

CAPÍTULO 7

NUEVAS MODALIDADES DE ABUSO DE DOMINIO EN LOS ECOSISTEMAS DIGITALES DE PLATAFORMA: ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA RECIENTE

FERNANDO DÍEZ ESTELLA

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

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LOS NUEVOS ECOSISTEMAS DIGITALES DE PLATAFORMA. 3. NUEVAS MODALIDADES DE ABUSO DE DOMINIO. 3.1. Autofavorecimiento (Caso *Google Search – Shopping*). 3.2. Políticas de privacidad con efectos anticompetitivos (Caso *Apple ATT*). 3.3. Recopilación “explotativa” de datos (Caso *Facebook – FCO*). 3.4. Negativa a facilitar la interoperabilidad (Caso *Android Auto*). 3.5. Las cláusulas *anti-steering* (Caso *Apple Music*). 3.6. La vinculación intraplataforma (Caso *Facebook Marketplace*). 3.7. La imposición de condiciones contractuales inequitativas (Caso *Booking*). 4. 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.

1. Introducción

El pasado mes de agosto de 2024 la Comisión Europea publicó¹ su propuesta 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

¹ 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

tiempo, publicó un documento² de reforma de las *Orientaciones*³ de 2008, corrigiendo aquellos aspectos en los que dichas prioridades ya no reflejan el enfoque de la Comisión.

El trasfondo de esta iniciativa, y el fin último que persigue, los 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”⁴. 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”⁵ (*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.

En idéntico sentido, pocas normas emanadas del Parlamento y el Consejo Europeos han despertado una expectación semejante a la generada por el flamante Reglamento de Mercados Digitales⁶ (conocido como la DMA, por sus siglas en inglés: *Digital Markets Act*). Como se ha señalado en las múltiples publicaciones que la analizan⁷ -y a las que nos remitimos para un estudio en profundidad de esta trascendental normativa-, este Reglamento no es Derecho de la Competencia⁸, 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”⁹.

² 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

³ 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.

⁴ 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

⁵ *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>

⁶ 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.

⁷ 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.

⁸ KOMNINOS, A.: “The Digital Markets Act: How Does it Compare with Competition Law?” (June 14, 2022). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4136146>

⁹ 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>

Según la CE, por la lentitud de los procesos sancionadores antitrust y la escasez de remedios estructurales que acompañan a su finalización, esta herramienta 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 complementarios¹⁰, 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 Comisión Europea ha enviado¹¹ 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, en fin, ya en el año 2020 la OCDE había publicado¹² 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. Pues bien, de todo ello se hablará en las páginas siguientes, 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 escenario¹³.

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*¹⁴ del 8 de febrero de

¹⁰ 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.

¹¹ *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

¹² 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

¹³ CRANE, D.: “Ecosystem Competition and the Antitrust Laws”, *Nebraska Law Review*, Vol. 98, Issue n. 2, 2019, pp. 412 – 424.

¹⁴ *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.

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*.

Se trata, en definitiva, de aplicar las normas de competencia en este nuevo entorno económico. Y, en particular, la prohibición de abuso de dominio a las prácticas comerciales que llevan a cabo los ecosistemas digitales de plataforma. Para abordar este análisis se seguirá el siguiente esquema: tras este epígrafe de introducción, en el apartado 2º del trabajo se llevará a cabo una breve descripción y caracterización de estos ecosistemas digitales de plataforma, y especialmente el rol que los datos juegan en los modelos de negocio. A continuación, en el apartado 3º, se detallan algunas de las nuevas modalidades de abuso de dominio que pueden tener lugar en dichos ecosistemas digitales, siempre a partir de casos concretos: el auto favorecimiento (§3.1); las políticas de privacidad con efectos anticompetitivos (§3.2); la recopilación “explotativa” de datos (§3.3); la negativa a facilitar la interoperabilidad entre aplicaciones (§3.4); las cláusulas “anti-steering” (§3.5); las prácticas abusivas de vinculación intraplataforma (§3.6); y, finalmente, la imposición de condiciones contractuales inequitativas (§3.7). Por último se ofrecen -en el apartado 4º- una serie de conclusiones y reflexiones finales.

