

BEHAVIORAL ECONOMICS EN EL ANÁLISIS ANTITRUST: APLICACIÓN DEL ART. 102 TFUE Y LA DMA A LOS ECOSISTEMAS DIGITALES DE PLATAFORMA

Behavioral economics in antitrust assessment: enforcement of Art. 102 TFEU and DMA to platform digital ecosystems

*Fernando Díez Estella**

RESUMEN: El trabajo analiza cómo la Economía de la Conducta (*Behavioral Economics*) ha transformado el Derecho de la competencia de la Unión Europea, especialmente en su aplicación a los ecosistemas digitales de plataforma. Partiendo del artículo 102 TFUE y el Reglamento de Mercados Digitales (DMA), se examina cómo la Comisión Europea y los tribunales de Luxemburgo han incorporado los sesgos cognitivos de los consumidores —inercia, aversión a la pérdida, sesgo de disponibilidad, framing o sobrecarga informativa— para construir nuevas teorías del daño y fundamentar decisiones contra grandes tecnológicas como Microsoft, Google, Amazon, Apple y Meta. Estas conductas (vinculación, auto-favorecimiento, preinstalación o cláusulas anti-steering) muestran cómo los *gatekeepers* explotan la irracionalidad predecible de los usuarios para reforzar su posición dominante. El estudio contrasta el enfoque *ex post* del art. 102 TFUE, basado en la precisión fáctica y contextual, con el modelo *ex ante* de la DMA, que parte de «supuestos informados de irracionalidad» para ofrecer mayor certeza regulatoria. Se concluye que la integración de la economía conductual no sustituye, sino complementa, el paradigma clásico de competencia, aportando una comprensión más realista del comportamiento de consumidores y empresas y planteando el desafío de equilibrar eficacia económica y seguridad jurídica en la regulación de los mercados digitales.

PALABRAS CLAVE: Economía de la Conducta, antitrust, ecosistemas digitales, abuso de dominio, Art. 102 TFUE, DMA.

* Profesor Titular (ac.) Derecho Mercantil, Universidad Nebrija. Dirección correo electrónico: dieze@nebrija.es.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: ¿UN CAMBIO DE PARADIGMA JURÍDICO? II. EL ROL DE LA ECONOMÍA DEL COMPORTAMIENTO EN EL ANÁLISIS *ANTITRUST* Y LOS SEGOS DE LOS CONSUMIDORES. 1. Sesgo del Status Quo (Inercia) y Efecto Dotación (*Loss Aversion*). 2. Sesgo de *Saliency* (Disponibilidad) y Efecto Marco (*Framing*). 3. Complejidad y Sobrecarga de Información (*confusopoly*). 4. Sesgos de Tiempo (descuento hiperbólico) e Irracionalidad Predecible. III. APLICACIÓN DEL ART. 102 TFUE A LAS GRANDES PLATAFORMAS DIGITALES. 1. Abuso por vinculación (*Tying*): casos *Microsoft* y *Facebook Marketplace*. 2. Abuso por Auto-favorecimiento (*Self-Preferencing*): casos *Google Search* y *Amazon*. 3. Abuso por preinstalación: caso *Google Android*. 4. Determinación de la dominancia en mercados secundarios (*Aftermarkets*): caso *Apple*. 5. Implicaciones legales: precisión fáctica vs. Certeza. IV. EL ÚLTIMO —Y DEFINITIVO— HITO: LA APROBACIÓN DE LA DMA. 1. El enfoque de la DMA: supuestos informados de irracionalidad. 2. Obligaciones específicas de la DMA basadas en la EC. 3. La sanción a Meta (DMA.100055 - Art. 5(2): Modelo «Consentir o Pagar»). 4. La sanción a Apple (DMA.100109 - Art. 5(4): cláusulas *anti-steering*). V. EPÍLOGO Y CONCLUSIONES. VI. BIBLIORAFÍA.

ABSTRACT: This paper examines how Behavioral Economics has transformed EU Competition Law, particularly in its application to digital platform ecosystems. Focusing on Article 102 TFEU and the Digital Markets Act (DMA), it analyzes how the European Commission and the EU Courts have incorporated consumer cognitive biases — such as inertia, loss aversion, salience, framing, and information overload — to build new theories of harm and to justify decisions against major technology companies like Microsoft, Google, Amazon, Apple, and Meta. These practices (tying, self-preferencing, pre-installation, and anti-steering clauses) illustrate how gatekeepers exploit users' predictable irrationality to reinforce their market dominance. The study contrasts the *ex post* approach of Article 102 TFEU, based on factual and contextual precision, with the *ex ante* model of the DMA, which relies on “informed assumptions of irrationality” to enhance regulatory certainty. It concludes that the integration of behavioral insights does not replace but rather complement the classical competition paradigm, providing a more realistic understanding of consumer and firm behavior while raising the challenge of balancing economic effectiveness and legal certainty in the regulation of digital markets.

KEYWORDS: Behavioral Economics, antitrust, digital ecosystems, abuse of dominance, art. 102 TFEU, DMA.

CONTENTS: I. INTRODUCTION: A CHANGE IN THE LEGAL PARADIGM? II. THE ROLE OF BEHAVIORAL ECONOMICS IN ANTITRUST ANALYSIS AND CONSUMER'S BIASES. 1. Status Quo Bias (Inertia) and Endowment Effect (Loss Aversion). 2. Saliency Bias (Availability) and Framing Effect. 3. Complexity and Information Overload (Confusopoly). 4. Time Biases (Hyperbolic Discounting) and Predictable Irrationality. III. APPLICATION OF ARTICLE 102 TFEU TO LARGE DIGITAL PLATFORMS. 1. Abuse through Tying: *Microsoft* and *Facebook Marketplace* cases. 2. Abuse through self-preferencing: *Google Search* and *Amazon* cases. 3. Abuse through pre-installation: *Google Android* case. 4. Determination of dominance in secondary markets (aftermarkets): *Apple* case. 5. Legal implications: factual accuracy vs. certainty. IV. THE FINAL AND DEFINITIVE MILESTONE: THE APPROVAL OF THE DMA. 1. The DMA approach: informed assumptions of irrationality. 2. Specific obligations of the DMA based on the EC. 3. The sanction against Meta (DMA.100055 - Art. 5(2): ‘Consent or Pay’ model). 4. The sanction imposed on Apple (DMA.100109 - Art. 5(4): anti-steering clauses). V. EPILOGUE AND CONCLUSIONS. VI. BIBLIOGRAPHY.

I. INTRODUCCIÓN: ¿UN CAMBIO DE PARADIGMA JURÍDICO?

Parece evidente, a estas alturas, que las profundas transformaciones que los mercados han experimentado en fechas recientes, especialmente con el fenómeno de la digitalización y la irrupción de nuevos actores y modelos de negocio, seña-

ladamente los ecosistemas¹ de plataforma, exigen cuando menos una reflexión, un discernir si las normas tradicionales del Derecho de la competencia siguen siendo válidas en este nuevo escenario, o se precisa su reforma o actualización².

Esta es la misión de documentos como el estudio *Competition Policy for the Digital Era*, publicado³ por la Comisión Europea en abril de 2019, o el informe *Abuse of dominance in digital markets*, publicado⁴ por la OCDE al año siguiente, en 2020, que ponía de manifiesto la necesidad de «repensar» las teorías de daño empleadas hasta ahora para adaptarlas a este nuevo contexto. Señala con toda claridad el primero de estos informes que: «Las especificidades de las plataformas, los ecosistemas digitales y la economía de los datos exigen adaptación y reformulación de los conceptos, doctrinas y metodologías existentes, y de la aplicación del derecho de la competencia» (p. 39). A esta finalidad obedece también la actualización de las directrices aplicables a la definición de mercado relevante, paso previo esencial e ineludible antes de cualquier actuación antitrust, con la publicación en 2024 de una nueva *Comunicación*⁵ que tiene —entre otros objetivos— ofrecer un marco analítico que se ajuste a la actuación de estas grandes plataformas digitales, así como a las nuevas prácticas comerciales que tienen lugar en estos mercados.

Como acertadamente ha señalado la doctrina que más se está ocupando de estudiar este nuevo escenario: «las empresas que operan en los mercados digitales pueden desarrollar determinadas estrategias de mercado que no encajan fácilmente en el marco aplicativo del Derecho de la competencia construido en las últimas décadas»⁶. Pues bien, dentro de estas estrategias de mercado una nueva modalidad de abuso de la posición dominante que estas plataformas ostentan es explotando los sesgos de los consumidores, conforme ha desarrollado hace ya años la teoría de la Economía de la Conducta (EC) o *behavioral economics*.

La EC, una disciplina que combina la economía con la psicología y otras ciencias sociales ha ascendido hasta convertirse en un pilar clave en la formulación de las políticas que disciplinan el comportamiento de los agentes en el mercado, desde la normativa de Defensa de la Competencia (principalmente la prohibición de abuso de posición dominante), y más recientemente su «derivada» en forma de regulación sectorial aplicable a los mercados digitales. A diferencia de la teoría microeconómica neoclásica, que asume la racionalidad perfecta de los agentes,

1. CRANE (2019): «Ecosystem Competition and the Antitrust Laws», *Nebraska Law Review*, Vol. 98, Issue n. 2, pp. 412-424.

2. JENNY (2021): «Competition Law and Digital Ecosystems: Learning to Walk Before We Run» (April 4, 2021). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3776274>

3. CRÉMER, DE MONTJOY, SCHEWITZER (2019): *Competition Policy for the Digital Era*. Publications Office, European Commission. Disponible en: <https://data.europa.eu/doi/10.2763/407537>

4. 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

5. *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.

6. OLMEDO PERALTA (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, pág. 29.

la EC explora las desviaciones sistemáticas de este modelo, causadas por sesgos cognitivos y el uso de reglas heurísticas o «atajos mentales».

Tradicionalmente, el análisis *antitrust* se ha centrado en las intervenciones de los grandes operadores de mercado por el lado de la oferta. Sin embargo, la EC muestra cómo la probabilidad de que una conducta empresarial provoque un perjuicio a la competencia depende fundamentalmente de cómo responden los consumidores y los rivales a las prácticas comerciales de las empresas dominantes. Por ejemplo, la preinstalación de una aplicación en un dispositivo puede parecer inofensiva si se espera que los usuarios racionales busquen alternativas superiores; sin embargo, si los usuarios se adhieren al producto preinstalado debido a la inercia, la preinstalación otorga una ventaja competitiva inmerecida a la empresa dominante.

Durante décadas, la racionalidad facilitó el despliegue del análisis microeconómico en el derecho, asumiendo que el comportamiento informado de empresas y consumidores impediría, o por lo menos limitaría muchas de las posibles distorsiones del mercado provocadas por los operadores con suficiente poder económico⁷. En contraste, la EC proporciona un marco analítico para comprender por qué el poder de mercado puede persistir y cómo las empresas pueden explotar sistemáticamente las vulnerabilidades cognitivas de los consumidores, especialmente en los nuevos mercados digitales.

