOSZEGI, B. (2024): “A theory of digital ecosystems”, *ECONtribute Discussion Paper*, n° 329. Disponible en: <https://www.econstor.eu/handle/10419/301035>

JENNY, F. (2021): “Competition Law and Digital Ecosystems: Learning To Walk Before We Run” (April 4, 2021). En <https://ssrn.com/abstract=3776274>

JUST N. (2018): “Governing Online Platforms: Competition Policy in Times of Platformization”, *Telecommunications Policy*, n° 42, pp. 386 y 388.

KERBER, W. y ZOLNA, K. (2022): “The German Facebook case: the law and economics of the relationship between competition and data protection law”, *European Journal of Law and Economics*, Vol. 54, pp. 217-250.

KERBER, W. (2022): “Taming Tech Giants: The Neglected Interplay between Competition Law and Data Protection (Privacy) Law”, 67(2) *Antitrust Bulletin*.

LANDE, R. (2008), “The Microsoft-Yahoo Merger: Yes, Privacy is an Antitrust Concern”, 714 *FTC: Watch 1*.

MÄIHÄNIEMI, B. (2024): “(The Big) Apple’s “Walled Garden”: CASE AT.40437 – Apple – App Store Practices (music streaming)”, *Kluwer Competition Law Blog*, July 23, 2024. Disponible en: <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2024/07/23/the-big-apples-walled-garden-case-at-40437-apple-app-store-practices-music-streaming/>

MAJCHER, K. (2024): “Freedom, Power, and Contestability: Interactions Between Article 5(2) DMA and the GDPR”, *Kluwer Competition Law Blog*, October 22, 2024. Disponible en: <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2024/10/22/freedom-power-and-contestability-interactions-between-article-52-dma-and-the-gdpr/>

MARTÍNEZ LÓPEZ-SAEZ, M. (2018): “Capítulo 2. La dignidad humana y los derechos personalísimos como punto de partida de un derecho a la protección de datos de carácter personal”, en *Una*

revisión del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, 1ª ed., p. 26-27. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch.

MONTI, G. (2024): “Exploitative Abuse – Takeaways from the Apple App Store Practices Decision”, 4 June 2024. Disponible en: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4853304>

OLMEDO PERALTA, E. (2025): “Ordenando los instrumentos regulatorios para la apertura del sector digital en Europa: análisis, diagnóstico, ¿soluciones?”, en OLMEDO, E. (Dir); PASTRANA, M. (Coord.): *El Derecho de la Competencia ante las plataformas digitales*, Ed. Aranzadi, Madrid 2025, pág. 29.

PADILLA, J. (2024): “What is an exploitative abuse?” (November 15, 2024). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=>

RADIC, L. (2024): “Apple Fined at the 11th Hour Before the DMA Enters into Force”, *Blog Truth on the Market*, March 05, 2024. Disponible en: <https://truthonthemarket.com/2024/03/05/apple-fined-at-the-11th-hour-before-the-dma-enters-into-force/>

RIBERA MARTÍNEZ, A. (2022): “Trading Off the Orchard for an Apple: the iOS 14.5 Privacy Update”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 13, Issue 3, April 2022, pp. 200–216.

RIBERA MARTÍNEZ, A. (2024): “Cláusulas de paridad a medianoche: Comentario a la sanción de Booking en España”, *Centro de Competencia Universidad del Pacífico*, 28 de agosto de 2024. Disponible en: <https://centrocompetencia.com/clausulas-paridad-comentario-sancion-booking-espana/>.

RIBERA MARTÍNEZ, A. (2025): “The DMA’s teeth: Meta and Apple fined by the European Commission”, *Kluwer Competition Law Blog*, April 28, 2025. Disponible en: <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2025/04/28/the-dmas-teeth-meta-and-apple-fined-by-the-european-commission/>

ROBERTSON, V. (2020): “Excessive Data Collection: Privacy Considerations and Abuse of Dominance in the Era of Big Data”, *57 Common Market Law Review*, pp. 161–189.

ROBERTSON, V. (2021): “Antitrust Market Definition for Digital Ecosystems”, *Concurrences*, Vol. 2, pp. 7-8.

RODILLA MARTÍ, C. (2023): “Jardines vallados en ecosistemas de plataformas y cuestiones de interoperabilidad”, en RUIZ PERIS, J.I. y ESTEVAN DE QUESADA, C. (Dir), *Cooperación y mercados digitales*, Ed. Atelier, Barcelona, pp. 191-206.

SÁNCHEZ FRÍAS, I. (2024): “La prohibición de presentar publicidad basada en perfiles utilizando categorías especiales de datos en la Ley de Servicios Digitales. ¿A quién deja atrás? Especial referencia al dilema *Pay-or-Okay*”, *Actas de Derecho Industrial*, Vol. 44, pp. 407-421.

SCHMIDT-SAMEK, P. (2022): “Data-related exploitative abuse of a dominant position and the Fundamental Right to Property. Art. 17 CFR as a possible key to the German Facebook case (Meta)”, *Europarecht*, Vol. 5, pp. 586-611.

SOKOL, D. y ZHU, F. (2021): “Harming Competition and Consumers Under the Guise of Protecting Privacy: An Analysis of Apple’s iOS 14 Policy Updates”, *Competition Policy International*, May 2021; UNEKBAS, S. (2022), “Competition, privacy and justifications: invoking privacy to justify abusive conduct under article 102 TFEU”, *Journal of Law, Market & Innovation*, Vol. 1 - Issue 2/2022.

VOLMAR N. M., HELMDACHB O. K. (2018): “Protecting consumer and their data trough competition law? Rethinking abuse of dominance in light of Federal Cartel Office’s Facebook investigation”, *European Competition Journal*, vol. 14, no. 2-3, pp. 195-215. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/17441056.2018.1538033>

WITT, A. (2024): “*Meta v Bundeskartellamt*: data-based conduct between antitrust law and regulation”, *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol. 12, pág. 351.

ZUBBOF, S. (2020): *La era del capitalismo de la vigilancia La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder*, Ed. Paidós, Madrid.