2. Los nuevos ecosistemas digitales de plataforma

No se trata de llevar a cabo aquí una caracterización exhaustiva de estos mercados, pero sí se precisa al menos una somera referencia a alguno de sus rasgos principales, ya que es precisamente su peculiar configuración lo que determina el tipo de modalidades de abuso de posición dominante que examinaremos en estas páginas. Y es en este ámbito concreto donde tienen el reto de desplegar sus efectos tanto las proyectadas *Directrices* del art. 102 TFUE de abusos de exclusión, como las reglas sobre abusos de explotación, como la DMA.

La aplicación del Derecho de la competencia a estos nuevos ecosistemas digitales de plataforma afronta un triple reto: 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).

Con respecto al poder de mercado, veremos con el ejemplo del caso *Apple ATT* (epígrafe §3.2) que éste se obtiene, en estos nuevos mercados, principalmente a través de la adquisición, acumulación y procesamiento de ingentes cantidades de datos, y de ahí la estrecha relación de la normativa antitrust con la de protección de datos.

Por ejemplo, veremos en el caso *Facebook Marketplace* (epígrafe §3.2) cómo todos los competidores de Meta señalan el acceso a los datos como una barrera de entrada al mercado de la publicidad on-line (apartado n. 621 de la Decisión), y la propia Comisión señala que “*El acceso de Meta a los datos es comparativamente mayor que el de cualquier rival, debido no sólo a la escala de la actividad en su red social personal, sino también al alcance de sus herramientas asociadas en todo Internet*” (apartado n. 622).

Un paso previo a la constatación de ese poder de mercado es, naturalmente, la definición de mercado relevante; ya hemos hablado en la introducción de la nueva *Comunicación* sobre este punto publicada por la Comisión Europea en 2024. Lo cierto es que no son pocos los retos que afronta¹⁵: para empezar, dejar de considerar el precio como un factor relevante en la definición de mercado relevante (recordemos que, al menos para un grupo de usuarios, estas plataformas prestan sus servicios a precio cero), y empezar a calibrar otros factores como la calidad, la privacidad, etc.

Y, seguidamente, intentar aprehender de forma sistemática la compleja y multifacética realidad de las plataformas digitales, y su funcionamiento como auténticos ecosistemas¹⁶, que integran un amplio conjunto de prestaciones y servicios diversos, pero conectados entre sí. No es difícil darse cuenta, a este respecto, lo complicado que puede resultar decidir si se consideran estos diferentes servicios como mercados independientes entre sí, o como mercados interconectados (lo que clásicamente se han considerado mercados *conexos*).

Y es que, por ejemplo, en la histórica Sentencia *Google Android*¹⁷ 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). Como veremos en estas páginas, al hilo del análisis de diferentes casos recientes, es muy frecuente en estos mercados todo tipo de conductas 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 indudable¹⁸ que esta

¹⁵ 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.

¹⁶ *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>

¹⁷ Sentencia del TG, de 14 de septiembre de 2022, As. T-604/18 (ECLI:EU:T:2022:541).

¹⁸ 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>

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.

Con respecto a la delimitación de la conducta, 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 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 *antitrust* 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*).

Finalmente, respecto al juicio sobre el carácter -o no- anticompetitivo de estas prácticas, la propuesta de *Directrices* de 2024, tal como la Comisión señala en su Informe²³ tiene como base remota el documento preparatorio que fue a su vez el punto de partida de la DMA: el estudio titulado *Competition Policy for the Digital Era*, publicado²⁴ en el mes de abril de 2019, y que constituyó toda una declaración de principios de lo que la Comisión Europea pensaba sobre la aplicación del Derecho de Defensa de la Competencia en los nuevos mercados digitales²⁵. Ya he tenido

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.

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

²³ *Competition Policy Brief*, nº 1/2023, pág. 2, nota nº 15.

²⁴ Disponible en: <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>

²⁵ 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”.

ocasión de manifestarme²⁶ en este *Anuario de la Competencia* 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 discutible, en cuanto que señala el texto transcrito en nota a pie de página (nº 23) de este comentario que “*las empresas digitales dominantes tienen fuertes incentivos para incurrir en conductas anticompetitivas*”.

Y es precisamente la DMA (recogiendo las conclusiones del estudio de 2019) la que señala tanto las bondades²⁷ de las plataformas digitales, como los riesgos²⁸ 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 obligaban²⁹ a la UE a un replanteamiento de su *enforcement* de la prohibición de abuso de posición dominante. Lo señala el *Informe* cuando habla³⁰ 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”. 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*)³¹ 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 señalado³² con agudeza, en estos ecosistemas

²⁶ 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.