En efecto, veremos en las páginas que siguen cómo el derecho de la competencia de la UE refleja cada vez más este panorama alternativo de la toma de decisiones. Esto es visible en las dos áreas de normativa que en la actualidad son más relevantes en la regulación de las grandes tecnológicas (*Big Tech*): la aplicación del Artículo 102 TFUE (que prohíbe el abuso de posición dominante) y el Reglamento de Mercados Digitales⁸ (conocido como DMA, por sus siglas en inglés: *Digital Markets Act*). Se examinarán, a este respecto, los conocidos casos contra Microsoft, Google, Amazon y Apple, mostrando cómo⁹ para construir la teoría del daño que justificaba el carácter anticompetitivo de su conducta, la Comisión Europea ha incorporado hallazgos conductuales sobre la toma de decisiones no racional.

No obstante, desde su mismo comienzo ya se ha puesto de manifiesto¹⁰ cómo la integración de la EC en el análisis *antitrust* presenta un profundo dilema: la

7. *Vid.*, por ejemplo, el acertado análisis que se lleva a cabo de la influencia «económica» en el análisis del Derecho de la competencia en la UE, en IBAÑEZ COLOMO (2024): *The New EU Competition Law*, Hart Publishing. Chapter 2. The Rise and Decline of the 'More Economics-based Approach', pp. 46-72.

8. 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, pp. 1 a 66.

9. En este mismo sentido, FLETCHER and VASAS (2024): «Implications of behavioral economics for the pro-competitive regulation of digital platforms», *Oxford Review of Economic Policy*, n. 40, pp. 808-817.

10. STONES (2025): «Behavioral economics in EU competition law: Article 102 TFEU, the Digital Markets Act, and informed assumptions of irrationality», *Journal of Antitrust Enforcement*, n. 00, pp. 1-27.

tensión entre la precisión y la certeza jurídica. Así, por un lado, la EC subraya que la prevalencia de los sesgos es contingente y dependiente del contexto, lo que sugiere la necesidad de un análisis fáctico detallado y específico para cada caso (enfoque basado en los efectos) para prohibir con precisión la conducta «nociva». Sin embargo, este enfoque individualizado socava la certeza jurídica, que se logra mediante condiciones más sencillas y universales.

La regulación *ex post* (como el Artículo 102 TFUE) ha tendido a priorizar la precisión mediante demostraciones fácticas de los sesgos. La DMA, en cambio, representa un enfoque *ex ante* que ha optado por la certeza, incorporando supuestos informados de irracionalidad que dan por sentado el comportamiento sesgado, lo que facilita el cumplimiento, aunque a costa de una precisión perfecta. La Comisión Europea ha insistido —hasta la saciedad— en que la DMA no es Derecho de la competencia, sino regulación sectorial, y que ambos cuerpos normativos persiguen objetivos distintos, aunque complementarios. Lo cierto es que, como acertadamente señala uno de los autores materiales del *Informe* que hemos citado anteriormente de 2019 sobre mercados digitales, «se quiera o no se quiera reconocer, la DMA es Derecho de la competencia»¹¹.

Este trabajo analizará los sesgos más relevantes en el contexto de los mercados digitales, su aplicación en la praxis decisoria del Artículo 102 TFUE (Microsoft, Google, Amazon, Apple) y el cambio de paradigma que supone la DMA. Esta radical transformación del *enforcement* de la prohibición de prácticas anti-competitivas en los ecosistemas digitales de plataforma no he dudado en calificarlo, en anteriores publicaciones¹², como un «viaje sin retorno». Pese a su indudable interés y actualidad, no constituye el objeto de este análisis la existencia también de sesgos en los propios algoritmos¹³ y modelos de IA con los que estas grandes plataformas desarrollan y aplican técnicas como la publicidad personalizada (*target advertising*), con las que —como es sabido— obtienen ingentes beneficios monetarios. Naturalmente, no se desarrollarán aquí tampoco los postulados de la EC sobre sesgos cognitivos, nos remitimos para ello a la amplia literatura existente¹⁴ al respecto.

11. CRÉMER (2025): «Why you should think of the DMA as competition law», *Concurrences*, nº 11, p. 6.

12. Permitase la referencia a DÍEZ ESTELLA (2025): «Capítulo 3. Prácticas anticompetitivas en los ecosistemas digitales de plataforma: del art. 102 TFUE a la DMA», en OLMEDO PERALTA, E. y BENAVIDES VELASCO, P. (Dir.), *Ecosistemas digitales e industrias de red. Propuestas jurídicas para abrir los mercados a la competencia*, Ed. Atelier, Madrid, pp. 51-80.

13. *Vid.*, sobre esta cuestión, el documentado análisis de: CHEN, TAG, XUE, ANGUS, and SALIM (2025): «When Ads Become Profiles: Large-Scale Audit of Algorithmic Biases and LLM Profiling Risks», *arXiv*, 2509.18874v1, 23.09.25. Disponible en: <https://doi.org/10.48550/arXiv.2509.18874>

14. Pueden consultarse, entre otros: CORTADA (2008): «Los sesgos cognitivos en la toma de decisiones», *International Journal of Psychological Research*, nº 1 (1), pp. 68-73; GNEEZY (2005): «Deception: the role of consequences», *The American Economic Review*, nº 95 (1), pp. 384-394; KAHNEMAN, TVERSKY y SLOVIC (1982): *Judgment under uncertainty: Heuristics & biases*, Cambridge, UK, Cambridge University; THALER y SUNSTEIN (2008): *Un pequeño empujón: El impulso que necesitamos para tomar mejores decisiones sobre salud, dinero y felicidad*, Santillana Ediciones, S. L.

II. EL ROL DE LA ECONOMÍA DEL COMPORTAMIENTO EN EL ANÁLISIS *ANTITRUST* Y LOS SESGOS DE LOS CONSUMIDORES

La EC postula que el comportamiento individual es el resultado de procesos cognitivos complejos, en muchos casos inconscientes, y que los sesgos cognitivos son desviaciones sistemáticas y predecibles respecto a un modelo de comportamiento perfectamente racional. Estos sesgos hacen que las decisiones sean influidas por variables contextuales o accesorias, un fenómeno que las empresas pueden explotar activamente.

Ya el citado *Informe* de 2019 señalaba que «los operadores de las plataformas dominantes tienen la responsabilidad de asegurar que la competencia en sus plataformas sea leal, no-sesgada, y en favor de los usuarios»¹⁵. No sorprende por ello que, en fechas muy recientes, la propia OCDE haya dedicado a esta cuestión una serie de jornadas de trabajo y seminarios, y esté publicando documentos de trabajo¹⁶ que exploran cómo incorporar estos postulados de la EC a la aplicación del derecho de la competencia, siempre con vistas a una más efectiva protección de los consumidores.

En efecto, el aspecto central que la OCDE destaca en su informe es cómo los sesgos del consumidor desafían los modelos tradicionales y cómo las autoridades de competencia deben adaptar su análisis y sus herramientas. Se subraya igualmente cómo, frente a la asunción por parte de los modelos tradicionales de competencia de que los consumidores son racionales, conocen sus preferencias y toman decisiones óptimas, la literatura sobre EC demuestra que a menudo no toman decisiones de la manera que suponen los modelos estándar; pueden tener dificultades con la información, confiar en «reglas empíricas» (heurísticas) o enfocarse solo en elementos específicos de una oferta.

Como veremos seguidamente, una conclusión clave de la EC es que la irracionalidad y los sesgos de los consumidores son sistemáticos y predecibles, y de ahí que las empresas tengan un enorme incentivo para explotar o incluso exacerbar los sesgos del consumidor. Estas prácticas pueden causar daño directo al consumidor (lo que en la clásica categorización del art. 102 TFUE conocemos como *abusos de explotación*) o perjudicar la competencia al facilitar la eliminación de rivales (los conocidos como *abusos de exclusión*).

1. Sesgo del Status Quo (Inercia) y Efecto Dotación (*Loss Aversion*)

El sesgo del *status quo*, o inercia, describe la tendencia de las personas a mantener las circunstancias actuales, incluso cuando sería más beneficioso cambiar. Un ejemplo clásico es el de las opciones por defecto (*defaults*), que influyen

15. CRÉMER, DE MONTJOY and SCHEWITZER (2019): *Competition Policy for the Digital Era*. Publications Office, European Commission, p. 61 (el subrayado es nuestro).

16. OECD: *Applying Behavioral Insights to Consumer and Competition Policy and Enforcement*, Workshop Issues Paper DSTI/CP (2023)6, Paris, 14 April 2023.

radicalmente en el comportamiento. Si los costes de transacción fueran mínimos, los valores predeterminados deberían tener un efecto insignificante, pero en la práctica tienden a ejercer una gran influencia. La inercia puede deberse a la aversión a la pérdida o al simple hecho de minimizar el esfuerzo, operando en modo «piloto automático». En el contexto antitrust, los acuerdos de configuración por defecto (*default agreements*) se consideran a menudo equivalentes a acuerdos de exclusividad de facto, porque la gente rara vez cambia la configuración predeterminada de sus dispositivos.

Relacionado con esto está la aversión a la pérdida (*loss aversion*), donde las personas valoran más lo que ya poseen que las ganancias equivalentes que podrían obtener (efecto dotación). Este sesgo hace que los consumidores sean significativamente más reacios a cambiar de proveedores, lo que permite a las empresas ejercer mayor poder de mercado del que se predeciría en modelos tradicionales con bajos costes de cambio explícitos.

2. Sesgo de *Saliency* (Disponibilidad) y Efecto Marco (*Framing*)

El sesgo de *Saliency* (o disponibilidad) ocurre cuando la visibilidad de ciertos fenómenos influye desproporcionadamente en la toma de decisiones. Los consumidores tienden a enfocarse en la información más destacada. Por ejemplo, en las compras en línea, los consumidores pueden centrarse desproporcionadamente en los precios iniciales de un producto e ignorar los cargos adicionales (el llamado *drip pricing* o precios por goteo).

Los efectos de marco (*framing effects*) demuestran que la forma en que se presenta una opción influye en las respuestas, incluso si el contenido subyacente es idéntico. La descripción de un cargo en términos de porcentaje versus una cantidad absoluta puede alterar la percepción. En las plataformas digitales, esto se manifiesta en cómo se diseñan las interfaces (arquitectura de la decisión), lo que permite a las empresas inclinar, manipular o coaccionar a los usuarios a tomar decisiones que no están alineadas con sus intereses. Estos comportamientos se conocen como patrones oscuros (*dark patterns*).

