

PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS EN LOS ECOSISTEMAS DIGITALES DE PLATAFORMA: DEL ART. 102 TFUE A LA DMA

Fernando Díez Estella

Profesor titular (acreditado) de Derecho Mercantil
Universidad Antonio de Nebrija

Resumen: La presencia de los ecosistemas digitales en los que las grandes plataformas desarrollan su actividad empresarial ha obligado a revisar la aplicación en estos mercados de las normas clásicas del derecho de la competencia. Desde la aprobación de la DMA en octubre de 2022 hasta la propuesta de *Directrices* sobre el art. 102 TFUE de la Comisión Europea de agosto de 2024, se suceden las iniciativas para encontrar teorías de daño que justifiquen las sanciones por prácticas anticompetitivas. Aunque algunas de las nuevas teorías del daño son fácilmente reconducibles a formas clásicas de abuso de posición dominante, otras plantean retos que corresponde a la praxis decisoria de las autoridades de competencia y la jurisprudencia de los tribunales comunitarios aclarar. Cobra especial fuerza, en este sentido, la idea de que para mantener los mercados contestables frente a los rasgos estructurales y prácticas anticompetitivas que los convierten en «jardines vallados», la regulación *ex ante* es más eficaz que la intervención *ex post*. Así lo evidencian las sanciones contra Apple y Meta de 2025, por infracción de la DMA.

Abstract: The presence of digital ecosystems in which large platforms conduct their business activities has forced a review of the application of traditional competition law rules in these markets. From the adoption of the DMA in October 2022 to the European Commission's proposal for Guidelines on Article 102 TFEU in August 2024, there have been a series of initiatives to find theories of harm that justify sanctions for anti-competitive practices. Although some of the new theories of harm can easily be traced back to classic forms of abuse of a dominant position, others pose challenges that need to be clarified by the decision-making practice of the competition authorities and the case law of the Community courts. In this regard, the idea that *ex ante* regulation is more effective than *ex post* intervention in maintaining contestable markets in the face of structural features and anti-competitive practices that turn them into

‘walled gardens’ is particularly compelling. This is evidenced by the sanctions against Apple and Meta in 2025 for infringement of the DMA.

Palabras clave: abuso de dominio, art. 102 TFUE, DMA, contestabilidad, teoría del daño, ecosistemas digitales de plataforma, innovación antitrust.

Key words: abuse of dominance, art. 102 TFEU, DMA, contestability, harm theory, digital platform ecosystems, antitrust innovation.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: «JARDINES VALLADOS» VS. CONTESTABILIDAD. II. ENFOQUE TRADICIONAL: LA PROHIBICIÓN DE ABUSO DE DOMINIO EN MERCADOS DIGITALES. 1. ¿Abusos de explotación o de exclusión? 2. Los casos de *leveraging*. A) *Google Shopping*. B) *Facebook Marketplace*. 3. La negativa a facilitar la interoperabilidad: *Android Auto*. III. UN VIAJE -SIN RETORNO- DEL ART. 102 TFUE A LA DMA. 1. La política de ‘pay-or-consent’ de Meta. 2. Las cláusulas anti-steering de Apple. IV. VALORACIÓN FINAL Y CONCLUSIONES.

«Algunas de estas empresas controlan ecosistemas completos de plataformas en la economía digital y a los operadores de mercado existentes o nuevos, con independencia de lo innovadores y eficientes que puedan ser, les resulta sumamente difícil, por motivos estructurales, competir con ellos o disputarles el mercado».

DMA, Considerando nº 3.

I. INTRODUCCIÓN: «JARDINES VALLADOS» VS. CONTESTABILIDAD DE MERCADOS

El documento que constituye la base conceptual y marco analítico para la Comisión Europea sobre la aplicación del Derecho de Defensa de la Competencia en los nuevos mercados digitales es el informe titulado *Competition Policy for the Digital Era*, publicado¹ en el mes de abril de 2019, y que constituyó toda una declaración de principios en esta materia. Ya he tenido ocasión de manifestarme² sobre este estudio, y sus premisas, al poco de publicarse; han pasado ya algunos años desde entonces, y el punto de partida sigue siendo cuando menos matizable: «*las empresas digitales dominantes tienen fuertes incentivos para incurrir en conductas anticompetitivas*»³.

1. Disponible en: <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>

2. DÍEZ ESTELLA, F.: «La aplicación del Derecho de la Competencia en la era digital: casos *Google*, *Facebook*, *Apple/Shazaam* y el Informe de la Comisión Europea de abril de 2019», *Anuario de la Competencia 2019*, Ed. Civitas Thomson Reuters, págs. 145-183, Madrid 2019.

3. Página 3: «*Desde la óptica de la política de competencia, hay una razonable preocupación de que las empresas digitales dominantes tienen fuertes incentivos para incurrir en conductas anticompetitivas. Todos estos factores tienen un enorme peso en el modo en que la competencia tiene lugar en la economía digital; requieren una vigorosa aplicación de la normativa de competencia y justifican los ajustes en la forma en que este derecho se aplica.*»

A este informe le ha sucedido, un lustro después, en el mes de agosto de 2024 la propuesta⁴ de *Directrices sobre abusos de exclusión* (en adelante, las *Directrices*) prohibidos por el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Al mismo tiempo, la Comisión Europea publicó un documento⁵ de reforma de las *Orientaciones*⁶ de 2008, corrigiendo aquellos aspectos en los que dichas prioridades ya no reflejan el enfoque de la Comisión.

Ya en el año 2020 la OCDE había publicado⁷ un concienzudo informe sobre el abuso de dominio en los mercados digitales, que ponía de manifiesto la necesidad de «repensar» las teorías de daño empleadas hasta ahora para adaptarlas a este nuevo contexto, ya que el ámbito que más preocupa ahora es precisamente el de la actuación de las grandes plataformas *on-line* en los nuevos ecosistemas digitales, y la complicada aplicación de las normas de Defensa de la Competencia en este nuevo escenario⁸.

El fin último que las *Directrices* persiguen lo indica igualmente la Comisión en un *Competition Policy Brief* (en adelante, el *Informe*) titulado «Un enfoque dinámico y viable basado en los efectos del artículo 102 del TFUE»⁹. En dicho informe, la Comisión subraya que tanto la economía a escala mundial como en el ámbito de la Unión Europea han experimentado cambios significativos, que exigen una adaptación de la normativa de competencia. En particular, el ejecutivo comunitario señala que se observan cada vez más indicios de concentración del mercado y de creciente importancia de los mercados y servicios digitales. Estos mercados se caracterizan a menudo por fuertes efectos de red y una dinámica en la que «el ganador se lo lleva todo»¹⁰ (*winner-take-all*). Por tanto, sólo una aplicación rigurosa de la legislación contra los abusos de posición dominante es adecuada para hacer frente con éxito a estos problemas.

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

5. Disponible en la página web de la Comisión Europea (el texto únicamente se encuentra en inglés): https://competition-policy.ec.europa.eu/document/3c8af31c-1bf0-467a-b4a7-a69da6e722bb_en

6. Comunicación de la Comisión — *Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*, DOUE C45/7, de 24 de febrero de 2009.

7. 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

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

9. Disponible en la página web de la Comisión: https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2023-03/kdak23001enn_competition_policy_brief_1_2023_Article102_0.pdf

10. *Vid.* una fundamentada refutación de esta idea, ampliamente extendida en el ámbito de la UE, en HOVENKAMP, H., «Antitrust and Platform Monopoly» (November 14, 2020). *Yale Law Journal*, Vol. 130, 2021, U of Penn, Inst for Law & Econ Research Paper No. 20-43. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3639142>

Y a tal fin se dirige también el Reglamento de Mercados Digitales¹¹ (conocido como la DMA, por sus siglas en inglés: *Digital Markets Act*). Como se ha señalado en las múltiples publicaciones que la analizan¹² -y a las que nos remitimos para un estudio en profundidad de esta trascendental normativa-, este Reglamento no es Derecho de la Competencia¹³, es regulación sectorial. Su objetivo no es, por tanto, la prohibición de las conductas de abuso de dominio (que siguen estando contempladas en el art. 102 TFUE) de las plataformas en línea, sino la consecución de unos mercados digitales «equitativos y disputables»¹⁴.

En efecto, la lentitud de los procesos sancionadores antitrust y la escasez de remedios estructurales que acompañan a su finalización, se ha demostrado insuficiente para atajar los excesos de las grandes plataformas, ya que su actuación -pese a que se condene como anticompetitiva y se le impongan cuantiosas multas- causa un daño irreversible la competencia, con el consiguiente perjuicio para los consumidores. De ahí la necesidad de una regulación *ex ante*, que complemente la normativa de competencia *ex post*.