²⁷ Considerando nº 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*”.

²⁸ 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*”.

²⁹ 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.

³⁰ *Competition Policy Brief*, nº 1/2023, pág. 2.

³¹ 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>.

³² 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).

digitales de poco valen las teorías schumpeterianas de la “creación destructiva”, y se precisa una firme intervención tanto regulatoria como antitrust.

Como conclusión de este epígrafe, 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”³³. 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”³⁴.

3. Nuevas modalidades de abuso de dominio

Una de las novedades más significativas de la propuesta de *Directrices* de la Comisión Europea del pasado mes de agosto de 2024 es que otorga³⁵ 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 *TeliaSonera*³⁶ y *Slovak Telekom*³⁷, y por tanto hace que no sea necesario -para evaluar el carácter anticompetitivo de esta práctica- aplicar los criterios del test³⁸ *Bronner*.

En este apartado no vamos a llegar tan lejos, ya que lo que hemos denominado “nuevas modalidades de abuso de dominio” son prácticas ciertamente novedosas, por el entorno en el que tienen lugar -los ecosistemas digitales- y las empresas que las llevan a cabo -las grandes plataformas *on line*-, pero muchas de ellas fácilmente reconducibles a las categorías clásicas del art. 102 TFUE; otras, sin embargo, todavía tienen pendiente de desarrollar una sólida teoría del daño que justifique su ilicitud antitrust.

³³ 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.

³⁴ *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/>

³⁵ *Competition Policy Brief*, nº 1/2023, Apartado III. E, pág. 8.

³⁶ Sentencia del TJUE, de 17 de febrero de 2011, *Telia Sonera Sverige*, As. C-52/09 (ECLI:EU:C:2011:83).

³⁷ Sentencia del TJUE, de 25 de marzo de 2021, *Slovak Telekom v. Commission*, As. C-165/19P (ECLI:EU:C:2021:239).

³⁸ Sentencia del TJUE, de 26 de noviembre de 1998, *Oscar Bronner v. Mediaprint*, As. C-7/97 (ECLI:EU:C:1998:569).

3.1. Auto-favorecimiento (Caso Google Search – Shopping)

Desde hace ya años se ha venido afirmando³⁹ que la práctica del “auto favorecimiento” va a ser la conducta anticompetitiva prevalente en los mercados digitales.

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 dominante⁴⁰, 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 ilícita⁴¹.

En la UE, ninguna de empresas reunidas bajo el acrónimo GAFa se ha librado, en los últimos años, de acusaciones de incurrir en prácticas supuestamente anticompetitivas de auto-favorecimiento: así, los expedientes incoados contra Amazon⁴² y Apple⁴³, que se añaden a los ya “clásicos” asuntos Facebook⁴⁴ y Google⁴⁵. La cuestión debatible es si dicha práctica comercial es sancionable desde un punto de vista *antitrust*, y en qué medida va en detrimento de los consumidores.

En esta cruzada emprendida contra las grandes compañías tecnológicas a veces se echa de menos una teoría del daño sólida y fundamentada en datos y hechos. Así lo expresa⁴⁶ con rotundidad la profesora Pinar AKMAN en su valoración de los pronunciamientos contra Google de la Comisión Europea.

Así, en el caso *Google Shopping* la DG COMP entendió⁴⁷ 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. No queda 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

³⁹ *Vid.*, por todos, BERGQVIST, C.: “Discrimination and Self-Favoring in the Digital Economy” (February 4, 2020). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3531688>

⁴⁰ Disponible en: <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1328941/download>

⁴¹ “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).