3. Complejidad y Sobrecarga de Información (*confusopoly*)

La EC reconoce que las personas poseen capacidades cognitivas limitadas y tienen problemas para manejar grandes cantidades de información. Ante ofertas complejas o una abrumadora variedad de opciones (sobrecarga de información), los consumidores pueden optar por ignorar opciones, retirarse del mercado o, simplemente, aferrarse a la opción por defecto. Esta complejidad puede ser explotada activamente por las empresas para diferenciar productos y reducir la presión competitiva que padecen, compitiendo entre ellas para exacerbar los sesgos de los consumidores, generando lo que se denomina fenómeno *shrouding* o el *confusopoly*.

4. Sesgos de Tiempo (descuento hiperbólico) e Irracionalidad Predecible

Los consumidores exhiben frecuentemente preferencias inconsistentes en el tiempo, priorizando las gratificaciones inmediatas sobre los beneficios futuros (descuento hiperbólico). También pueden ser excesivamente optimistas respecto a su futuro comportamiento (ej. sobreestimar el uso de un servicio). Las empresas pueden diseñar estructuras de precios (como tarifas planas o penalizaciones ocultas) para explotar esta sobreconfianza predecible de los consumidores.

III. APLICACIÓN DEL ART. 102 TFUE A LAS GRANDES PLATAFORMAS DIGITALES

El Artículo 102 TFUE prohíbe —como es bien conocido— la práctica anti-competitiva del abuso de posición dominante. En las últimas décadas, y en trascendentales decisiones de la Comisión Europea aplicables a los nuevos ecosistemas digitales de plataforma, se ha «superado» la tradicional asunción de racionalidad económica en la toma de decisiones para fundamentar —unas veces de forma implícita, otras explícitamente— la ilegalidad de conductas de las grandes tecnológicas sobre teorías del daño construidas a partir de postulados típicamente comportamentales.

En efecto, la peculiar configuración de los mercados digitales en los que operan estos ecosistemas de plataforma hace que sea no sólo complicado entrar a nuevos operadores, sino que también resulta en ocasiones muy difícil para los consumidores o usuarios salir, y optar por un proveedor alternativo. Por su carácter cerrado e inaccesible ya se denominan en la literatura *antitrust* como «jardines vallados»¹⁷. De ahí la reciente importancia de este concepto de ecosistemas digitales, y la creciente atención que está generando en la doctrina¹⁸, aunque este entusiasmo por parte de la academia no encuentra siempre reflejo en la praxis decisoria de las autoridades de competencia¹⁹, y aún menos en la jurisprudencia de los tribunales de la UE. Y, naturalmente, 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

17. RODILLA MARTÍ (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.

18. HEIDHUES, KÖSTERS and KÍOSZEGI (2024): «A theory of digital ecosystems», *ECONtribute Discussion Paper*, nº 329. Disponible en: <https://www.econstor.eu/handle/10419/301035>

19. *Vid.*, a este respecto, el sugerente —y provocador— estudio realizado por COLANGELO (2025): «Do Ecosystems Exist in EU Competition Law?» (August 27, 2025). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=5408647>

alcance para retener a sus usuarios (efecto *lock-in*) impidiéndoles o dificultándoles hasta el extremo la salida o el cambio de plataforma (*switching costs*).

En este apartado no se pretende un repaso exhaustivo de la «jurisprudencia» existente de aplicación del art. 102 TFUE a las plataformas digitales, nos remitimos para ello a anteriores publicaciones²⁰; se intentará únicamente mostrar el rol que la EC ha jugado en la construcción de la teoría del daño que justifica el carácter anticompetitivo de la conducta, a partir de la forma en que se explotan los sesgos de los consumidores influyendo en su toma de decisión²¹.

1. Abuso por vinculación (*Tying*): casos *Microsoft* y *Facebook Marketplace*

Dentro de lo complicado que pueda ser evaluar de forma sistemática la compleja y multifacética realidad de las plataformas digitales, y su funcionamiento como auténticos ecosistemas, un rasgo parece evidente: integran un amplio conjunto de prestaciones y servicios diversos, pero conectados entre sí. De ahí que sea razonable concluir que la plataforma pondrá todos los medios a su alcance para extender su poder de mercado entre este conglomerado de prestaciones y servicios, y es por ello por lo que la figura del *leveraging* cobra especial significación en este ámbito²². Dos herramientas habituales para llevar a cabo esta extensión del poder de mercado son el *tying* (un «clásico» en el derecho de la competencia) y el *self-preferencing* (una novedosa práctica anticompetitiva). Veremos el primero en este epígrafe, y el segundo en el siguiente.

El *tying* implica usar el poder en un mercado (producto vinculante) para aumentar la posición en un segundo mercado (producto vinculado) mediante la exigencia o incentivación de la compra combinada. Desde una perspectiva racional, si los usuarios pudieran descargar o cambiar fácilmente la aplicación preinstalada, la vinculación no debería tener consecuencias anticompetitivas.

Así, en el conocido caso contra Microsoft, la Comisión Europea sancionó²³ en 2004 al entonces gigante de la informática por vincular su sistema operativo Windows con Windows Media Player (WMP) y posteriormente²⁴ —en 2009— con

20. Permitase la referencia a DÍEZ ESTELLA (2025): «Capítulo 7: Nuevas modalidades de abuso de dominio en los ecosistemas digitales de plataforma: análisis de jurisprudencia reciente», en RECUERDA GIRELA, M.A. (Dir): *Anuario de Derecho de la competencia 2025*, Ed. Civitas, Madrid, pp. 167-198.

21. PODSZUN (2019): «Digital ecosystems, decision-making, competition and consumers - On the value of autonomy for competition». Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3420692>

22. BERGQVIST and FAUSTINELLI (2022): «Leveraging Conducts in the Digital Economy: A Competition and Regulatory Perspective» (June 28, 2022). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4148872>

23. Decisión 2007/53/CE de la Comisión, de 24 de marzo de 2004, relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 82 CE y al artículo 54 del Acuerdo EEE contra Microsoft Corporation, As. COMP/C-3/37.792 - *Microsoft*.

24. Decisión de la Comisión, de 16 de diciembre de 2009, relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 102 TFUE y al artículo 54 del Acuerdo EEE contra Microsoft Corporation, As. COMP/C-3/39.530 - *Microsoft (tying)*.

Internet Explorer (IE). El Tribunal General confirmó²⁵ la primera de estas decisiones, sentando los principios de la práctica abusiva del *tying*. Aunque el remedio inicial en 2004 se centró en la transparencia del código, la Comisión encontró que la preinstalación creaba potencial de apalancamiento porque los usuarios eran «menos propensos a usar reproductores de medios alternativos». El compromiso de 2009 de Microsoft explicitó la necesidad de «superar la inercia de los usuarios» para que descargaran alternativas al IE.

Por otro lado, quizá uno de los casos que mejor refleja el tipo de conductas abusivas que pueden darse en estos nuevos ecosistemas digitales de plataforma es la sanción²⁶ a Meta de 797,72 millones de euros en 2024, por infracción del art. 102 TFUE, por una conducta consistente en vincular su servicio de anuncios clasificados en línea *Facebook Marketplace* a su red social personal *Facebook* e imponer condiciones comerciales desleales a otros proveedores de servicios de anuncios clasificados en línea.

Nos centraremos aquí únicamente en la primera de las conductas sancionadas; al vincular su servicio de anuncios clasificados en línea del servicio *Facebook Marketplace* a su red social personal Facebook, todos los usuarios de Facebook tienen automáticamente acceso y están expuestos regularmente a ese portal de servicios, lo quieran o no. La Comisión constató que sus competidores pueden verse excluidos, ya que la vinculación le confería una ventaja sustancial de distribución que los competidores no pueden igualar.

Para llegar a esta conclusión la Comisión Europea lleva a cabo un interesante ejercicio de definición de mercado —con reiteradas referencias a su *Comunicación* de 2024— de las plataformas de múltiples lados que prestan servicio a sus usuarios finales a precio cero. Así, señala en el apartado n. 100 que «*En el caso de las plataformas multilaterales que suministran un producto a un grupo de usuarios a un precio monetario cero, la Comisión tendrá en cuenta para la evaluación de la sustitución parámetros distintos del precio, como los siguientes factores: las funcionalidades, uso previsto, pruebas de sustituciones pasadas o hipotéticas, barreras o costes de cambio, como, por ejemplo, la portabilidad de datos*». A este respecto, es llamativo también lo que denomina (apartado n. 318) «plataformas híbridas» en redes sociales, y la conclusión a la que llega de que, aunque Instagram, Snapchat y TikTok pueden compartir algunas características, funcionalidades y uso con los servicios de redes sociales personales, también presentan características significativamente distintas.

Pues bien, si hay un concepto que la EC maneja, y ha estudiado, como rasgo eminentemente comportamental de los consumidores y usuarios, es su *atención*. Por ello, es interesante que frente a la alegación de Meta de que, en el fondo, todas son en parte sustituibles con Facebook, ya que en última instancia lo que

25. Sentencia del TPI (Gran Sala) de 17 de septiembre de 2007, As. T-201/04, *Microsoft Corp. contra Comisión de las Comunidades Europeas*, Rec. 2007, p. II-3601 (ECLI:EU:T:2007:289).

26. Decisión de la Comisión Europea, de 14 de noviembre de 2024, As. AT.40.684, *Facebook Marketplace*.

todas buscan es capturar la atención de los usuarios, señala (apartado n. 327) la Comisión que: «La atención de los usuarios no constituye un mercado de productos distinto, porque la atención es un resultado de las elecciones y preferencias de los usuarios por distintos servicios, influidos por diversos factores como las características de esos servicios, incluidos el precio, el contenido, la calidad, relevancia o esfuerzos de marketing, y el interés del usuario. Como tal, la atención no es un producto o servicio tangible que pueda ofrecer una empresa. Es sólo algo que pueden buscar los proveedores de un determinado producto o servicio, como los proveedores de cualquier producto buscan obtener dinero. producto buscan obtener dinero. En consecuencia, la atención al usuario no puede constituir un mercado de productos de referencia independiente a efectos de la aplicación de la legislación sobre competencia».

Y, a la hora de construir la teoría del daño, aunque no invoca explícitamente los postulados de la EC, sí utiliza conceptos centrales de esta teoría economía para analizar la capacidad de las prácticas de Meta de producir efectos de exclusión en el mercado. En efecto, un elemento clave para establecer la capacidad de exclusión de esta vinculación es el análisis de las circunstancias reales del mercado. Y, al igual que veremos se hará en *Google Android*, se lleva a cabo una distinción entre las «hipótesis teóricas de competencia y la realidad práctica». Esta realidad práctica debe tomar en cuenta la tendencia de los usuarios a la inercia o el sesgo de *statu quo*, que surge de la preinstalación o de medidas que tienen efectos equivalentes, como la configuración por defecto de los servicios.