Por tanto la DMA y el art. 102 TFUE tienen como objeto propio proteger intereses jurídicos distintos, pero ciertamente complementarios¹⁵, y no parece que -de momento- la articulación entre ambas normativas esté bien estructurada. Con todo, la finalidad principal de esta normativa sigue siendo la de poner coto al poder sistémico de un pequeño número de plataformas digitales que, sin embargo, tienen un enorme impacto en los mercados en los que actúan, actuando como reguladores privados y obstaculizando e impidiendo la entrada a nuevas empresas, a modo de «cuello de botella», lo que priva de elección a los usuarios y consumidores finales. Y esto es coincidente con los objetivos declarados por la Comisión Europea en la propuesta de *Directrices* de aplicación del art. 102 TFUE a los abusos de exclusión. De la situación actual de falta de coordinación entre la DMA y el art. 102 TFUE da cuenta el hecho de que, en fechas recientes, la

11. 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.

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

13. KOMNINOS, A.: «The Digital Markets Act: How Does it Compare with Competition Law?» (June 14, 2022). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4136146>

14. Con lo que consideramos es un muy saludable tono de sarcasmo, se ha afirmado ya que va a ser un arte mantener disputables los mercados de los *gatekeepers*, y todo un reto saber qué significa que sean equitativos, en SCHWEITZER, H.: «The Art to Make Gatekeeper Positions Contestable and the Challenge to Know What is Fair: A Discussion of the Digital Markets Act Proposal» (April 30, 2021). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3837341>

15. Incidiendo en lo defectuoso de la interrelación entre la DMA y la normativa *antitrust* comunitaria, cuando hubiera sido sin duda deseable que se hubiera hecho con otro planteamiento, destacados autores y expertos en la materia no duda en calificar al nuevo Reglamento como un «hijo perdido» del Derecho de la Competencia; LAROUCHE, P. y DE STREEL, A.: «The European Digital Markets Act: A Revolution Grounded on Traditions», *Journal of European Comp. Law & Practice*, 2021, Vol. 12 (7), pp. 542-560.

Comisión Europea ha enviado¹⁶ un pliego de cargos contra *Alphabet* por... ¡llevar a cabo el mismo tipo de conductas de *self-favoring* en su buscador Google Search contrarias a la DMA por la que ya ha sido sancionado por el art. 102 TFUE!

Y este nuevo enfoque pasa, como no podía ser de otra manera, por revisar la forma en que definimos el mercado relevante en esta nueva economía de plataformas, lo que se ha llevado a cabo a través de la nueva *Comunicación*¹⁷ del 8 de febrero de 2024, 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.

No altera los principios básicos, como son la diferenciación entre mercado geográfico o mercado de producto, o la preponderancia del criterio de la sustituibilidad de la demanda. Lo que intenta es «codificar» la jurisprudencia reciente sobre aplicación de las normas de competencia a los mercados digitales, y nuevos fenómenos como los «mercados de doble cara», la prestación de servicios a precio cero para uno de los grupos de clientes, o el nuevo concepto de «ecosistema digital», que es el que según la teoría económica, mejor caracteriza al modo de operar de empresas como *Apple*, *Google* o *Facebook*. Lo cierto es que no son pocos los retos que delimitar el mercado relevante en estos nuevos escenarios supone¹⁸: dejar de considerar el precio como un factor relevante en la definición de mercado relevante (al menos para un grupo de usuarios, estas plataformas prestan sus servicios a precio cero), calibrar otros factores como la calidad, la privacidad, etc.

La aplicación del Derecho de la competencia a estos nuevos ecosistemas digitales de plataforma tiene, pues, que «redefinirse» en una triple dimensión: i) en su fundamento y punto de partida (el poder de mercado); ii) en la delimitación de la conducta (derivada de la estructura de plataforma); y, iii) en sus efectos (el carácter anticompetitivo de la conducta no siempre puede acreditarse con las teorías de daño existentes).

A estas alturas no hay dudas de que uno de los grandes retos regulatorios al que nos enfrentamos es el de «tipificar» adecuadamente las prácticas comerciales de estas plataformas digitales¹⁹, y en concreto su funcionamiento no como mero operador en el mercado, sino como auténticos «ecosistemas»²⁰ digitales. Como es

16. *Commission sends preliminary findings to Alphabet under the Digital Markets Act*, Press Release, Brussels, Mar 19, 2025. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_25_811

17. *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.

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

19. MARTÍNEZ NADAL, A.: «Capítulo 5. La propuesta de Reglamento de Mercados Digitales ('Digital Markets Act'): una aproximación jurídica», en MARTÍNEZ NADAL, A. (Dir), *Plataformas digitales: Aspectos jurídicos*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 123 y ss.

20. *Vid.*, entre otros, MARTY, F. y MOUTON, J.: «Ecosystems as quasi-essential facilities: should we impose platform neutrality?», *Journal of Law, Market & Innovation*, Vol. 1 – Issue 3/2022, 108 – 134.

sabido, este nuevo tipo de empresas operan en varios mercados a la vez, y el despliegue de aplicaciones y funcionalidades que sus productos y servicios exhiben hace que se resistan a ser categorizadas como pertenecientes a un sector concreto.

Por su carácter cerrado e inaccesible ya se denominan en la literatura *anti-trust* como «jardines vallados»²¹. De ahí la reciente importancia de este concepto de ecosistemas digitales, y la creciente atención que está generando en la doctrina²². 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 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 sentido, la DMA (recogiendo las conclusiones del citado informe de 2019) es la que señala tanto las bondades²³ de las plataformas digitales, como los riesgos²⁴ que su actividad entraña. Es evidente que se ha producido una concentración excesiva de poder de mercado por parte de estas grandes plataformas, que actúan como cuasi reguladores privados, dictando las normas de funcionamiento en sus respectivos ecosistemas. Los rasgos característicos de estos nuevos mercados (integración de funcionalidades, efectos de red, *lock-in*, ventajas de los datos, etc.) de alguna forma obligaban²⁵ a la UE a un replanteamiento de su *enforcement* de la prohibición de abuso de posición dominante. Lo señala el *Informe* cuando habla²⁶ de «fuertes efectos de red», «dinámicas de *winner-takes-all*», «efecto *tipping*» y «posiciones de dominio afianzadas».

Sobre todo -y en esto el enfoque de la DMA es acertado- era necesario algún tipo de herramienta que estableciera obligaciones para mantener estos ecosistemas digitales abiertos, a la innovación, a la competencia; es decir, «contestables».

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

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

23. Considerando n° 1: «Los servicios digitales en general y las plataformas en línea en particular desempeñan un papel cada vez más importante en la economía, especialmente en el mercado interior, posibilitando que las empresas lleguen a usuarios de toda la Unión, facilitando el comercio transfronterizo y ofreciendo oportunidades de negocio completamente nuevas a un gran número de empresas en la Unión en beneficio de los consumidores de esta».

24. Considerando n. 2: «Todas estas características, combinadas con las prácticas desleales de las empresas prestadoras de los servicios básicos de plataforma, pueden tener el efecto de socavar sustancialmente la disputabilidad de los servicios básicos de plataforma, así como afectar a la equidad de la relación comercial entre las empresas prestadoras de dichos servicios y sus usuarios profesionales y usuarios finales».

25. TAMAYO VELASCO, J.: *Los retos de la economía digital y la propuesta de «Ley de mercados digitales» de la Unión Europea*, Ed. Comares, Granada 2021.

26. *Competition Policy Brief*, n° 1/2023, pág. 2.

Porque, en efecto, basta echar un vistazo a la realidad de los mercados hoy en día para comprobar que las grandes plataformas han construido, a partir de sus «servicios básicos» un entorno cerrado (*walled-off*)²⁷ e inexpugnable: *Google* con *Android* y *Apple* con *iOS* en smartphones y tablets; *Amazon* con su marketplace; *Microsoft* con *Office* en sistemas operativos para PC; y *Meta* con *Facebook/Instagram/WhatsApp* para redes sociales. Como se ha señalado²⁸ con agudeza, en estos ecosistemas digitales de poco valen las teorías schumpeterianas de la «creación destructiva», y se precisa una firme intervención tanto regulatoria como antitrust.

Como conclusión a esta introducción, recogemos lo que recientemente ha señalado la doctrina que más se está ocupando de estudiar estos nuevos mercados: «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»²⁹. Se trata, en definitiva, de «repensar» el Derecho de la Competencia, para calibrar su aplicación a este nuevo escenario, caracterizado no ya por los clásicos «fallos de mercado», sino por auténticos «fallos de ecosistema»³⁰.