⁴² https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_40462

⁴³ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1073

⁴⁴ LOVDAHL GORMSEN, L. and LLANOS, J. T.: “Facebook’s Anticompetitive Lean in Strategies” (June 6, 2019). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3400204>

⁴⁵ GERADIN, D. and KATSIFIS, D.: “Trust Me, I’m Fair’: Analysing Google’s Latest Practices in Ad Tech from the Perspective of EU Competition Law” (October 7, 2019). *TILEC Discussion Paper* No. DP 2019-029. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3465780>

⁴⁶ AKMAN, P.: “A Preliminary Assessment of the European Commission’s Google Search Decision” (September 18, 2017). *Antitrust Chronicle*, Competition Policy International, 2017. En SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3078652>. Y también en AKMAN, P.: “A Preliminary Assessment of the European Commission’s Google Android Decision” (December 17, 2018), *Competition Policy International Antitrust Chronicle*, December 2018. En SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3310223>

⁴⁷ 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)*.

rechaza la libertad de la empresa de configurar así los resultados. Además, y dado que nadie está obligado a usar el buscador de 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?

Como es bien sabido, la sanción fue íntegramente confirmada por el Tribunal General en Sentencia⁴⁸ de 10 de noviembre de 2021, y este trascendental pronunciamiento codifica la práctica del auto favorecimiento como nueva modalidad de abuso de posición dominante⁴⁹, 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.

Lo describe el Informe OCDE al señalar que: “Las teorías del daño basadas en el apalancamiento abusivo se centran en las formas en que una empresa puede utilizar (o apalancar) su posición dominante en un mercado para favorecer sus productos en un mercado relacionado. Este tipo de conducta, que puede adoptar la forma de auto preferencia (por ejemplo, proporcionar ventajas de acceso a la plataforma a su propio producto), ha sido identificada como un potencial abuso de posición dominante excluyente por algunas autoridades de competencia”⁵⁰.

Tras el pertinente recurso ante el TJUE, de las conclusiones⁵¹ 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 reiteradas⁵² a lo largo del texto. Sin embargo, la esperada Sentencia⁵³ 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-

⁴⁸ 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).

⁴⁹ BERGQVIST, C.: “Google Shopping and self-favouring as a separate abuse: T-612/17”, *European Competition Law Review* (2022) pp. 191-195.

⁵⁰ Informe OCDE (2020), pág. 54 (traducción propia).

⁵¹ 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*.

⁵² A modo puramente ejemplificativo, *Vid.* apartados 7, 8, 11, 14, 16, 72, 92, 97, 115, 123, 160, 170, 177, 179, 182, 185.

⁵³ 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).

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”⁵⁴.

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*⁵⁵, 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).

3.2. Políticas de privacidad con efectos anticompetitivos (Caso *Apple ATT*)

Como hemos señalado en la introducción a este trabajo, ya nadie cuestiona que en al ámbito de los nuevos ecosistemas digitales los datos son una fuente de poder de

⁵⁴ 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.

⁵⁵ 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.

mercado⁵⁶. En efecto, la obtención, almacenamiento y procesamiento de los datos personales han dejado de ser cuestiones sometidas a las restricciones legales orientadas a la protección de la privacidad para convertirse en un parámetro de la competencia, no basado en precios sino en la calidad del servicio⁵⁷, que es especialmente acusado en aquellos servicios que se prestan a precio cero a los consumidores y usuarios⁵⁸.

En efecto, el punto de partida de este cambio de paradigma, el elemento clave en la configuración de estos nuevos ecosistemas digitales, y el principal activo con el que operan las plataformas es, naturalmente, ese “petróleo del s. XXI”: los datos. En efecto, ya en el mes de marzo de 2021 el Parlamento Europeo emitió su informe sobre la *Estrategia Europea de Datos*⁵⁹, en el que se señala que los datos se han convertido en un nuevo activo económico, que ya es un requisito para asegurar la viabilidad y competitividad de las empresas.

La importancia que los datos cobran y la necesidad de una adecuada regulación tuvo su pronto reflejo en el ámbito de la Unión Europea con la aprobación del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (RGPD)⁶⁰. La interacción entre la protección de datos y la regulación de los mercados digitales⁶¹, y más en concreto entre el RGPD y la DMA es una cuestión que, desde luego, va a dar mucho de qué hablar en el futuro⁶².