Por ello, a pesar de que los usuarios de Facebook tienen teóricamente la opción de ajustar sus preferencias para deshabilitar las notificaciones o unidades de exhibición de Facebook Marketplace, estas opciones son consideradas «largamente teóricas», ya que «requieren varias acciones complejas para deshabilitar individualmente cada forma en la que se muestra Facebook Marketplace, y algunas deben repetirse de forma regular». Nos encontramos ante el sesgo de *fricción* o dificultad intencional para la desactivación, que refuerza la tendencia de los usuarios a mantener las configuraciones predeterminadas (el *statu quo*), asegurando la omnipresencia de Facebook Marketplace.

Con independencia del rol que la EC haya jugado en esta decisión, parece oportuno apuntar aquí la cuestión de si, cuando una plataforma tenga un producto estrella, claramente dominante en un mercado (como, en este caso, la red social privada *Facebook*), ¿cualquier otro producto, servicio o prestación que ofrezca, ligada a éste, va a considerarse una vinculación abusiva? Porque esto cuestiona seriamente el modelo de negocio seguido por la inmensa mayoría de plataformas y ecosistemas digitales, que precisamente fundamentan su arquitectura empresarial en ofrecer una gama cada vez más amplia de prestaciones, un auténtico conglomerado de productos y servicios heterogéneos, pero siempre con el elemento o soporte común de la plataforma²⁷.

27. Vid., sobre esta práctica de la vinculación en mercados digitales, por ejemplo, HOLZWEBER (2018): «Tying and bundling in the digital era», *European Competition Journal*, Vol. 14(3), 201, pp. 12

2. Abuso por Auto-favorecimiento (*Self-Preferencing*): casos *Google Search* y *Amazon*

El *self-preferencing* es la nueva categoría de abuso —construida jurisprudencialmente, todavía en fase de «desarrollo», y no exenta de polémica— por la cual una empresa dominante dirige a los usuarios de un servicio principal hacia un servicio secundario que también ofrece, potencialmente en detrimento de los rivales.

En el caso *Google Search (Shopping)* para la Comisión Europea quedó acreditado en su decisión²⁸ que Google dirigía a los usuarios de su motor de búsqueda general dominante hacia su propio servicio de comparación de compras, mostrándolo de manera destacada y viva, mientras que los rivales aparecían como resultados ordinarios o eran relegados algorítmicamente. Con independencia de cuánto de justificada estuviera esta decisión, y de si el auto-favorecimiento es o no una categoría de abuso de dominio autónoma²⁹, el hallazgo de ilegalidad se basó en el rechazo a la racionalidad; un actor racional buscaría activamente el mejor servicio disponible. La Comisión demostró el daño a través de la pérdida significativa de tráfico de usuarios por parte de los rivales, atribuible al sesgo de disponibilidad/*salience* (atracción hacia la oferta prominentemente mostrada) y la inercia a buscar alternativas. En el pronunciamiento³⁰ que confirma esta decisión, el Tribunal General (TG) acoge plenamente estos argumentos de la Comisión.

Tras las pertinentes conclusiones³¹ de la A.G. Kokott, la esperada Sentencia³² del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) del 10 de septiembre de 2024 también confirmó la decisión de la Comisión. En ambos pronunciamientos están presentes —aunque no se expliciten— los postulados de la economía conductual: así, por ejemplo, la AG Kokott detalla (apdo. 17) cómo la diferencia en la presentación visual y el posicionamiento fue el factor determinante que llevó a tasas de clics más altas para su servicio, aumentando sus ingresos y desviando el tráfico de los competidores. La capacidad de Google para reorientar el tráfico a través de la presentación visual y el posicionamiento (esencialmente, usando «nudges» o empujones visuales y de prominencia) es la evidencia que sustenta el hallazgo de abuso. Señala igualmente (apdo. 92) que Google ejerce una «influencia engañosa en el comportamiento del consumidor», y lo hace no a través de una mejor calidad de su servicio de búsquedas sino manipulando la visibilidad y por tanto la atención del usuario (apdo. 97).

y ss; TODD (2017): «Out of the box: illegal tying and Google's suite of apps for the Android OS», *European Competition Journal*, Vol.13(62).

28. Decisión de 27 de junio de 2017, As. AT. 39740 *Google Search (Shopping)*.

29. BERGQVIST (2022): «Google Shopping and self-favouring as a separate abuse: T-612/17», *European Competition Law Review*, pp. 191-195.

30. STG de 10 de noviembre de 2021, As. T-612/17, *Google and Alphabet v. Commission* (ECLI:EU:T:2021:763).

31. Conclusiones de la A.G. Kokott, presentadas el 11 de enero de 2024, As. C-48/22 P, *Google LLC, Alphabet, Inc. c. Comisión Europea*.

32. Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (Gran Sala), de 10 de septiembre de 2024, As. C-48/22 P (ECLI:EU:C:2024:726).

El TJUE, por su parte, en un párrafo «plagado» de categorías conceptuales propias de la EC, destaca cómo «solo combinadas las dos prácticas controvertidas influyeron en el *comportamiento* de los usuarios de tal manera que el tráfico procedente de las páginas de resultados generales de Google fue desviado, en la medida constatada por la Comisión, en beneficio de su comparador de productos y en perjuicio de los comparadores de productos de la competencia. Así, este desvío del tráfico se basaba tanto en el *posicionamiento* y la *presentación* preferentes de los resultados de búsqueda del comparador de productos de Google en los «boxes» como en la simultánea relegación controlada por los algoritmos de ajuste y en la presentación menos *atractiva* de los resultados de búsqueda de los comparadores de productos de la competencia, de forma que estos escapaban a la *atención* de los usuarios» (apdo. 244, la cursiva es nuestra).

El resultado de todo esto, y lo que en última instancia construye una justificación de la nocividad de la conducta de Google, es que «*estos usuarios se centran, por lo general, en los tres, cuatro o cinco primeros resultados de búsqueda y no concedían o concedían poca atención a los resultados que siguen, especialmente a los resultados que aparecen por debajo de la parte inmediatamente visible de la pantalla, y que tenían tendencia a suponer que los resultados más visibles eran los más pertinentes, con independencia de su relevancia real*» (apdo. 160).

Por otro lado, en el caso *Amazon Buy Box*, que como es sabido culminó en 2022 —junto con el expediente *Amazon Marketplace*— con una decisión³³ de compromisos, la Comisión evaluó el funcionamiento del algoritmo de Amazon que priorizaba la oferta propia o la de vendedores que pagaban por el almacenamiento y procesamiento, afectando a la *Buy Box* (responsable del 90% de las ventas). Se concluyó que «la mayoría de los consumidores solo mirarán esta oferta única de *Buy Box*», rechazando la expectativa racional de que los usuarios harían *clic* para evaluar las ofertas de otros distribuidores minoristas alternativos.

Somos de la opinión que esta práctica del *self-preferencing* va a ser —ya lo está siendo— una de las grandes protagonistas de la aplicación de la prohibición de abuso de dominio a las grandes plataformas digitales que funcionan en modelos económicos de ecosistema. El precedente sentado en la decisión de la Comisión de 2017 *Google Search (Shopping)* va camino de «consolidarse» con la reciente sanción impuesta a la misma empresa, el pasado 5 de septiembre de 2025, en el asunto³⁴ *Google Ad Tech*. Al no estar todavía publicado el texto de la decisión, no podemos analizar qué rol ha jugado la EC en el análisis de la Comisión, pero será desde luego un tema de estudio en el futuro.

33. Comunicación de la Comisión publicada de conformidad con el artículo 27, apartado 4, del Reglamento (CE) n. 1/2003 del Consejo en los asuntos AT.40703 *Amazon - Buy Box* y AT.40462 - *Amazon Marketplace* (C (2022) 5078).

34. Asunto AT.40670. El texto completo de la decisión todavía no está publicado. Nota de prensa disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/da/ip_25_1992

3. Abuso por preinstalación: caso *Google Android*

En el caso *Google Android*, la titular del popular buscador de internet fue multada³⁵ por condicionar la licencia de su Play Store a la preinstalación de Google Search y Chrome como aplicaciones por defecto. Tanto la Comisión Europea como posteriormente³⁶ el TG refutaron las defensas apoyadas en los postulados de la economía clásica —la toma de decisión informada y perfectamente racional— haciendo referencia explícita al sesgo del *status quo*, y al de *inercia*, señalando la propensión de los usuarios a adherirse al valor predeterminado y su reticencia a descargar alternativas.

A la espera del pronunciamiento definitivo sobre este asunto por parte del TJUE, en fechas recientes la AG Kokott ha entregado sus conclusiones³⁷, en ellas, de una forma explícita y reiterada, se apoya en estas nociones de economía conductual para validar el razonamiento del TG y fundamentar el carácter anti-competitivo de la preinstalación de Google Android. Así, en el apartado n. 91, señala con precisión que: «*Estas condiciones conferirían una ventaja competitiva a Google debido al «sesgo de statu quo» creado por ellas que no podía ser compensada por los competidores y que suponía una restricción de la competencia basada en los méritos en perjuicio de los consumidores*». Gran parte de la argumentación de la AG Kokott (*Vid.*, por ejemplo, apartados nn. 123 o 150) es refutar las alegaciones de Google sobre este sesgo de *Statu Quo*.

Así mismo, y en relación con el caso Microsoft examinado anteriormente, aunque se reconoce que los usuarios tenían la libertad teórica de descargar aplicaciones de la competencia, las conclusiones de la AG señalan que esta posibilidad seguía siendo en gran medida teórica. Para fundamentar este razonamiento se remite (apdo. n. 107) a la jurisprudencia en el caso *Microsoft/Comisión*, donde se confirmó que la inercia de los usuarios hacía que la descarga de reproductores multimedia de terceros fuera una posibilidad teórica, impidiendo que los competidores compensaran la ventaja de la preinstalación.

4. Determinación de la dominancia en mercados secundarios (*Aftermarkets*): caso *Apple*

Algunos de los postulados teóricos de la EC se han utilizado para establecer la dominancia en mercados secundarios. Un ejemplo de ello ha sido el reciente caso *Apple (Music Streaming)*, en el que el gigante estadounidense imponía obligaciones *anti-steering* a los desarrolladores de aplicaciones, que les impedían poner en conocimiento de los usuarios servicios y ofertas alternativas. La defensa de Apple se basó en la noción —típica de la teoría económica clásica— de que

35. Decisión de la Comisión, de 18 de julio de 2018, As. AT.40099 *Google Android*.

36. STG de 14 de septiembre de 2022, Asunto T-604/18, *Google Android* (ECLI:EU:T:2022:432).

37. Conclusiones de la A.G. Kokott, presentadas el 25 de junio de 2025, Asunto C 738/22 P *Google LLC, Alphabet Inc. Contra Comisión Europea* (ECLI:EU:C:2025:463).

la competencia en el mercado principal (*smartphones*) disciplinaría los precios en el mercado secundario (distribución de aplicaciones de *streaming*).