II. ENFOQUE TRADICIONAL: LA PROHIBICIÓN DE ABUSO DE DOMINIO EN MERCADOS DIGITALES

1. ¿Abusos de explotación o abusos de exclusión?

Una de las novedades más significativas de la propuesta de *Directrices* de la Comisión Europea de agosto de 2024 es que otorga³¹ a la práctica del *margin squeeze* una consideración de conducta de abuso de dominio «autónoma», y por tanto no una mera subcategoría de la negativa de suministro, como hacían las *Orientaciones* de 2008. Se apoya para eso en la conocida jurisprudencia *TeliaSo-*

27. Sobre el concepto de «walled-garden», puede por ejemplo consultarse FRIEDEN, R.: «The Internet of Platforms and Walled Gardens: Implications for Openness and Neutrality» (2016), disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2754583>. Estas ideas han sido desarrolladas posteriormente por PODSZUN, R.: «Digital ecosystems, decision-making, competition and consumers - On the value of autonomy for competition» (2019), disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3420692>.

28. HÖPPNER, T.: «From Creative Destruction to Destruction of the Creatives: Innovation in Walled-Off Ecosystems» (June 24, 2022), *Journal of Law, Market & Innovation*, Vol. 2 (2022).

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

30. *Vid.*, a este respecto, el sugerente post de JACOBIDES, M. y LIANOS, I.: «Rethinking Competition: From Market Failures to Ecosystem Failures», *Promarket*, April 12, 2021. Disponible en: <https://www.promarket.org/2021/04/12/competition-market-failure-platforms-ecosystem-regulation/>

31. *Competition Policy Brief*, nº 1/2023, Apartado III. E, pág. 8.

*nera*³² y *Slovak Telekom*³³, y por tanto hace que no sea necesario -para evaluar el carácter anticompetitivo de esta práctica- aplicar los criterios del test³⁴ Bronner.

Se trata por tanto de discernir si estas nuevas modalidades de abuso de dominio son reconducibles a las categorías clásicas del art. 102 TFUE o se precisa desarrollar una sólida teoría del daño que justifique su ilicitud antitrust. Y, conforme a la clásica distinción en el acervo del derecho de competencia de la UE, aclarar si nos hallamos ante abusos de explotación o abusos de exclusión, para a partir de ahí evaluar su nocividad y delimitar con precisión qué efectos causan en el mercado, y a quién perjudican.

Naturalmente, esta distinción no es taxativa, y nada impide que una misma conducta tenga efectos tanto de explotación como de exclusión, o que una empresa lleve a cabo dos abusos de dominio distintos, o —como veremos en el caso *Apple Music*— que un expediente se incoe inicialmente como abuso de exclusión y termine sancionando por abuso de explotación. Así, en la Resolución *Booking*³⁵, la CNMC impuso la multa más alta de su historia —más de 413 millones de euros— por una conducta de infracción del art. 2 LDC. El interés de este histórico pronunciamiento no es, evidentemente, por la cuantía de la sanción, sino porque es la primera vez que nuestra autoridad de competencia declara la comisión de un abuso de posición dominante de una plataforma digital, y porque las conductas sancionadas son tanto un abuso de exclusión como uno de explotación.

2. Los casos de *leveraging*

No es sencillo evaluar de forma sistemática la compleja y multifacética realidad de las plataformas digitales, y su funcionamiento como auténticos ecosistemas³⁶, que integran un amplio conjunto de prestaciones y servicios diversos, pero conectados entre sí. De partida, se precisa decidir si se consideran estos diferentes servicios como mercados independientes entre sí, o como mercados interconectados (lo que clásicamente se han considerado mercados *conexos*).

Y es que, por ejemplo, en la histórica Sentencia *Google Android*³⁷ del TG, que confirma la sanción de 4.300 millones de euros, gran parte del debate fue precisamente delimitar la competencia en el ecosistema (Android) y entre ecosistemas (respecto de iOS). Y es que es frecuente en estos mercados todo tipo de conduc-

32. Sentencia del TJUE, de 17 de febrero de 2011, *Telia Sonera Sverige*, As. C-52/09 (ECLI:EU:C:2011:83).

33. Sentencia del TJUE, de 25 de marzo de 2021, *Slovak Telekom v. Commission*, As. C-165/19P (ECLI:EU:C:2021:239).

34. Sentencia del TJUE, de 26 de noviembre de 1998, *Oscar Bronner v. Mediaprint*, As. C-7/97 (ECLI:EU:C:1998:569).

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

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

37. Sentencia del TG, de 14 de septiembre de 2022, As. T-604/18 (ECLI:EU:T:2022:541).

tas de *leveraging* entre las diferentes actividades y servicios que la plataforma ofrece, que siendo distintas, no dejan de estar interconectadas: ejemplo de esto son las conductas de *tying* o *self-preferencing*. Es indudable³⁸ que esta configuración de los ecosistemas tiende, de forma natural, al *leveraging*. Y puede que lo haga más eficiente, que garantice así la integridad de la plataforma, e incluso, que los consumidores se beneficien de esta integración de servicios y funcionalidades. Lo que toca a la autoridad de competencia es justificar en qué circunstancias es una conducta anticompetitiva o explotativa que hay que prohibir.

De los múltiples ejemplos recientes que pueden reseñarse, nos centraremos seguidamente en esas dos, por considerarlas especialmente ilustrativas de las conductas de abuso de dominio que típicamente se producen en la actuación de los ecosistemas digitales de plataforma: el *self-preferencing*, a través del caso *Google Search – Shopping*, y el *tying*, a través del caso *Facebook Marketplace*.

A) Caso *Google Search – Shopping*

En EE.UU., el 20 de octubre de 2020 el Departamento de Justicia de los Estados Unidos presentó una demanda contra Alphabet Inc., la empresa matriz de Google, por abuso de posición dominante³⁹, práctica que en el ámbito antitrust norteamericano se conoce como monopolización. La conducta anticompetitiva de Google se puede resumir con el término *self-preferencing*, y en la medida que se pone en práctica por una empresa tildada de *gatekeeper*, deviene en una práctica ilícita⁴⁰. Y es que desde hace ya un tiempo se ha venido afirmando⁴¹ que la práctica del «auto favorecimiento» va a ser la conducta anticompetitiva prevalente en los mercados digitales.

De momento esta práctica anticompetitiva ha sido abordada en toda su amplitud en el caso *Google Shopping*, en el que la DG COMP entendió⁴² que se falseaban los resultados de búsquedas para dar ventajas injustificadas a sus propios servicios de comparadores de precios en las compras, y eso le valió en el 2017 una sanción de más de 2.400 millones de euros. Sin embargo, no está del todo clara qué teoría del daño esgrime la Comisión para justificar la sanción: más que de auto-favorecimiento habla de sesgos en las búsquedas y discriminación a los competidores, pero a la vez no se rechaza la libertad de la empresa de configurar así los resultados. Además, y dado que nadie está obligado a usar el buscador de

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

39. Disponible en: <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1328941/download>

40. «*Google's monopoly in general search services also has given the company extraordinary power as the Gateway to the internet, which it uses to promote its own web content and increase its profits*» (Demanda del DOJ contra Google, párrafo n° 170).

41. *Vid.*, por todos, BERGQVIST, C.: «Discrimination and Self-Favoring in the Digital Economy» (February 4, 2020). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3531688>

42. Decisión de la Comisión, de 27 de junio de 2017, relativa a un procedimiento en virtud del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del artículo 54 del Acuerdo EEE, Asunto AT.39740 *Google (Shopping)*.

Google, y que es gratuito para los usuarios, su modelo de negocio precisamente se apoya en monetizar las búsquedas a través de sus otros servicios; ¿tiene que convertirse en un modelo no rentable por la obligación impuesta de asegurar la «neutralidad» absoluta en los resultados?

La decisión de la CE fue íntegramente confirmada por el Tribunal General en Sentencia⁴³ de 10 de noviembre de 2021, y este trascendental pronunciamiento codifica la práctica del auto favorecimiento como nueva modalidad de abuso de posición dominante⁴⁴, pese a constatar la ausencia de una base teórica para entenderla (Apartado nº 145), señala que no puede considerarse competencia basada en los méritos (Apartado nº 185), y por tanto en la medida que tiene un efecto potencial o real de expulsión de sus competidores (Apartado nº 223) constituye una infracción del art. 102 TFUE.