Sin embargo, esta normativa contempla sólo un aspecto de los datos, su vertiente “personal”, como rasgo de la personalidad, y sujeto por tanto a un derecho fundamental de protección de la privacidad⁶³. Faltaba por desarrollar la vertiente “económica”, la del dato en cuanto activo -y en ocasiones, activo esencial- en la

⁵⁶ CABRAL, L. et al. (2021), *The EU Digital Markets Act: A Report from a Panel of Economic Experts*, Joint Research Centre, 2021, p. 20. Disponible en la página web de la Comisión Europea: <https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC122910>

⁵⁷ LANDE, R. (2008), “The Microsoft-Yahoo Merger: Yes, Privacy is an Antitrust Concern”, 714 *FTC: Watch 1*; JUST N. (2018), “Governing Online Platforms: Competition Policy in Times of Platformization”, *Telecommunications Policy*, nº 42, pp. 386 y 388.

⁵⁸ OECD, *Quality considerations in digital zero-price markets—Background note by the Secretariat*, November 28, 2018, pp 6-8.

⁵⁹ Resolución de 25 de marzo de 2021, sobre una *Estrategia Europea de Datos* (2020/2217(INI)). En <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1593073685620&uri=CELEX:52020DC0066>.

⁶⁰ D.O.U.E. L 119, 4.5.2016, pp. 1–88 (ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>).

⁶¹ DÍEZ ESTELLA, F. y RIBERA MARTÍNEZ, A.: “Derecho de la Competencia vs. Privacidad: ¿el gran dilema en los nuevos mercados digitales?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2022), ISSN 1989-4570, Vol. 14, Nº 1, pp. 169-195.

⁶² *Vid.* una primera aproximación en GERADIN, D.; BANIA, K. y KARANIKIOTI, T.: “The interplay between the Digital Markets Act and the General Data Protection Regulation” (August 29, 2022). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4203907>

⁶³ MARTÍNEZ LÓPEZ-SAEZ, M.: “Capítulo 2. La dignidad humana y los derechos personalísimos como punto de partida de un derecho a la protección de datos de carácter personal”, en *Una revisión del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal*, 1ª ed., p. 26-27. Valencia 2018, Ed. Tirant lo Blanch.

operativa de las empresas y elemento constitutivo y nuclear de sus estrategias de mercado y modelos de negocio.

Todo ello desde la duda, todavía no resuelta (ha sido acertadamente caracterizada como el “*antitrust privacy dilemma*”⁶⁴), de hasta qué punto las consideraciones sobre privacidad han de integrarse en el Derecho de la competencia⁶⁵; el efecto de las normas de protección de datos sobre la competencia⁶⁶; y, las teorías del daño basadas en la protección de la privacidad⁶⁷. Sobre si la privacidad es o no un parámetro de la competencia ya he tenido ocasión de pronunciarme anteriormente, y me remito a esos trabajos⁶⁸ para un mayor desarrollo de la cuestión.

Pienso que esta pregunta queda palmariamente respondida por la Sentencia⁶⁹ del TJUE de 4 de julio de 2023, en el asunto *Meta Platforms Inc.*, y que analizaremos en detalle en el epígrafe siguiente:

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

Sin embargo, pese a que las cuestiones respecto a los datos están presentes en las obligaciones de los artículos 5 y 6 de la DMA, el debate de esta trascendental cuestión ha sido bastante ignorado⁷⁰ en todo el proceso de elaboración de la norma, y teniendo en cuenta su importancia de cara precisamente a la disputabilidad de los mercados, la somera referencia que se hace en el Considerando nº 36⁷¹ es a todas luces insuficiente. Como se ha señalado acertadamente: “Como nuevo factor de

⁶⁴ CARUGATI, C. (2021) *The Antitrust Privacy Dilemma*, 2 de diciembre de 2021. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3968829>

⁶⁵ COSTA-CABRAL, F., y LYNSKEY, O. (2017): “Family ties: the intersection between data protection and competition in EU Law”, *Common Market Law Review*, 54 (1).

⁶⁶ FERRER, E. y POL, A.: “Capítulo 5. Protección de datos y derecho de la competencia”, en RECUERDA GIRELA, M. A. (Dir), *Anuario de Derecho de la Competencia*, Ed. Civitas, Madrid 2020, pp. 119-142.

⁶⁷ BOTTA, M. y WIEDEMANN, K. (2019): “The Interaction of EU Competition, Consumer, and Data Protection Law in the Digital Economy: The Regulatory Dilemma in the Facebook Odyssey”, *The Antitrust Bulletin*, Vol. 64(3), pp. 428-446.