En su decisión³⁸ imponiéndole una multa de 1.800 millones de euros, la Comisión desestimó este argumento, basándose en la evidencia de que pocos compradores consideraban los costes posteriores (costes del mercado secundario) al comprar un *smartphone*, enfocándose en factores inmediatos como el precio o la marca. Esto es un evidente reflejo del sesgo de disponibilidad/*saliency* y del conocido como efecto del «descuento hiperbólico».

Como es sabido, Apple establece los términos y condiciones que regulan el acceso y uso de su App Store por parte de los desarrolladores que desean ofrecer servicios que se ejecutan a través del iOS, el sistema operativo con los que funcionan los iPhone o iPad. La Comisión consideró que algunas de las condiciones impuestas por Apple impedían a los proveedores de música en streaming informar a los usuarios de estos dispositivos móviles sobre las posibilidades alternativas de suscripción disponibles fuera del entorno de la app. Estas condiciones contractuales (cláusulas *anti-steering*) se consideraron prácticas de abuso de posición dominante, de carácter explotativo, ya que suponían un perjuicio a los consumidores finales que se veían privados de la posibilidad de mejores opciones.

En la decisión se constata que Apple ofrece un ecosistema verticalmente integrado compuesto por dispositivos de hardware, diversos servicios cargados en el dispositivo y contenidos digitales, como Apple Music. Este modelo de negocio se describe como un ecosistema cerrado: en un dispositivo móvil de Apple no hay disponible ningún sistema operativo ni tienda de aplicaciones alternativas, sólo está preinstalado el software de Apple y parte de este no puede eliminarse.

La Comisión va describiendo, uno por uno, todos los rasgos de lo que hemos descrito en la introducción como característicos de los *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.

Apple fue considerada dominante en el mercado de suministro de la tienda de aplicaciones iOS a los desarrolladores desde al menos 2015. En el apartado 345 de la Decisión, la Comisión acude a los efectos de red para ilustrar que esta posición dominante está afianzada y es duradera. Esta conclusión está motivada por el poder de mercado de Apple sobre los desarrolladores, planteándose si esa posición pudiera ser en cierta forma disciplinada por los consumidores debido a la competencia en el mercado de dispositivos móviles inteligentes. Aquí se acude a un concepto clásico, los mercados secundarios o *aftermarkets*, concluyendo que el mercado secundario es el servicio de suscripción musical que el usuario comprará a la empresa de streaming musical habiendo obtenido ya un iPhone con la App Store integrada. La cuestión es si los consumidores tienen en cuenta los precios probables de las compras relacionadas con las aplicaciones antes de decidir si adquieren un dispositivo Apple o Android. Si lo hacen, esto significa

38. Decisión de 4 de marzo de 2024, As. AT. 40.437 *Apple - App Store Practices (music streaming)*.

que, si el precio de las compras relacionadas con las aplicaciones sube o la calidad de la experiencia de la App Store baja, los consumidores cambiarán de dispositivo y disciplinarán a Apple por elevar los costes de los desarrolladores. Como no es el caso, se concluye que Apple es dominante.

Se ha señalado, a este respecto: «la Comisión hace bien en no obsesionarse demasiado con las etiquetas (ecosistema o mercado secundario), sino en utilizar estos términos de manera funcional para captar la forma en que funciona el mercado. La esencia del marco analítico (tanto si consideramos las prácticas en el mercado de cereales como en un ecosistema tecnológicamente complejo) es la misma»³⁹.

Respecto a la conducta abusiva, y esta es sin duda una de las grandes aportaciones de este pronunciamiento, la Comisión establece (apartado 555) los criterios bajos 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*». Como puede fácilmente apreciarse, aquí la Comisión lleva a cabo un ejercicio ciertamente creativo a la hora de acreditar la conducta abusiva, ya que el dominio de Apple es en el mercado de los desarrolladores de aplicaciones (P2B), la conducta abusiva también, sin embargo, los efectos anticompetitivos tienen lugar en el mercado de los usuarios finales (P2C).

Respecto a la imposición de las cláusulas contractuales, parece evidente que las condiciones son fijadas unilateralmente por Apple sin posibilidad alguna de negociación. Así, la Decisión llega a esta conclusión: «*Apple tiene poderes cuasi regulatorios para determinar las condiciones de acceso de los desarrolladores a los usuarios de dispositivos iOS y podría modificar sus políticas en cualquier momento*» (apartado 509). 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.

Uno de los aspectos más polémicos 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

39. MONTI (2024): «Exploitative Abuse - Takeaways from the Apple App Store Practices Decision», 4 June. Disponible en: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4853304>

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.

La Comisión echa de mano, para fundamentar esta teoría del daño, de algunos conceptos propios de la EC que, sin embargo —y esto es reprochable— 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?»⁴⁰.

La pregunta que necesariamente se plantea es, ¿es jurídicamente correcto este nuevo enfoque de la explotación abusiva? En un estudio⁴¹ que analizó la praxis decisoria de la Comisión y la jurisprudencia del Tribunal los profesores MONTI y DE STREEL extrajeron una serie de principios diseñados para garantizar que las categorías de abuso de explotación se limiten adecuadamente, de modo que no se incluyan cualesquiera prácticas desleales, y que aparentemente se cumplen en la decisión *Apple* de 2024: (i) el grado de posición dominante es muy elevado (Apple es la única parte contratante, imponiendo contratos de adhesión); (ii) la Comisión establece efectos económicos adversos; (iii) existe un vínculo causal entre la posición dominante y el abuso; (iv) se aplica una prueba de proporcionalidad; (v) la Comisión considera la conducta en cuestión teniendo en cuenta el funcionamiento del mercado en su conjunto; y, (vi) la conducta supera un umbral de relevancia: por ejemplo, sólo se detectan los precios exorbitantemente elevados o las cláusulas significativamente abusivas.

5. Implicaciones legales: precisión fáctica vs. certeza

La aplicación del Artículo 102 TFUE, al reflejar la EC, ha optado por la máxima precisión. La contingencia de los sesgos exige que la ilegalidad se demuestre a través de análisis fácticos específicos y detallados, utilizando estadísticas, encuestas y estudios.

Esta aproximación basada en los efectos (conocido como *effects-based-approach*), si bien identifica con precisión la conducta anticompetitiva, introduce una incertidumbre significativa. Las decisiones se basan en si el sesgo del *status*

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

41. MONTI and DE STREEL (2023): «Exploitative Abuses: The Scope and the Limits of Article 102 TFEU», Robert Schuman Centre for Advanced Studies, *Research Paper No. 2023/62*, pp. 26-29. Disponible en SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4630871.

quo se manifestó «en este caso específico» y tras una «evaluación fáctica de las características específicas del mercado».

Para las empresas dominantes, predecir si una conducta análoga será ilegal resulta extremadamente difícil, ya que la legalidad depende de complejas investigaciones fácticas sobre el grado de sesgos de sus consumidores en ese momento y contexto. Esto genera un dilema: incurrir en altos costes de cumplimiento al replicar los análisis de la Comisión o evitar la conducta por completo, incluso si pudiera ser beneficiosa.

Este debate entre precisión y certeza es el que la DMA pretende abordar con un nuevo enfoque regulatorio de aplicación a las grandes empresas tecnológicas que operan como plataformas, convertidas ya en auténticos ecosistemas digitales.

IV. EL ÚLTIMO —Y DEFINITIVO— HITO: LA APROBACIÓN DE LA DMA

Como es sabido, el nuevo Reglamento 2022/1925 (la DMA) establece obligaciones *ex ante* para los proveedores de servicios de plataformas esenciales (*Core Platform Services* - CPS) designados como «guardianes de acceso» (*gatekeepers*).

En este apartado vamos a analizar, en primer lugar (§ 4.1), cuál es el enfoque de partida con el que se ha diseñado la DMA, que es el de asumir los supuestos informados de irracionalidad, y no los presupuestos de la economía «clásica». A continuación (§ 4.2) veremos cómo este punto de partida se refleja en las obligaciones específicas que la DMA impone a los *gatekeepers*, contenidas principalmente en los artículos 5 y 6. Finalmente, para ilustrar el rol que la EC ha desempeñado en la aplicación concreta de estas obligaciones, se analizarán las dos primeras decisiones de incumplimiento que han tenido lugar hasta la fecha: el asunto *DMA.100055 - Meta* (§ 4.3) y el asunto *DMA.100109 - Apple* (§ 4.4).

1. El enfoque de la DMA: supuestos informados de irracionalidad

La DMA ha sido explícitamente diseñada para incorporar los postulados de la EC sobre los sesgos de los consumidores y usuarios en la toma de decisiones para derivar de ahí sus consecuencias anticompetitivas. En efecto, en el documento de trabajo⁴² (*Impact Assessment*) que sirvió como texto de preparación de

42. COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT IMPACT ASSESSMENT REPORT Accompanying the document Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act), Brussels, 15.12.2020 SWD (2020) 363 final. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52020SC0363>

la DMA, además de hacer referencia explícita a literatura⁴³ de la EC, se indica (Apdo. n. 80) sin ningún tipo de margen de duda que:

«Los sesgos conductuales son otro elemento importante de los mercados digitales. Este aspecto merece una atención adicional en esta sección, ya que contribuye a aumentar los costes de cambio y a mantener a los usuarios encerrados en la plataforma del *gatekeeper*, es decir, provoca una dependencia del usuario (*user lock-in*), reforzando así las barreras de entrada. Las empresas de plataformas diseñan habitualmente sus servicios para optimizar la experiencia de sus usuarios, utilizando con frecuencia técnicas avanzadas de perfilado conductual, pruebas experimentales y personalización muy precisa de sus ofertas de servicios. Los *gatekeepers* emplean diversas técnicas (por ejemplo, arquitecturas de elección, distracción o redirección, presión social, inclusión encubierta de productos en el carrito de compra, y generación de sensaciones de urgencia o escasez) que “empujan” a los usuarios hacia determinadas decisiones. Una búsqueda reciente en 11.000 sitios web de comercio electrónico identificó 1.818 patrones de prácticas utilizadas para incitar a los usuarios a hacer cosas que no tenían intención de hacer».

En otros apartados de este mismo documento se hace referencia a sesgos del comportamiento, y cómo las grandes plataformas digitales —para la DMA, los *gatekeeper*— incluyen ese efecto en el diseño de sus algoritmos y sus interfaces para conseguir su propósito, constituyendo esto —como hemos visto en apartados posteriores, referido al art. 102 TFUE— la teoría del daño que justifica el carácter anticompetitivo de la conducta.