Tras el pertinente recurso ante el TJUE, de las conclusiones⁴⁵ de la A.G. Kokott todo apuntaba a que esta conducta finalmente sí iba a «consagrarse» en el derecho de competencia como categoría autónoma de abuso de posición dominante contraria al art. 102 TFUE. Las referencias al empleo por parte de Google de sus algoritmos de ajuste (especialmente el conocido como *Panda*) para mejorar sus resultados de búsquedas al tiempo que perjudicar a los de sus competidores, son reiteradas⁴⁶ a lo largo del texto. Sin embargo, la esperada Sentencia⁴⁷ del Tribunal de Luxemburgo del 10 de septiembre de 2024 fue un poco decepcionante en este sentido, en cuanto que confirma la decisión de la CE, pero no aclara el alcance y configuración legal de la práctica de la *autopreferencia*, llegando incluso -en lo que se ha interpretado como un deliberado propósito de no dar carta de naturaleza propia a la figura- a no mencionar ese término en ni uno solo de sus 277 apartados.

En una aportación doctrinal, el que fuera Economista Jefe (2013 a 2016) de la Comisión Europea desarrolla posibles teorías del daño de esta conducta del auto-favorecimiento, que categoriza como «situaciones en las que una plataforma integrada discrimina a favor de sus servicios o productos en detrimento de los de un tercero, por ejemplo, haciendo que estos últimos ocupen un lugar menos destacado, clasificándolos en un lugar inferior, degradando o retrasando su acceso a la plataforma, o empeorando sus condiciones de acceso. Como tales, pueden dar lugar a la exclusión parcial o total»⁴⁸.

43. STG (Sala Novena ampliada) de 10 de noviembre de 2021, *Google LLC, anteriormente Google Inc. y Alphabet, Inc. contra Comisión Europea*, Asunto T-612/17 (ECLI:EU:T:2021:763).

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

45. 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*.

46. A modo puramente ejemplificativo, *Vid.* apartados 7, 8, 11, 14, 16, 72, 92, 97, 115, 123, 160, 170, 177, 179, 182, 185.

47. 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).

48. MOTTA, M. (2023): «Self-preferencing and foreclosure in digital markets: theories of harm for abuse cases», *International Journal of Industrial Organization*, Volume 90 (September), pág. 1.

En cualquier caso, en la propuesta de *Directrices* de 2024 sí que hay un apartado expreso dedicado al *self-favoring*, que en la versión en castellano se traduce como *autopreferencia*, y se conceptúa (apartado 156) como una situación en la que «una empresa dominante conceda activamente un trato preferente a sus propios productos en comparación con los de los competidores, principalmente mediante una conducta no ligada a los precios».

Naturalmente, esta definición legal de las *Directrices* —recordemos que son de fecha previa a la STJUE— lo único que hace es codificar la doctrina sentada por el Tribunal General en el asunto *Google Shopping*⁴⁹, al cual hacen referencia explícita (nota n. 330) en el texto. Finalmente, y esto nos parece un poco decepcionante, ya que la práctica exige una mayor elaboración del test, el apartado 160 se limita a indicar que para determinar si esta conducta puede ser abusiva tienen que concurrir los dos requisitos que ha venido repitiendo para todos los abusos no sujetos a criterios jurídicos específicos: que esa concesión de un trato preferente a los productos propios se aparte de la competencia basada en los méritos, y que pueda producir efectos de exclusión.

Aunque no zanja el debate —como si hace con la práctica de la compresión de márgenes— sobre si esta conducta puede catalogarse como una categoría autónoma de abuso, por lo menos se pronuncia sin ambages sobre un debate abierto a raíz de este caso, en torno al carácter esencial del insumo, señalando las *Directrices* que: «La importancia del producto suministrado por la empresa dominante en el mercado de apalancamiento para los competidores no debe entenderse como indispensabilidad en el sentido de la negativa de suministro, dado que la autopreferencia constituye un tipo diferente de abuso; por lo tanto, no es necesario que se cumplan los criterios establecidos en la sentencia de 26 de noviembre de 1998, *Bronner*» (nota a pie de página nº 336).

B) Caso *Facebook Marketplace*

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 sanción⁵⁰ a Meta de 797,72 millones de euros del 14 de noviembre de 2024, por infracción del art. 102 TFUE. En efecto, 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.

Como es sabido, además de su red social *Facebook*, Meta también ofrece un servicio de anuncios clasificados en línea, denominado *Facebook Marketplace*, en el que los usuarios pueden comprar y vender productos. La investigación de la

49. Sentencia del Tribunal General de 10 de noviembre de 2021, *Google y Alphabet/Comisión (Google Shopping)*, As. T-612/17 (ECLI:EU:T:2021:763), apartado 240.

50. Decisión de la Comisión Europea, de 14 de noviembre de 2024, As. AT.40.684, *Facebook Marketplace*. Versión no confidencial, publicada el pasado 26 de marzo de 2025, disponible en: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases1/202513/AT_40684_10582539_13405_4.pdf

Comisión determinó que Meta ocupa una posición dominante en el mercado de las redes sociales personales, así como en los mercados nacionales de publicidad gráfica en línea en redes sociales.

Al vincular (*tying* o *bundling*) su servicio de anuncios clasificados en línea del servicio Facebook Marketplace (en adelante, FBM) a su red social personal Facebook, todos los usuarios de Facebook tienen automáticamente acceso y están expuestos regularmente a FBM, 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.

Por otra parte, al imponer unilateralmente condiciones comerciales desleales a otros proveedores de servicios de anuncios clasificados en línea que se anuncian en las plataformas de Meta, en particular en sus populares redes sociales Facebook e Instagram, permite a Meta utilizar datos relacionados con anuncios generados por otros anunciantes en beneficio exclusivo de Facebook Marketplace.

La primera conducta se trata -según la Comisión- de un clásico abuso de exclusión (apartados 730 y ss.), contemplado en el art. 102.d) TFUE, mientras que la segunda un abuso de explotación (apartados 1066 y ss.), contemplado por el art. 102.a) TFUE. Esta decisión tiene muchas cuestiones que merecerían un análisis en profundidad, pero que excede el ámbito de este comentario. Por ello nos limitaremos a señalar las tres que consideramos más relevantes.

En primer lugar, respecto a la «tipificación» de los abusos, como explotativos o exclusionarios, es interesante destacar cómo la Comisión no adopta —respecto a la segunda de las conductas— el enfoque que siguió en el caso *Amazon*, muy similar a éste de Facebook. En aquel, cerrado por decisión de compromisos⁵¹, la teoría del daño seguida era únicamente la del efecto que tenía sobre los competidores y de cierre de mercado.

En segundo lugar, la Comisión Europea lleva a cabo un interesante ejercicio de definición de mercado —en la línea de lo que hemos señalado en la introducción a estas páginas, y con reiteradas referencias a su *Comunicación* de 2024— en el ámbito 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 que le lleva a concluir 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.

Y, 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 todas buscan es captu-

51. Decisión de la CE, de 20 de diciembre de 2022, As. AT.40462 – *Amazon Marketplace*.

rar 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*».

En tercer lugar, la conducta abusiva de *tying* se caracteriza con un guiño a la propuesta de *Directrices* del art. 102 TFUE, cuando señala (apartado n. 753) la Comisión que «*En determinadas circunstancias cabe concluir que, debido a las características específicas de los mercados y productos de que se trata, la vinculación puede producir efectos excluyentes y esos efectos pueden presumirse*». En cualquier caso, la Comisión construye su razonamiento de forma «canónica», acudiendo en todo momento a la doctrina⁵² *Microsoft*, que luego reiterará en el asunto⁵³ *Google Android*.

La cuestión es, 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 plataforma⁵⁴.

3. Negativa a facilitar la interoperabilidad: *Android Auto*

Una de las modalidades «clásicas» de abuso de posición dominante es la práctica de la negativa de suministro (*refusal-to-supply*), y posiblemente una de las que más doctrina y jurisprudencia han generado. De hecho esta práctica es una de las grandes protagonistas de la reforma sobre la aplicación del art. 102 TFUE,

52. Sentencia del TPI (Gran Sala), de 17 de septiembre de 2007, As. T-201/04, *Microsoft v Commission* (ECLI:EU:T:2007:289).