A diferencia de la práctica en la aplicación del Artículo 102, que requiere demostrar el sesgo *caso por caso*, la DMA integra los criterios conductuales a través de supuestos informados de irracionalidad. Esto significa que las obligaciones de la DMA dan por sentado que los usuarios exhiben sesgos (como la inercia) y que esto genera daño a la competencia. Aunque esta asunción distorsiona la EC (ignorando la contingencia de los sesgos) y puede llevar a prohibiciones inexactas, es lo que hace que el cumplimiento sea mucho más cierto y administrable que la aplicación del Artículo 102 TFUE. Los supuestos de la DMA están «informados» por los postulados de la EC y por la praxis decisoria de la Comisión, especialmente las decisiones de Artículo 102 TFUE que hemos examinado en epígrafes precedentes.

2. Obligaciones específicas de la DMA basadas en la EC

La DMA contiene varias obligaciones clave dirigidas a los *gatekeepers* que están muy sustancialmente influenciadas por los postulados de la EC:

43. KATSAMAKAS & MADANY (2019): «Effects of user cognitive biases on platform competition», *Journal of Decision Systems*, Volume 28(2), pp. 138-161.

- 1) Pantallas de elección obligatorias (*Forced Choice Screens*): El Artículo 6(3) obliga a los *gatekeepers* de sistemas operativos (OS), asistentes virtuales y navegadores web a presentar una pantalla de elección para que los usuarios seleccionen su motor de búsqueda, asistente o navegador predeterminado de una lista de alternativas. Esto está diseñado para superar las consecuencias anticompetitivas⁴⁴ del sesgo del *status quo*. Esta es una réplica del remedio del caso Microsoft de 2009 que hemos analizado anteriormente.
- 2) Facilitación positiva del cambio: Varias obligaciones requieren que el *gatekeeper* permita «fácilmente» desinstalar software, «fácilmente cambiar la configuración predeterminada» y «fácilmente» configurar software de terceros como predeterminado. El objetivo es contrarrestar la inercia del usuario (sesgo del *status quo*), y en parte tienen su origen en el caso *Google Android* también examinado previamente.
Se puede ver sin dificultad cómo varias de estas disposiciones se refieren esencialmente a la *arquitectura de elección*⁴⁵ a la que se enfrentan los consumidores cuando usan esas plataformas, y exigen que el *gatekeeper* permita determinadas acciones por parte de los consumidores. Por ejemplo:

- El artículo 5(4) exige que los consumidores puedan acceder y utilizar contenido, suscripciones y funciones dentro de una aplicación, incluso si no han sido adquiridos a través del *gatekeeper*.
- El artículo 6(3) exige que los consumidores puedan cambiar fácilmente sus configuraciones predeterminadas en el sistema operativo, asistente virtual y/o navegador web del *gatekeeper*, cuando dichos ajustes dirigen a los consumidores hacia los servicios del propio *gatekeeper*.
- El artículo 6(4) exige que se permita a los consumidores instalar aplicaciones o tiendas de aplicaciones de terceros —sin utilizar la tienda de aplicaciones propiedad del *gatekeeper*— y establecer fácilmente esas aplicaciones y tiendas como predeterminadas, si así lo desean.
- El artículo 6(6) exige que los consumidores no se enfrenten a restricciones para cambiar entre aplicaciones y servicios a los que acceden mediante los servicios principales del *gatekeeper*.

Estas diversas disposiciones otorgan a los consumidores una mayor libertad para decidir con libertad si usan —y cómo usan— los servicios de los *gatekeepers*, en particular cuando desean utilizar servicios de terceros dentro del ecosistema del *gatekeeper*.

44. Naturalmente, no garantiza la eficacia absoluta de la medida, y de hecho ya hay literatura económica que demuestra, a partir de estudios de mercado, que no consiguen más que en mínimos porcentajes esa libertad de elección del consumidor: VÁSQUEZ DUQUE (2025): «The Magical Number 2 (Minus Two): An Empirical Analysis on the Efficacy of Choice Screens to Increase Competition in Digital Markets» (May 22, 2025). En SSRN: <https://ssrn.com/abstract=5264993>

45. Vid., sobre este concepto y su relevancia en el diseño e implementación de la DMA, FLETCHER (2023): «Choice architecture for end users in the DMA», *CERRE Issue Paper*. Disponible en: https://cerre.eu/wp-content/uploads/2023/12/ISSUEPAPERCERRE.DMA_dec_.pdf

- 3) Prohibición de patrones conductuales engañosos: El Artículo 13(4) prohíbe explícitamente a los *gatekeepers* socavar el cumplimiento mediante el «uso de técnicas conductuales o diseño de interfaz». Esto incluye prácticas que activan el sesgo del *status quo* o la aversión a la pérdida, como advertencias excesivas al instalar software rival, o manipular la estructura y diseño de las interfaces.

3. La sanción a Meta (DMA.100055 - Art. 5(2): Modelo «Consentir o Pagar»)

Es particularmente elocuente de ese «viaje» que estamos analizando en estas páginas del art. 102 TFUE a la DMA el hecho de que las dos primeras decisiones del nuevo Reglamento hayan correspondido a empresas —Meta y Apple— cuyas prácticas sancionadas habían sido previamente objeto de expedientes sancionadores por abuso de posición dominante.

En el caso de Meta, el asunto se remonta a la actuación de la *Federal Cartel Office* (FCO) alemana, que investigó desde 2016 si Facebook abusaba de su posición dominante mediante la imposición de cláusulas de privacidad excesivas basadas en el modelo *opt-in*, que obligaba al usuario a aceptar el tratamiento de sus datos para poder usar la plataforma. La FCO concluyó que Meta recogía datos de forma ilegal para publicidad personalizada⁴⁶, privando a los usuarios del control exigido por el RGPD.

Tras un largo y enrevesado iter procesal, el asunto llegó por vía de cuestión prejudicial al TJUE, que en sentencia⁴⁷ de 4 de julio de 2023, *Meta Platforms Inc.*, aceptó por primera vez que una infracción del RGPD pueda ser relevante para valorar un abuso de posición dominante bajo el art. 102 TFUE. Este fallo abrió la puerta a integrar parámetros de privacidad en el análisis competitivo. Poco después, Meta lanzó su modelo «pagar para no recibir anuncios» o «consentir y usarlos gratis con publicidad», al amparo de interpretaciones nacionales del RGPD que admiten esta modalidad en ciertos casos, pero la cuestionan en otros países. La cuestión clave es si este modelo realmente ofrece una libertad genuina de elección, requisito central tanto para un consentimiento válido según el RGPD como para el cumplimiento de la DMA⁴⁸.

46. VOLMAR and HELMDACHB (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>

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

48. La complejidad de articular, a este respecto, las disposiciones de la DMA con las propias del RGPD ha sido puesta de manifiesto en BOTTA and BORGES (2025): «Chapter XII. Compliance with the DMA obligations: the prohibition of data combination under article 5(2) DMA», en RUIZ PERIS, J.I. y ESTEVAN DE QUESADA, C. (Dir.), *New European Competition Trends in Digital Markets*, Ed. Atelier, Madrid, pp. 259-280. Se ha denominado, de forma acertada y sugerente, como un problema 'circular' entre el consentimiento según el RGPD y según la DMA, en RIBERA MARTÍNEZ

Las posiciones doctrinales están divididas⁴⁹: aunque algunos consideran forzado calificar como explotación abusiva la recopilación excesiva de datos, sí existe consenso en que puede haber abuso cuando una plataforma dominante deniega a terceros el acceso a datos necesarios para competir eficientemente. En todo caso, el texto subraya la confusión regulatoria generada por el solapamiento entre competencia y privacidad⁵⁰. A ello se sumó el dictamen del EDPB de abril de 2024, crítico con este modelo⁵¹.

En medio de este debate sobre la naturaleza jurídica de la práctica, y la confusión regulatoria en torno a qué normativa aplicarle, en julio de 2024 la Comisión Europea abrió un expediente contra Meta por entender que el modelo «pay-or-consent» vulnera el art. 5(2) de la DMA, al no ofrecer un servicio equivalente que utilice menos datos ni permitir un consentimiento libre para la combinación de datos personales. Dicho expediente culminó⁵² en abril de 2025, con la imposición de una sanción de 200 millones de euros a Meta por incumplir la DMA, alineándose con las conclusiones del EDPB. Como cabía esperar, Meta ha recurrido esta decisión, y en fechas recientes se ha admitido el recurso⁵³ ante el tribunal de Luxemburgo.

Es notable que el análisis de la Comisión sobre el modelo «Consentir o Pagar» de Meta para Facebook e Instagram se basa en gran medida en la asunción de los siguientes sesgos de comportamiento de los usuarios:

3.1. Sesgo de *Statu Quo* y baja disposición a pagar

La Comisión determinó que la opción de pagar por una suscripción sin anuncios (*SNA option*) no constituye una «alternativa menos personalizada pero equivalente» a la opción gratuita con anuncios (*With Ads option*), tal como exige el Artículo 5(2) de la DMA, por los siguientes motivos:

En primer lugar, la inercia histórica y expectativa del usuario, ya que Meta ofreció sus servicios (Facebook e Instagram) de forma gratuita durante dos décadas. Este historial creó una base de usuarios grande y dependiente, que se ha acostumbrado a utilizar los servicios sin pago monetario. La opción de SNA va en contra de esta inercia y expectativa.

(2023): «The Circularity of Consent in the DMA: A Close Look into Articles 5(2) And 6(10)», *Concorrenza e Mercato*, pp. 191-212.

49. *Vid.*, por todos, ROBERTSON (2020): «Excessive Data Collection: Privacy Considerations and Abuse of Dominance in the Era of Big Data», *57 Common Market Law Review*, pp. 161-189.

50. WITT (2024): «Meta v Bundeskartellamt - data-based conduct between antitrust law and regulation», *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol. 12, pp. 351 y ss.

51. 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

52. Decisión de la Comisión Europea de 23 de abril de 2025, As. DMA.100055 - *Meta* - Article 5(2).

53. Action brought on 4 July 2025 - *Meta Platforms v Commission*, Case T-435/25 (C/2025/5214), OJ 6.10.25.

En segundo lugar, la «prueba de la no equivalencia», reflejada en el bajísimo índice de adopción de la opción de pago (aproximadamente [$<1\%$] de los usuarios activos mensuales en la Región Europea optó por la *SNA option*), que corrobora la postura de la Comisión de que la alternativa no es equivalente ni atractiva para los usuarios.

Finalmente, el conocimiento intencional del sesgo, ya que los documentos internos de Meta revelaron que la compañía era consciente de que su modelo llevaría a la «abrumadora mayoría» de los usuarios a optar por la opción con anuncios. Esto sugiere que el modelo se diseñó intencionalmente para aprovechar la baja disposición del usuario a pagar por la privacidad (un hallazgo común en economía conductual) y asegurar el consentimiento por defecto.

3.2. Asimetría de fricción en el flujo de elección

La Comisión compara las condiciones de acceso, destacando la asimetría de esfuerzo entre las dos opciones: (1) Opción con anuncios (*Status Quo*): Solo requiere que el usuario haga clic en un botón para expresar su consentimiento a la combinación de datos. (2) Opción de pago (Alternativa): Requiere que el usuario acceda a un servicio de pago en línea (tarjeta de débito o crédito) e ingrese la información de pago, comprometiéndose a transacciones recurrentes. Esta fricción o coste de esfuerzo es significativamente mayor y desalienta la elección de la alternativa de pago.

Además, al evaluar la validez del consentimiento (segunda condición del Art. 5(2)), la Comisión señala que la configuración del modelo de Meta no garantiza que el consentimiento se otorgue de forma «libremente dada» debido al claro desequilibrio de poder y al perjuicio (tener que pagar una tarifa o abandonar la plataforma) que sufren los usuarios que rechazan el consentimiento. El uso por defecto de la opción con anuncios en flujos de elección posteriores también plantea preocupaciones sobre la manipulación del consentimiento a través del efecto por defecto (*default effect*).

4. La sanción a Apple (DMA.100109 - Art. 5(4): cláusulas *anti-steering*)

El art.5(4) de la DMA prohíbe la imposición de normas *anti-steering* por parte de los guardianes de acceso, es decir, precisamente el tipo de conducta sobre la que fue objeto la Decisión que hemos analizado en un epígrafe precedente. Se planteó, al hilo de dicha actuación de la Comisión, la duda⁵⁴ razonable si entonces a esta conducta de Apple no debería habersele aplicado la DMA en vez del art. 102 TFUE; o —quizá de forma más malévola— si es que la Comisión no tenía

54. RADIC (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/>

fe en este instrumento regulatorio que ha tenido que echar mano de la clásica prohibición de competencia.

El 23 de abril de 2025 se despejaron las dudas, con la histórica⁵⁵ multa a Apple de 500 millones de euros, por entender que ha incumplido sus obligaciones en relación con su App Store, al restringir indebidamente las actividades de *steering* (redireccionamiento de los usuarios fuera del ecosistema Apple) y cobrar comisiones inadecuadas por transacciones que deberían estar libres de cargos adicionales. Es la primera vez que se sanciona a una empresa por infracción de la DMA, una «*non-compliance decision*».

El artículo 5(4) de la DMA establece que los guardianes de acceso deben permitir a los usuarios empresariales (*app developers*) comunicarse y promocionar libremente sus ofertas a los usuarios finales adquiridos a través de la plataforma (o por otros medios), así como celebrar contratos directamente con ellos, todo ello sin imponer tarifas adicionales ni restricciones que limiten estos derechos. Aunque en ningún momento de la decisión la CE hace referencia explícita al concepto de «jardín vallado», está implícito en su razonamiento, ya que el ecosistema de Apple constituye un entorno cerrado, donde el control que ejerce sobre el acceso a iOS y la App Store permite fijar unilateralmente las condiciones de participación de los desarrolladores, limitando así la posibilidad de que estos informen, promocionen u ofrezcan directamente a los usuarios finales alternativas fuera del entorno de Apple.

El análisis de la Comisión se centró en tres tipos de términos comerciales: (i) los términos originales («Original Business Terms»), previos a marzo de 2024, que prohibían totalmente el *steering*; (ii) los nuevos términos («New Business Terms»), posteriores a marzo de 2024, que teóricamente habilitaban mecanismos de *steering*, pero bajo condiciones y tarifas que desincentivaban su uso efectivo; y, (iii) los términos específicos para música («New Music Streaming Business Terms»), con reglas particulares y tarifas por redireccionamiento (por ejemplo, una comisión del 27% sobre suscripciones externas generadas tras un *link-out*, y comisiones recurrentes en renovaciones automáticas).

Los problemas identificados tras dicho análisis fueron, básicamente: (i) restricciones contractuales sobre los destinos a los que podían dirigir los enlaces externos; (ii) limitaciones tecnológicas, como obligar a abrir links solo en navegadores externos y no mediante *web views*; (iii) obligaciones de mostrar *disclosure sheets* (pantallas de advertencia) antes de redirigir al usuario, generando una fricción artificial; y, (iv) unas tarifas que excedían lo permitido por la DMA, aplicadas a transacciones redirigidas que no involucraban servicios de *match-making* de Apple.

Apple argumentó que sus términos debían interpretarse como un «paquete» de opciones ofrecidas a los desarrolladores, donde estos podían elegir entre las distintas condiciones. La Comisión rechazó esta tesis, afirmando que todos los términos ofrecidos deben cumplir individualmente con la DMA, y que no es

55. Decisión de la Comisión Europea de 23 de abril de 2025, As. DMA.100109 *Apple - Online Intermediation Services - app stores - AppStore* - Art. 5(4).

aceptable mantener alternativas no conformes bajo la premisa de que los desarrolladores pueden «elegir» someterse a ellas.

Además, Apple sostuvo que el artículo 5(4) DMA no pretendía regular precios ni imponer complejos esquemas de regulación tarifaria. La Comisión refutó esta interpretación, señalando que la esencia de la disposición es evitar cualquier restricción o cargo adicional sobre las capacidades de comunicación, promoción y contratación directa de los usuarios empresariales.

La Comisión determinó que el incumplimiento comenzó el 7 de marzo de 2024 (fecha en que entró en vigor la obligación) y seguía en curso al momento de la decisión. La gravedad fue calificada como seria, dada la extensión geográfica (toda la UE), el número de usuarios afectados y la posición dominante de Apple. A la hora de fijar la multa, la Comisión aplicó criterios de proporcionalidad, considerando también como circunstancia atenuante que se trataba de una de las primeras decisiones bajo el nuevo marco de la DMA. El resultado fue una multa de 500 millones de euros, lo que representa aproximadamente un 0,14% del volumen de negocios anual global de Apple (muy por debajo del máximo del 10% autorizado por el Reglamento).

Además de la multa, la Comisión ordenó a Apple: (i) poner fin al incumplimiento en un plazo de 60 días desde la notificación; (ii) presentar explicaciones detalladas sobre cómo piensa cumplir con la decisión; y, (iii) abstenerse de repetir las prácticas descritas o adoptar otras equivalentes. Como es sabido, en caso de incumplimiento de estas obligaciones, Apple se enfrentaría a multas coercitivas periódicas conforme al artículo 31 de la DMA.

Aunque la Comisión no entra al debate sobre intervención antitrust *ex post* o regulación digital *ex ante*, señala explícitamente que las obligaciones recogidas en el artículo 5(4) de la DMA son autoejecutables, no dependen de pruebas adicionales sobre efectos restrictivos de la competencia, y se imponen precisamente para evitar los fallos del enforcement *ex post*, garantizando *ex ante* mercados digitales abiertos y contestables.

En la decisión contra Apple por no permitir a los desarrolladores redirigir libremente a los usuarios a ofertas externas la Comisión detalla cómo Apple utilizó mecanismos de fricción y sesgos de encuadre para hacer que las alternativas fueran «indebidamente difíciles» de usar:

4.1. Creación de *fricción* (esfuerzo no justificado)

La Comisión encontró que Apple impuso varias restricciones al proceso de *steering* que degradan intencionalmente la experiencia del usuario para favorecer su propio sistema de pago (IAP), lo cual es una aplicación directa de la ingeniería de la elección o «dark patterns» basadas en la economía conductual.

En primer lugar, la restricción de URL única: limitar a una sola URL por aplicación obliga al usuario a tomar más pasos para navegar a una oferta específica, haciendo el proceso «indebidamente difícil».

En segundo lugar, la prohibición de «Web View»: prohibir la visualización de la web dentro de la aplicación (Web View) obliga al usuario a salir de la aplica-

ción, lo que hace el proceso «indebidamente difícil» y va en contra del objetivo de una libre elección del canal de distribución.

Finalmente, la prohibición de inclusión de datos adicionales: impedir que los desarrolladores incluyan datos en el URL para pre-llenar campos en la página de destino obliga al usuario a reintroducir la información, lo que «degrada indebidamente la experiencia del usuario» y hace la conclusión de contratos «indebidamente difícil».

4.2. Sesgo de encuadre (*Framing Bias*)

La Comisión reprocha a Apple el uso recurrente de la hoja de divulgación (*disclosure sheet*) que se muestra a los usuarios al hacer clic en un enlace externo, por dos motivos: en primer lugar, porque diseño y el texto no son «neutros y objetivos». En su lugar, utilizan negritas y fuentes más grandes para enfatizar que «Apple no es responsable de la privacidad o la seguridad de las compras realizadas en la web». Y, en segundo lugar, por el *efecto de disuasión*, ya que el lenguaje empleado por Apple sugiere que los usuarios corren un riesgo al salir de la App Store, lo que crea un sesgo de riesgo/miedo que disuade a los usuarios de completar transacciones externas. La Comisión concluye que este sesgo «corre el riesgo de reforzar injustamente a Apple como *gatekeeper*» y hace el *steering* «indebidamente difícil».

Vemos por tanto que esta decisión refleja una profunda aplicación de los postulados de la EC, ya que la Comisión analiza directamente cómo el diseño de la elección (fricción, inercia, encuadre y sesgos) es utilizado por los *gatekeepers* para mantener su dominio y socavar la competencia, impidiendo que los usuarios ejerzan sus derechos de manera efectiva.

Las implicaciones prácticas⁵⁶, por otro lado, son enormemente relevantes para la estructura y funcionamiento de los mercados digitales europeos, ya que refuerza la capacidad de la Comisión para imponer obligaciones de acceso justo y limitar prácticas anticompetitivas estructurales que derivan del control sobre infraestructuras digitales clave, lo que trasciende ampliamente el espectro de actuación que era capaz con la mera aplicación de la normativa de competencia, el art. 102 TFUE. En la línea de lo que venimos desarrollando en estas páginas, además, plantea cuestiones muy interesantes sobre la interacción entre modelos de negocio basados en ecosistemas cerrados y la obligación regulatoria de abrir canales alternativos de competencia. En este aspecto desde luego que la Comisión es firme a la hora de arrogarse el poder de obligar a una empresa a cambiar su modelo de negocio, para que se ajuste al marco legal vigente. Esta injerencia en la autonomía privada de voluntad, y la libertad de contratar de las empresas

56. *Vid.* un acertado análisis de la Decisión en RIBERA (2025): «The DMA's Teeth: Meta and Apple Fined by the European Commission», en *Kluwer Competition Law Blog*, 28 de abril de 2025. Disponible en: <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2025/04/28/the-dmas-teeth-meta-and-apple-fined-by-the-european-commission/>

en posición dominante no ha escapado a las críticas⁵⁷ —que desde luego suscribimos aquí— de la doctrina más autorizada.