53. Sentencia del TG, de 14 de septiembre de 2022, As. T-604/18, *Google and Alphabet v Commission (Google Android)*, (ECLI:EU:T2022:541)

54. *Vid.*, sobre esta práctica de la vinculación en mercados digitales, por ejemplo, HOLZWEBER, S.: «Tying and bundling in the digital era», *European Competition Journal*, Vol. 14(3), 2018, pp. 12 y ss; TODD, P. F.: «Out of the box: illegal tying and Google's suite of apps for the Android OS», *European Competition Journal*, Vol.13(62), 2017.

aclarando⁵⁵ la Comisión que teniendo en cuenta la experiencia adquirida a través de su práctica decisoria en relación con el acceso a los insumos o activos de la empresa dominante y las aclaraciones aportadas por la jurisprudencia de los Tribunales comunitarios sobre dicho acceso, es importante distinguir las situaciones de negativa «rotunda» de suministro de las situaciones en las que la empresa dominante supedita el acceso a condiciones desleales «denegación constructiva de suministro».

Sobre la premisa que hemos sentado de la importancia de los datos en la economía digital, y como ya se ha planteado la doctrina⁵⁶, ¿podrían considerarse como un recurso esencial (*essential facility*) al que, en las condiciones establecidas por la jurisprudencia comunitaria, estoy obligado (*duty-to-deal*) a dar acceso a mis competidores? Sobre esta cuestión no hay, en la actualidad, consenso⁵⁷, y la total inexistencia de pronunciamientos de los tribunales o decisiones de las autoridades de competencia impide extraer pautas que permitan un análisis de la práctica. ¿Hay que dejar de aplicar —como sugieren las reformas anunciadas⁵⁸ y la publicación de la propuesta de *Directrices* de aplicación del art. 102 TFUE— en estos casos el test de indispensabilidad?

Sí es necesario, como punto de partida, poner de manifiesto las diferencias entre una infraestructura «física» (en cuanto «recurso esencial»: piénsese en un puerto de carga, una red ferroviaria, una pista de esquí, etc) y una base de datos. Parece claro que las diferencias son patentes, y ello debería llevar a una aplicación más cautelosa de la doctrina de las *essential facilities*: unas son estáticas, y otras dinámicas; unas no permiten —por su propia naturaleza— la simultaneidad en el uso, y otras sí; unas no son replicables, y las bases de datos, sí. Por ello, desde un amplio sector doctrinal norteamericano se ha criticado⁵⁹ que se use esta doctrina de los recursos esenciales —es una herramienta disponible en el instrumental antitrust— como una fórmula disimulada lo que en el fondo es regular el acceso a los datos de los que disponen las grandes plataformas digitales.

Estos autores revisan el desarrollo de la doctrina de las *essential facilities* en el contexto de las principales tendencias actuales en la continua evolución de la normativa antitrust estadounidense. Tras revisar los casos recientes del Tribunal Supremo que han cuestionado y, por tanto, socavado dicha doctrina, concluyen que la continua regulación económica de un sector tendente al monopolio, bajo la apariencia de «intervención antitrust», no es coherente con los fundamentos de

55. *Competition Policy Brief*, nº 1/2023, Apartado II. D) pág. 7.

56. RODRÍGUEZ RODRIGO, J. (2021), «Los datos en los mercados de doble cara: ¿son fácilmente replicables?», en ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. y OLMEDO PERALTA, E. (dirs), *Estudios de la Red Académica de Defensa de la Competencia (RADC) 2021*, Ed. Thomson Reuters, pp. 363 a 384.

57. *Vid.* un ejemplo del estado de la cuestión en: RYAN, D. (2021), «Big Data and the Essential Facilities Doctrine: A Law and Economics Approach to Fostering Competition and Innovation in Creative Industries», *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. 10 (1), pp. 84-112.

58. *Competition Policy Brief*, nº 1/2023, Apartado II. D) pág. 7.

59. LIPSKY, A., «Essential Facilities Doctrine: Access Regulation Disguised as Antitrust Enforcement» (November 11, 2020). *The Global Antitrust Institute Report on the Digital Economy 22*, Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3733729>

dichas normas, ni con las capacidades institucionales básicas de los tribunales y autoridades de competencia, a diferencia de la normativa y los organismos que se dedican a la regulación económica y que han sido creados a tal efecto en virtud de la normativa sectorial.

La conclusión a la que llegan es que la doctrina de los recursos esenciales no es la solución al problema sobre el acceso a los datos de las plataformas digitales. En la medida en que se pueda demostrar objetivamente que las plataformas digitales deban facilitar un acceso obligatorio a los clientes, los competidores u otros terceros, las fórmulas para implementar dicho acceso deberían abordarse a través de normas e instituciones distintas de las de la defensa de la competencia: la normativa sectorial, y las agencias reguladoras.

Por otro lado, en las indicaciones de la Comisión en su *Informe* de 2023 que acompañaron el anuncio de las *Directrices* para la aplicación del art. 102 TFUE, señalan⁶⁰ que la jurisprudencia del TJUE —por ejemplo, en el reciente asunto⁶¹ *Lietuvos geležinkeliai AB*— ha declarado que el criterio de indispensabilidad en *Bronner* sólo se aplica a las negativas de suministro «manifiestas», y no a otras conductas abusivas relativas a las condiciones de acceso, máxime cuando el acceso ya se ha concedido. Un razonamiento similar fue el seguido por el Tribunal General en el asunto *Google Shopping*⁶², *aunque el criterio que debería haberse aplicado en ese asunto no era en ningún caso el de la negativa «constructiva» de suministro.*

*Pues bien, como es bien conocido, en fechas muy recientes el TJUE ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre una novedosa modalidad de negativa de suministro: la negativa a facilitar la interoperabilidad entre aplicaciones, en el caso*⁶³ *Android Auto*. Este trascendental pronunciamiento ha «redefinido»⁶⁴ la doctrina de los recursos esenciales en el ámbito de la economía digital, o -en una valoración más drástica- ha supuesto el fin de esta doctrina tal la conocíamos⁶⁵.

Con esta sentencia el TJUE da respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el Consejo de Estado italiano, en relación al litigio existente entre *Alphabet* (matriz de Google) y la *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (AGCM), que había declarado como abusiva conforme al art. 102 TFUE la conducta de Google de negar a la empresa Enel X la interoperabilidad de su aplicación

60. *Competition Policy Brief*, nº 1/2023, Apartado II. D) pág. 8.

61. Sentencia del TJUE, de 12 de febrero de 2023, *Lietuvos geležinkeliai AB v European Commission*, As. C-42/21 P (ECLI:EU:C:2023:12), apartados nn. 81 a 84 y nº 91.

62. Sentencia del TG, de 10 de noviembre de 2021, *Google/Alphabet c. Comisión (Google Shopping)*, As. T-612/17 (ECLI:EU:T:2021:763).

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

64. BANIA, K.: «The Judgment of the CJEU in Android Auto: Redefining the Essential Facilities doctrine for the Digital Economy», *The Platform Law Blog*, April 4, 2025. Disponible en: <https://theplatformlaw.blog/2025/04/04/the-judgment-of-the-cjeu-in-android-auto-redefining-the-essential-facilities-doctrine-for-the-digital-economy/>

65. COLANGELO, G.: «Android Auto: the end of the essential facility doctrine as we know it», *Kluwer Competition Law Blog*, March 13, 2025. Disponible en: <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2025/03/13/android-auto-the-end-of-the-essential-facility-doctrine-as-we-know-it/>

JuicePass —que permite a los usuarios de coches eléctricos buscar puntos de recarga, reservarlos, monitorizar la recarga y pagar— con *Android Auto*, la conocida aplicación de Google que permite a sus usuarios volcar en la pantalla del vehículo las funcionalidades y prestaciones de sus dispositivos móviles.

La AGCM entendió que la conducta de Google era una negativa injustificada de acceso a su plataforma, y como reiteradamente se había negado a facilitarle a Enel X la plantilla necesaria para permitir la interoperabilidad (que sí había permitido a otras empresas), le impuso una sanción de 100 millones de euros. El recurso de esta multa ante el Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lacio fue desestimado, y la apelación ante el Consejo de Estado llevó a este órgano a plantear la cuestión prejudicial.

La respuesta del TJUE es que si la plataforma digital ha sido desarrollada con la perspectiva de que sea abierta a terceras empresas (cosa que, por su propia naturaleza, habría que presumir de la mayoría de plataforma) y por tanto no limitada a su propia actividad, la negativa a facilitar la interoperabilidad con una aplicación desarrollada por un competidor puede constituir abusiva, incluso —adiós al test *Bronner*— cuando dicho acceso no sea *indispensable*, sin meramente «conveniente», porque hace la aplicación más atractiva para sus usuarios.