La decisión del 23 de abril de 2025 marca, pues, un hito regulatorio en Europa, al concretar las primeras sanciones bajo la DMA, y lanza un mensaje claro a los *gatekeepers* de que no basta con ajustes «cosméticos» en sus términos y condiciones comerciales, sino que deben garantizar una apertura efectiva, libre de restricciones y tarifas artificiales. En lo que a este trabajo respecta, esta resolución ofrece un preclaro caso de estudio sobre cómo la regulación *ex ante* complementa los mecanismos *ex post* del derecho antitrust, estableciendo obligaciones proactivas para asegurar la contestabilidad de los mercados digitales, y el apoyo explícito en los postulados de la EC para justificar la teoría del daño que justifica el carácter anticompetitivo de la conducta.

Las futuras decisiones y recursos judiciales derivados de este caso (Apple ya ha recurrido esta decisión y en fechas recientes se ha admitido el recurso⁵⁸) probablemente determinarán hasta qué punto la DMA puede alterar unos modelos de negocio tan profundamente arraigados en los ecosistemas plataformas digitales de plataforma, qué recorrido tiene la EC para construir una teoría del daño, y qué grado de intervención puede permitirse la Comisión Europea sin desbordar los límites del marco legal de la UE, especialmente en lo relativo a la libertad de empresa.

V. EPÍLOGO Y CONCLUSIONES

La Economía de la Conducta ha pasado de ser una herramienta académica ciertamente marginal para constituir un factor crucial —por lo menos en casos recientes— en la aplicación del derecho de la competencia de la UE. El impacto es visible en asuntos emblemáticos como los seguidos contra *Microsoft*, *Google*, *Amazon* y *Apple*, donde las autoridades han rechazado las premisas de la racionalidad para abordar conductas como la vinculación, el auto-favorecimiento y las prácticas anticompetitivas en mercados secundarios, sancionadas como abusos de posición dominante contrarios al art. 102 TFUE.

En este trabajo hemos abordado únicamente la praxis decisoria de la Comisión Europea y la jurisprudencia emanada de los tribunales de Luxemburgo, sin embargo, esta transformación en la aplicación de los postulados de la EC al análisis del Derecho de la competencia no es ajeno a la autoridad española, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). En efecto, ha publicado

57. ROBLES MARTÍN-LABORDA (2025): «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>

58. Action brought on 7 July 2025 - *Apple v Commission*, Case T-438/25 (C/2025/5215), OJ 6.10.25.

en septiembre de 2025 una serie de documentos⁵⁹ que ha ido elaborando a lo largo de este año y en los que propone que las administraciones utilicen la economía conductual para mejorar la regulación y supervisión. Aunque el estudio —y la publicación⁶⁰ en una revista económica que lo acompaña— va referido a la respuesta de los ciudadanos ante los trámites administrativos o el uso de servicios públicos, aborda los sesgos que hemos visto a lo largo de estas páginas (inercia, sobrecarga de información, etc.), distingue entre *nudges* y *sludges*, trata sobre los *dark patterns*, y es por tanto perfectamente trasladable a las prácticas anticompetitivas.

Como se ha visto en estas páginas, el principal riesgo de la integración de la EC en el análisis *antitrust* es la tensión constante entre precisión y certeza jurídica. La aplicación *ex post* del Artículo 102 TFUE, al buscar la precisión mediante la demostración fáctica y contextual de los sesgos (estadísticas de inercia, efectos de *salience*, etc.), genera una incertidumbre legal significativa para las empresas dominantes. En contraste, la DMA representa un intento de resolver este conflicto mediante supuestos informados de irracionalidad. Este enfoque *ex ante*, aunque sacrifica la precisión económica (potencialmente prohibiendo actos que no son nocivos si los usuarios hubieran actuado racionalmente), proporciona la certeza necesaria al simplificar la legalidad en normas de conducta claras.

En última instancia, la EC no busca rechazar por completo el rico bagaje de los postulados de la economía clásica, que tan útiles se han demostrado para construir sólidas teorías del daño en sectores tradicionales, ni derogar la política de competencia tal cual la hemos entendido hasta ahora, sino complementarla, proporcionando una comprensión más profunda de por qué los consumidores se comportan como lo hacen. Esta comprensión es fundamental no solo para identificar los mecanismos de abuso (como la explotación de los sesgos de *status quo* y *salience*), sino también para diseñar remedios más inteligentes y eficaces que se basen en evidencia y pruebas, evitando la dependencia de modelos teóricos sin sustento empírico. La necesidad de realizar más investigaciones científicas para comprender mejor estos trastornos conductuales es crucial para mejorar la prevención y el tratamiento de los problemas derivados de los patrones adictivos y engañosos en el entorno digital.

VI. BIBLIOGRAFÍA

BERGQVIST, C. (2022): «Google Shopping and self-favouring as a separate abuse: T-612/17», *European Competition Law Review*, pp. 191-195.

59. CNMC, *Estudio sobre la economía conductual para una regulación y una supervisión eficientes*, E/CNMC/002/23, de 8 de julio de 2023. Disponible en: <https://www.cnmc.es/sites/default/files/6130089.pdf>

60. AA.VV. (2025): «Economía del comportamiento para mejorar las políticas públicas», *Revista de Economía ICE*, nº 940, Julio-Agosto-Septiembre de 2025, pp. 1-145.

- BERGQVIST, C. and FAUSTINELLI, E. (2022): «Leveraging Conducts in the Digital Economy: A Competition and Regulatory Perspective» (June 28, 2022). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4148872>
- BOTTA, M. and BORGES, D. (2025): «Chapter XII. Compliance with the DMA obligations: the prohibition of data combination under article 5(2) DMA», en RUIZ PERIS, J.I. y ESTEVAN DE QUESADA, C. (Dir.), *New European Competition Trends in Digital Markets*, Ed. Atelier, Madrid, pp. 259-280.
- CHEN, B.; TAG, B.; XUE, H.; ANGUS, D.; SALIM, F. (2025): «When Ads Become Profiles: Large-Scale Audit of Algorithmic Biases and LLM Profiling Risks», *arXiv*, 2509.18874v1, 23.09.25. Disponible en: <https://doi.org/10.48550/arXiv.2509.18874>
- COLANGELO, G. (2025): «Do Ecosystems Exist in EU Competition Law?» (August 27, 2025). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=5408647>
- CORTADA, N. (2008): «Los sesgos cognitivos en la toma de decisiones», *International Journal of Psychological Research*, nº 1 (1), pp. 68-73.
- CRANE, D. (2019): «Ecosystem Competition and the Antitrust Laws», *Nebraska Law Review*, Vol. 98, Issue n. 2, pp. 412-424.
- CRÉMER, J. (2025): «Why you should think of the DMA as competition law», *Concurrences*, nº 11, p. 6.
- DÍEZ ESTELLA, F. (2025): «Capítulo 3. Prácticas anticompetitivas en los ecosistemas digitales de plataforma: del art. 102 TFUE a la DMA», en OLMEDO PERALTA, E. y BENAVIDES VELASCO, P. (Dir.), *Ecosistemas digitales e industrias de red. Propuestas jurídicas para abrir los mercados a la competencia*, Ed. Atelier, Madrid, pp. 51-80.
- DÍEZ ESTELLA, F. (2025): «Capítulo 7: Nuevas modalidades de abuso de dominio en los ecosistemas digitales de plataforma: análisis de jurisprudencia reciente», en RECUERDA GIRELA, M.A. (Dir): *Anuario de Derecho de la competencia 2025*, Ed. Civitas, Madrid, pp. 167-198.
- FLETCHER, A. (2023): «Choice architecture for end users in the DMA», *CERRE Issue Paper*. Disponible en: https://cerre.eu/wp-content/uploads/2023/12/ISSUEPAPERCERRE.DMA_dec_.pdf
- FLETCHER, A. and VASAS, Z. (2024): «Implications of behavioral economics for the pro-competitive regulation of digital platforms», *Oxford Review of Economic Policy*, n. 40, pp. 808-817.
- GNEEZY, U. (2005): «Deception: the role of consequences», *The American Economic Review*, nº 95 (1), pp. 384-394.
- 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>
- HOLZWEBER, S.: «Tying and bundling in the digital era», *European Competition Journal*, Vol. 14(3), 2018, pp. 12 y ss.
- IBAÑEZ COLOMO, P. (2024): *The New EU Competition Law*, Hart Publishing. Chapter 2. The Rise and Decline of the 'More Economics-based Approach', pp. 46-72.

- JENNY, F. (2021): «Competition Law and Digital Ecosystems: Learning to Walk Before We Run» (April 4, 2021). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3776274>
- KAHNEMAN, D., TVERSKY, A. y SLOVIC. P. (1982): *Judgment under uncertainty: Heuristics & biases*, Cambridge, UK, Cambridge University.
- KATSAMAKAS, E. & Madany, H. (2019): «Effects of user cognitive biases on platform competition», *Journal of Decision Systems*, Volume 28(2), pp. 138-161.
- MÄIHÄNIEMI, B. (2024): «(The Big) Apple's «Walled Garden»: CASE AT.40437 - Apple - App Store Practices (music streaming)», *Kluwer Competition Law Blog*, July 23. Disponible en: <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2024/07/23/the-big-apples-walled-garden-case-at-40437-apple-app-store-practices-music-streaming/>
- MONTI, G. (2024): «Exploitative Abuse - Takeaways from the Apple App Store Practices Decision», 4 June. Disponible en: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4853304>
- MONTI, G. and DE STREEL, A. (2023): «Exploitative Abuses: The Scope and the Limits of Article 102 TFEU», Robert Schuman Centre for Advanced Studies, *Research Paper No. 2023/62*, pp. 26-29. En SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4630871.
- 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, pág. 29.
- PODSZUN, R. (2019): «Digital ecosystems, decision-making, competition and consumers - On the value of autonomy for competition». Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3420692>
- 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, A. (2023): «The Circularity of Consent in the DMA: A Close Look into Articles 5(2) And 6(10)», *Concorrenza e Mercato*, pp. 191-212.
- RIBERA, A. (2025): «The DMA's Teeth: Meta and Apple Fined by the European Commission», en *Kluwer Competition Law Blog*, 28 de abril de 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.
- ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. (2025): «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>

- 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.
- STONES, R. (2025): «Behavioral economics in EU competition law: Article 102 TFEU, the Digital Markets Act, and informed assumptions of irrationality», *Journal of Antitrust Enforcement*, n. 00, pp. 1-27.
- THALER, R. y SUNSTEIN, C. (2008): *Un pequeño empujón: El impulso que necesitas para tomar mejores decisiones sobre salud, dinero y felicidad*, Santillana Ediciones, S. L.
- TODD, P. F. (2017): «Out of the box: illegal tying and Google's suite of apps for the Android OS», *European Competition Journal*, Vol.13(62).
- VÁSQUEZ DUQUE, O. (2025): «The Magical Number 2 (Minus Two): An Empirical Analysis on the Efficacy of Choice Screens to Increase Competition in Digital Markets» (May 22, 2025). En SSRN: <https://ssrn.com/abstract=5264993>
- 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, pp. 351 y ss.