Las consecuencias de este pronunciamiento son tremendas. Como acertadamente ha señalado el profesor ROBLES MARTÍN-LABORDA, en un comentario⁶⁶ a esta sentencia, no sólo se reduce aún más la ya mermada libertad de contratar de las empresas de la UE en posición dominante, sino que, en el largo plazo, es un claro desincentivo a que las plataformas digitales hagan una arquitectura de ecosistema abierto. Esto es así, en efecto, pero es, de momento, la realidad jurídica a la que nos tenemos que plegar.

III. UN VIAJE —SIN RETORNO— DEL ART. 102 TFUE A LA DMA

En la actual coyuntura en la que se encuentra la necesidad de regulación de estos mercados, lo imperioso de poner coto al poder desmedido que las grandes plataformas digitales ostentan, y ante la variedad de instrumentos legales de que las autoridades disponen, estamos asistiendo —y esta es la tesis principal de este trabajo— a un viaje de la «clásica» normativa de competencia, expresada a través de la prohibición de dominio del art. 102 TFUE, a la novedosa regulación digital, expresada fundamentalmente a través de la DMA. Vamos a ilustrar esta tesis a través de dos ejemplos recientes, y preclaros, de conductas que parecía que iban a tipificarse (o lo fueron de hecho) como prácticas abusivas, y han terminado por ser sancionadas como infracción de la DMA.

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

1. Las políticas de ‘pay-or-consent’ de Meta

En el marco de la prohibición de abuso de posición dominante de la Ley alemana (art. 19[1] GWB)⁶⁷, la *Federal Cartel Office* planteó por primera vez en el ámbito del derecho europeo la introducción de parámetros de privacidad en la evaluación de una conducta contraria a la competencia.

En efecto, la política de privacidad de Facebook estaba diseñada con el mecanismo de *opt-in*, es decir, si los usuarios no mostraban su conformidad a los términos impuestos por Facebook no podrían acceder a ninguno de los servicios ofrecidos por la popular red social. De ahí que la FCO comenzara a investigar en 2016 si dicha empresa estaba abusando de su posición dominante en el mercado de las redes sociales a través de la imposición de cláusulas contractuales abusivas en sus términos y condiciones⁶⁸. Una vez establecido que Facebook recogía ilegalmente los datos personales de sus usuarios para mejorar sus propios servicios de publicidad personalizada⁶⁹, la FCO determinó que los usuarios perdían el control sobre sus datos personales, de forma contraria a lo exigido por el RGPD.

Tras un largo periplo judicial en Alemania, que culminó en el planteamiento de una cuestión prejudicial en Luxemburgo, en su trascendental Sentencia⁷⁰ de 4 de julio de 2023, *Meta Platforms Inc.*, el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) contempla por primera vez en la historia la posible infracción del art. 102 TFUE a partir de una conducta de una empresa en relación con la recogida y tratamiento de los datos personales que recaba de sus usuarios. Y en la que el núcleo de la supuesta ilicitud está la infracción de la normativa específica de protección de datos, el RGPD.

No procede aquí detenerse en un análisis exhaustivo de este histórico pronunciamiento, nos remitimos para ello a anteriores publicaciones⁷¹; pero era necesario reseñarlo, ya que el 30 de octubre de 2023, a los pocos meses de haberse dictado dicha Sentencia, Meta anunciaba el lanzamiento de una versión de pago, sin anuncios, de sus dos aplicaciones más populares, Instagram y Facebook. Los usuarios

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

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

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

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

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

71. DÍEZ ESTELLA, F.: «¿Se puede cometer un abuso de dominio ex artículo 102 TFUE en relación con los datos personales y por infracción del RGPD? La STJUE de 4 de julio de 2023 (As. C-252/21) *Meta Platforms Inc.*», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 33, Jul-Dic. 2023, pp. 1-34.

que no quieran suscribirse a esta nueva modalidad pueden seguir disfrutando gratis de dichas redes sociales, pero tienen que consentir en el tratamiento de sus datos y «soportar» el continuo bombardeo de anuncios en la aplicación.

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

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

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

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

En línea de la discusión a que hemos hecho referencia en un epígrafe anterior, sobre cómo «clasificar» este tipo de prácticas anticompetitivas, hay un cierto consenso en la doctrina⁷² en que calificar como de abuso de carácter *explotativo* contrario al art. 102 TFUE la recopilación «excesiva» de datos es un poco forzado, pese a que indudablemente sí contravenga las previsiones sobre privacidad contempladas en el RGPD. En cambio, es más coherente construir una teoría del daño en torno al carácter *anticompetitivo* contrario al art. 102 TFUE de una conducta de negativa de dar acceso⁷³ a terceros a los datos que necesita para competir en el mercado de forma eficiente.

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

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

Y, como muestra evidente de la confusión regulatoria existente sobre la materia, sirvan estas ilustrativas palabras: «El caso Facebook ilustra el potencial de solapamientos significativos entre el Derecho de la competencia y la regulación de datos. *Meta c. Bundeskartellamt* reconoce esta realidad al reconocer dos puntos clave de interacción entre el artículo 102 del TFUE y el RGPD: la compatibilidad de la conducta empresarial con el RGPD puede ser relevante para determinar si cualifica como competencia en los méritos, y una posición dominante sí es relevante para evaluar si los interesados consienten libremente el tratamiento de sus datos»⁷⁴.

Había dudas, pues, sobre la legalidad de esta práctica, pero lo que no estaba nada claro es qué normativa era de aplicación. Ya hemos visto que la acusación inicial del *Bundeskartellamt* contra *Facebook*, en Alemania, era de abuso de posición dominante, por infracción de la norma interna equivalente al art. 102 TFUE, la *GWB*⁷⁵. Pero es que no había pasado ni siquiera un año de la Sentencia del TJUE, el 1 de julio de 2024, cuando la Comisión Europea incoó un expediente⁷⁶ a Meta por entender que sus políticas de ‘pay-or-consent’ infringían el art. 5(2) de la DMA.

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

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

Pues bien, casi un año exacto después de este pronunciamiento, el 23 de abril de 2025, la Comisión Europea ha impuesto las dos primeras sanciones en la historia por incumplimiento de la DMA, y una de ellas es de 200 millones de euros a Meta, por su política de ‘pay-or-consent’. Como ya ha señalado la doctrina más atenta, comentando⁷⁸ esta decisión, la Comisión parece aquí seguir al dictado las tesis que había mantenido la EDPB.

74. WITT, A.: «Meta v Bundeskartellamt—data-based conduct between antitrust law and regulation», *Journal of Antitrust Enforcement*, 2024, Vol. 12, pág. 351.

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

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

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

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

En concreto, se señala en la Nota de Prensa⁷⁹ (la Decisión todavía no está publicada) que «*este modelo no es conforme con la DMA, ya que no daba a los usuarios la opción específica requerida de optar por un servicio que utiliza menos datos personales pero que es equivalente al servicio de «anuncios personalizados»*» (en el informe de la EDPB, apartado n. 73). Y que «*El modelo de Meta tampoco permitía a los usuarios ejercer su derecho a consentir libremente la combinación de sus datos personales*» (en el informe de la EDPB, apartados 67 a 71).

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

2. Las cláusulas «anti-steering» de Apple

Este viaje del derecho de competencia (art. 102 TFUE) a la regulación digital (DMA) encuentra su más vívida y preclara expresión en el caso de las cláusulas «anti-steering» de Apple, sancionadas por la Comisión Europea el 4 de marzo de 2024 como un abuso de posición dominante⁸¹ y casi exactamente un año después, el 23 de abril de 2025, las mismas prácticas, como infracción⁸² de la DMA.

A) La conducta de Apple como abuso de dominio (As. AT. 40.437 *Apple Music*)

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 contractua-

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

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

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

82. Decisión de la Comisión Europea de 23 de abril de 2025, As. DMA.100109 *Apple – Online Intermediation Services – app stores – AppStore*.

les (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 alternativos, 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.

Respecto a la definición de mercado, la Comisión identificó tres mercados distintos: 1) dispositivos móviles inteligentes (sin distinguir entre teléfonos y tabletas); 2) plataformas que permiten a los desarrolladores distribuir aplicaciones de streaming de música a usuarios finales de iOS; y 3) prestación de servicios de streaming de música. En lo que respecta a la tienda de aplicaciones para iOS, la App Store, la Comisión observó que cada una de las partes de este mercado de dos caras es un «*mercado separado, aunque interrelacionado*» (apartado 264). Esto se explica por referencia a las diferentes relaciones contractuales que existen entre los desarrolladores y la tienda de aplicaciones, por un lado, y los desarrolladores y los consumidores, por otro.

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: «*cualquier hipotético nuevo participante para una tienda de aplicaciones en dispositivos iOS que pudiera servir de plataforma de distribución alternativa a los proveedores de servicios de streaming de música incluso si su entrada en el mercado fuera permitida por Apple y si se le concediera acceso a las APIs y funcionalidades de los dispositivos iOS- tendría que conseguir de desarrolladores y consumidores a la plataforma. A menos que Apple lo apruebe, este nuevo operador no podría preinstalar su oferta de la App Store en los dispositivos iOS. Por tanto, estos efectos de red indirectos protegen y afianzan la posición de mercado de Apple*».

Esta conclusión está motivada por el poder de mercado de Apple sobre los desarrolladores, planteándose si esa posición podría 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 rela-

cionadas con las aplicaciones antes de decidir si adquieren un dispositivo Apple o Android. Si lo hacen, esto significa 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»⁸³.

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.

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

102 TFUE. La Comisión lo justifica llegando a la conclusión de que si una aplicación opta por no incluir la compra en la aplicación, no puede informar al consumidor de cómo realizar compras en la aplicación. Un conjunto de tablas (apartado 691) completamente editada para no revelar información confidencial aparentemente muestran que si una aplicación no incluye la compra desde la aplicación, tiene que recurrir a métodos promocionales de pago alternativos para conseguir que los usuarios se suscriban.

Esta teoría del daño no acaba de convencer, y estamos convencidos de que —junto con la exorbitada y no justificada cuantía de la multa— será objeto de revisión por parte del Tribunal General. La Comisión echa de mano, para fundamentarla, de algunos conceptos propios —como hemos ya señalado para las políticas de ‘pay-or-consent’ de Meta— de la economía del comportamiento (*behavioral economics*) que aplica selectivamente a su conveniencia. Como acertadamente se ha señalado: «La Comisión también podría haber respaldado el análisis de los costes de cambio no monetarios con un análisis más detallado de los sesgos y heurísticas a los que se enfrentan los consumidores cuando deciden quedarse con los dispositivos de Apple. Es decepcionante que la Comisión solo recurra a los argumentos relativos a los efectos de bloqueo y las pasarelas, así como a la fuerte fidelidad a la marca de Apple. ¿Qué pasa con el bajo esfuerzo cognitivo de los usuarios y las asimetrías de información?»⁸⁴.

La pregunta que necesariamente se plantea es, ¿es jurídicamente correcto este nuevo enfoque de la explotación abusiva? En un estudio⁸⁵ 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 exorbitadamente elevados o las cláusulas significativamente abusivas.

La importancia de la conclusión de la Comisión de que Apple ejerce un poder regulador sobre el ecosistema al establecer las condiciones de acceso a la App Store nos lleva, necesariamente, a la también reciente Sentencia⁸⁶ del TJUE en el

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

85. MONTI, G. and DE STREEL, A.: «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.

86. Sentencia del TJUE (Gran Sala), de 21 de diciembre de 2023 (ECLI:EU:C:2023:1011).

caso *Superliga*. En efecto, este trascendental pronunciamiento desarrolla una nueva forma de abordar el «poder regulador privado»⁸⁷ en virtud del artículo 102 del TFUE, que en cierta forma complementa la ya conocida «especial responsabilidad»⁸⁸ de las empresas en posición dominante. Ambos conceptos están desarrollados en los apartados nn. 545 y ss. de la decisión (donde habla de «poder de dictar las normas», otra vez el efecto *lock-in* derivado del monopolio que tiene en la App Store, etc).

B) La conducta de Apple como infracción de la DMA (As. DMA.100109 – *Apple*)

Retomando la discusión que hemos apuntado en un epígrafe precedente, parece claro que el punto más significativo de solapamiento entre la normativa *antitrust* y la DMA es precisamente la prohibición de abuso de posición dominante. El art.5(4) de la DMA prohíbe la imposición de normas *anti-steering* por parte de los guardianes de acceso, es decir, precisamente el tipo de conducta sobre la que es objeto esta Decisión.

Se planteó, al hilo de dicha actuación de la Comisión, la duda⁸⁹ 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 fe en este instrumento regulatorio que ha tenido que echar mano de la clásica prohibición de competencia.

El pasado 23 de abril de 2025 hemos salido de dudas, con la histórica⁹⁰ 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

87. Que se entiende «cuando dicha empresa disponga de poderes de regulación y de control, así como de la facultad de imponer sanciones que le permitan autorizar o controlar dicho acceso, y, por tanto, de un medio distinto de los que normalmente están a disposición de las empresas y que rigen la competencia en los méritos entre ellas» (STJUE *Superliga*, apartado 137)

88. Las empresas que disponen de tales poderes de regulación deben también estar sujetas a «obligaciones y a un control adecuados para eliminar el riesgo de abuso de posición dominante, con el fin de no dar lugar a una infracción del artículo 102 TFUE» (STJUE *Superliga*, apartado 138).

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

90. Decisión de la Comisión Europea de 23 de abril de 2025, As. DMA.100109 *Apple – Online Intermediation Services – app stores – AppStore*.

(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 *matchmaking* 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 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.

Las implicaciones prácticas⁹¹ de esta Decisión 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.

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.

Las futuras decisiones y recursos judiciales derivados de este caso (Apple ya ha anunciado su intención de impugnar) probablemente determinarán hasta qué punto la DMA puede alterar unos modelos de negocio tan profundamente arraigados ya en los ecosistemas plataformas digitales de plataforma, y qué grado de intervención puede permitirse la Comisión Europea sin desbordar los límites del marco legal de la UE.

91. *Vid.* un acertado análisis de la Decisión en 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/>

IV. VALORACIÓN FINAL Y CONCLUSIONES

De todo lo señalado anteriormente podemos extraer las siguientes conclusiones:

En primer lugar, parece evidente que la aprobación de la DMA representa el reconocimiento explícito por parte de la Comisión Europea de que los instrumentos clásicos del derecho de la competencia, centrados en intervenciones y remedios *ex post*, resultan insuficientes frente a los ecosistemas digitales. Las prácticas de las grandes plataformas requieren obligaciones proactivas y *ex ante* que aseguren la contestabilidad del mercado desde el inicio.

En segundo lugar, la experiencia práctica demuestra que los modelos de negocio basados en «jardines vallados», efectos de red y *lock-in* erosionan la capacidad de elección del usuario y dificultan la entrada de nuevos competidores. La obligación de apertura efectiva y la prohibición de prácticas como las cláusulas anti-steering son esenciales para dinamizar estos mercados.

En tercer lugar, las recientes decisiones sancionadoras contra Apple y Meta muestran la voluntad de la Comisión Europea de aplicar con firmeza la DMA y de establecer un marco de referencia que combine regulación sectorial y derecho de la competencia. Estos casos servirán como precedentes clave para el desarrollo futuro del enforcement europeo. Aunque la DMA y el art. 102 TFUE persiguen objetivos diferentes, queda pendiente articular mecanismos eficaces de coordinación entre ambos cuerpos normativos, para maximizar su impacto, conseguir un control eficaz de las prácticas anticompetitivas en los mercados digitales, evitar solapamientos, pronunciamientos contradictorios, incluso riesgo de incurrir en el *non bis in idem*.

En cuarto lugar, parece claro también que la aplicación de la DMA abre importantes debates sobre su impacto en la innovación y la proporcionalidad de las obligaciones impuestas a los *gatekeepers*. Será fundamental que los reguladores mantengan un equilibrio adecuado entre garantizar competencia y no sofocar la capacidad empresarial de crear nuevos modelos de negocio.

Finalmente, en quinto lugar, al igual que con la «tradicional» revisión por parte del TG y del TJUE de las decisiones sancionatorias por infracción del art. 102 TFUE, las impugnaciones judiciales anunciadas por Apple y otros *gatekeepers* seguramente determinarán el alcance real de la DMA y su capacidad de transformar los mercados digitales europeos. Los próximos años serán clave para ajustar los mecanismos regulatorios y consolidar un modelo europeo de mercados digitales contestables y equitativos.

BIBLIOGRAFÍA

- AKMAN, P.: «Regulating Competition in Digital Platform Markets: A Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets Act», *European Law Review*, nº 1, 2022, pp. 85-114.
- BANIA, K.: «The Judgment of the CJEU in Android Auto: Redefining the Essential Facilities doctrine for the Digital Economy», *The Platform Law Blog*, April 4,

2025. Disponible en: <https://theplatformlaw.blog/2025/04/04/the-judgment-of-the-cjeu-in-android-auto-redefining-the-essential-facilities-doctrine-for-the-digital-economy/>
- BERGQVIST, C. and FAUSTINELLI, E.: «Leveraging Conducts in the Digital Economy: A Competition and Regulatory Perspective» (June 28, 2022). En SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4148872>
- BERGQVIST, C.: «Discrimination and Self-Favoring in the Digital Economy» (February 4, 2020). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3531688>
- BERGQVIST, C.: «Google Shopping and self-favouring as a separate abuse: T-612/17», *European Competition Law Review* (2022) pp. 191-195.
- CARUGATI, C.: «The ‘pay-or-consent’ challenge for platform regulators», *Bruegel Analysis*, 32/2023, de 6 de noviembre de 2023. Disponible en: <https://www.bruegel.org/analysis/pay-or-consent-challenge-platform-regulators>
- COLANGELO, G.: «Android Auto: the end of the essential facility doctrine as we know it», *Kluwer Competition Law Blog*, March 13, 2025. Disponible en: <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2025/03/13/android-auto-the-end-of-the-essential-facility-doctrine-as-we-know-it/>
- CRANE, D.: «Ecosystem Competition and the Antitrust Laws», *Nebraska Law Review*, Vol. 98, Issue n. 2, 2019, pp. 412 – 424.
- DÍEZ ESTELLA, F.: «¿Se puede cometer un abuso de domino ex artículo 102 TFUE en relación con los datos personales y por infracción del RGPD? La STJUE de 4 de julio de 2023 (As. C-252/21) Meta Platforms Inc.», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 33, Jul-Dic. 2023, pp. 1-34.
- DÍEZ ESTELLA, F.: «La aplicación del Derecho de la Competencia en la era digital: casos *Google*, *Facebook*, *Apple/Sbazaam* y el Informe de la Comisión Europea de abril de 2019», *Anuario de la Competencia 2019*, Ed. Civitas Thomson Reuters (2019), págs. 145-183, Madrid.
- EBEN, M. and ROBERTSON, V.: «The Relevant Market Concept in Competition Law and Its Application to Digital Markets: A Comparative Analysis of the EU, US, and Brazil», *Graz Law Working Paper Series*, No. 01 (2021), p. 27.
- FRIEDEN, R.: «The Internet of Platforms and Walled Gardens: Implications for Openness and Neutrality» (2016), disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2754583>
- HAUCUP, J.: «Data protection and antitrust: new types of abuse cases? An economist’s view in light of the German *Facebook* decision», *CPI Antitrust Chronicle*, February 2019, pp. 2 – 6.
- HEIDHUES, P., KÖSTERS, M., and KIOSZEGI, B.: «A theory of digital ecosystems», *ECONtribute Discussion Paper*, nº 329 (2024). 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.
- HÖPPNER, T.: «From Creative Destruction to Destruction of the Creatives: Innovation in Walled-Off Ecosystems» (June 24, 2022), *Journal of Law, Market & Innovation*, Vol. 2 (2022).

- HOVENKAMP, H.: «Antitrust and Platform Monopoly» (November 14, 2020). *Yale Law Journal*, Vol. 130, 2021, U of Penn, Inst for Law & Econ Research Paper No. 20-43. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3639142>
- JACOBIDES, M. y LIANOS, I.: «Rethinking Competition: From Market Failures to Ecosystem Failures», *Promarket*, April 12, 2021. Disponible en: <https://www.promarket.org/2021/04/12/competition-market-failure-platforms-ecosystem-regulation/>
- KOMNINOS, A.: «The Digital Markets Act: How Does it Compare with Competition Law?» (June 14, 2022). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4136146>
- LAROCHE, P. y DE STREEL, A.: «The European Digital Markets Act: A Revolution Grounded on Traditions», *Journal of European Comp. Law & Practice*, 2021, Vol. 12 (7), pp. 542-560.
- LIPSKY, A.: «Essential Facilities Doctrine: Access Regulation Disguised as Antitrust Enforcement» (November 11, 2020). *The Global Antitrust Institute Report on the Digital Economy* 22, Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3733729>
- MÄIHÄNIEMI, B.: «(The Big) Apple's «Walled Garden»: CASE AT.40437 – Apple – App Store Practices (music streaming)», *Kluwer Competition Law Blog*, July 23, 2024. Disponible en: <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2024/07/23/the-big-apples-walled-garden-case-at-40437-apple-app-store-practices-music-streaming/>
- MARTÍNEZ NADAL, A.: «Capítulo 5. La propuesta de Reglamento de Mercados Digitales ('Digital Markets Act'): una aproximación jurídica», en MARTÍNEZ NADAL, A. (Dir), *Plataformas digitales: Aspectos jurídicos*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 123 y ss.
- MARTY, F. y MOUTON, J.: «Ecosystems as quasi-essential facilities: should we impose platform neutrality?», *Journal of Law, Market & Innovation*, Vol. 1 – Issue 3/2022, 108 – 134.
- MONTI, G. and DE STREEL, A.: «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
- MONTI, G.: «Exploitative Abuse – Takeaways from the Apple App Store Practices Decision», 4 June 2024. Disponible en: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4853304>
- MOTTA, M.: «Self-preferencing and foreclosure in digital markets: theories of harm for abuse cases», *International Journal of Industrial Organization*, Volume 90 (September 2023), pág. 1.
- OLMEDO PERALTA, E.: «Ordenando los instrumentos regulatorios para la apertura del sector digital en Europa: análisis, diagnóstico, ¿soluciones?», en OLMEDO, E. (Dir); PASTRANA, M. (Coord.): *El Derecho de la Competencia ante las plataformas digitales*, Ed. Aranzadi, Madrid 2025, pág. 29.
- PODSZUN, R.: «Digital ecosystems, decision-making, competition and consumers - On the value of autonomy for competition» (2019), disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3420692>
- RADIC, L.: «Apple Fined at the 11th Hour Before the DMA Enters into Force», *Blog Truth on the Market*, March 05, 2024. Disponible en: <https://>

- truthonthemarket.com/2024/03/05/apple-fined-at-the-11th-hour-before-the-dma-enters-into-force/
- RIBERA MARTÍNEZ, A.: «The DMA's teeth: Meta and Apple fined by the European Commission», *Kluwer Competition Law Blog*, April 28, 2025. Disponible en: <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2025/04/28/the-dmas-teeth-meta-and-apple-fined-by-the-european-commission/>
- RIBERA, A.: «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.: «Excessive Data Collection: Privacy Considerations and Abuse of Dominance in the Era of Big Data», *57 Common Market Law Review*, pp. 161–189.
- ROBERTSON, V.: «Antitrust Market Definition for Digital Ecosystems», *Concurrences*, Vol. 2 (2021) pp. 7-8.
- ROBLES MARTÍN-LABORDA, A.: «La menguante libertad de contratar de las empresas dominantes en la UE: el caso Android Auto y la doctrina de las instalaciones esenciales», *Blog CeCo*, 26 de marzo de 2025. Disponible en: <https://centrocompetencia.com/la-menguante-libertad-de-contratar-de-las-empresas-dominantes-en-la-ue>
- RODILLA MARTÍ, C.: «Jardines vallados en ecosistemas de plataformas y cuestiones de interoperabilidad», en RUIZ PERIS, J.I. y ESTEVAN DE QUESADA, C. (Dir), *Cooperación y mercados digitales*, Ed. Atelier, Barcelona 2023, pp. 191-206.
- RODRÍGUEZ RODRIGO, J.: «Los datos en los mercados de doble cara: ¿son fácilmente replicables?», en ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. y OLMEDO PERALTA, E. (dirs), *Estudios de la Red Académica de Defensa de la Competencia (RADC) 2021*, Ed. Thomson Reuters, pp. 363 a 384.
- RYAN, D.: «Big Data and the Essential Facilities Doctrine: A Law and Economics Approach to Fostering Competition and Innovation in Creative Industries», *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. 10 (1), 2021, pp. 84-112.
- SCHWEITZER, H.: «The Art to Make Gatekeeper Positions Contestable and the Challenge to Know What is Fair: A Discussion of the Digital Markets Act Proposal» (April 30, 2021). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3837341>
- TAMAYO VELASCO, J.: *Los retos de la economía digital y la propuesta de «Ley de mercados digitales» de la Unión Europea*, Ed. Comares, Granada 2021.
- TODD, P. F.: «Out of the box: illegal tying and Google's suite of apps for the Android OS», *European Competition Journal*, Vol.13(62), 2017.
- VOLMAR N. M., HELMDACHB O. K.: «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, 2018, no. 2-3, pp. 195-215. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/17441056.2018.1538033>
- WITT, A.: «Meta v Bundeskartellamt—data-based conduct between antitrust law and regulation», *Journal of Antitrust Enforcement*, 2024, Vol. 12, pág. 351.