⁶⁸ DÍEZ ESTELLA, F.: Capítulo 2: ¿Es la privacidad un parámetro de la competencia? en ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. y ZURIMENDI ISLA, A. (Dirs), *Estudios de la Red Académica de Defensa de la Competencia (RADC) 2022*, Ed. Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) 2022, pp. 51 a 72.

⁶⁹ Sentencia del TJUE (Gran Sala), de 4 de julio de 2023, As. C-252/21 (ECLI:EU:C:2023:537).

⁷⁰ KERBER, W.: “Taming Tech Giants: The Neglected Interplay between Competition Law and Data Protection (Privacy) Law”, 67(2) *Antitrust Bulletin* (2022).

⁷¹ “El tratamiento, a efectos de la prestación de servicios de publicidad en línea, de datos personales de terceros que utilicen servicios básicos de plataforma proporciona a los guardianes de acceso ventajas potenciales en términos de acumulación de datos, lo que crea obstáculos a la entrada al mercado. Esto se debe a que los guardianes de acceso tratan datos personales de un número considerablemente mayor de terceros que otras empresas”.

producción, los datos transforman la actividad de las empresas de las formas más variadas (...). Y, por lo que respecta al funcionamiento competitivo de los mercados, generan nuevos e importantes retos difíciles de afrontar con las herramientas que manejamos”⁷².

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

Es por ello por lo que parece razonable pensar que las empresas tengan ciertos incentivos para implementar estrategias de protección de datos que les sirvan para crear o reforzar una posición dominante en el mercado⁷³, ya sea con un aumento o una disminución de los niveles de protección en la recogida y procesamiento de los datos de sus usuarios, o de empresas que operan en sus plataformas.

Por un lado, la disminución de la protección de la privacidad podría constituir un abuso de explotación a los usuarios finales. Por otro lado, y como recientes aportaciones doctrinales han señalado⁷⁴ muy acertadamente, el aumento de la protección de la privacidad podría excluir o discriminar a los rivales, tal y como alegan los demandantes en las investigaciones alemanas y francesas sobre la transparencia del seguimiento de las aplicaciones de *Apple* (ATT).

Y, como no podía ser de otra manera, esta hipótesis académica se ha visto reflejada en un caso real. *Apple* ha sido recientemente sancionada⁷⁵ en Francia con 150 millones de euros por abuso de posición dominante en el mercado de distribución de aplicaciones móviles en dispositivos iOS e iPadOS, entre abril de 2021 y julio de 2023. El origen de la infracción fue la implementación de dicho sistema *App Tracking Transparency* (ATT), introducido con iOS 14.5, que obliga a los usuarios a dar su consentimiento explícito para el rastreo con fines publicitarios por parte de apps de terceros. Aunque el objetivo declarado era reforzar la privacidad del usuario, la *Autorité* concluyó que *Apple* aplicó la ATT de forma que distorsionaba la competencia, dificultando artificialmente el uso de aplicaciones de terceros y favoreciendo a sus propios servicios publicitarios.

⁷² OLMEDO PERALTA, E.: “Ordenando los instrumentos...”, *cit.*, pág. 29.

⁷³ Es cada vez más frecuente en la literatura jurídica y económica sobre este tema el empleo de calificativos como “excusa”, “aprovecharse”, “engañar”, etc., para calificar la conducta de las grandes plataformas cuando implementan sus políticas de privacidad y en el fondo están creando obstáculos anticompetitivos. *Vid.*, a modo de ejemplo: SOKOL, D. y ZHU, F. (2021), “Harming Competition and Consumers Under the Guise of Protecting Privacy: An Analysis of Apple’s iOS 14 Policy Updates”, *Competition Policy International*, May 2021; UNEKBAS, S. (2022), “Competition, privacy and justifications: invoking privacy to justify abusive conduct under article 102 TFEU”, *Journal of Law, Market & Innovation*, Vol. 1 - Issue 2/2022.

⁷⁴ RIBERA MARTÍNEZ, A. (2022), “Trading Off the Orchard for an Apple: the iOS 14.5 Privacy Update”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 13, Issue 3, April 2022, pp. 200–216.

⁷⁵ Nota de prensa publicada por la *Autorité de la concurrence*, de 31 de marzo de 2025, disponible en: <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/en/press-release/targeted-advertising-autorite-de-la-concurrence-imposes-fine-eu150000000-apple>

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

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

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

3.3. Recopilación “explotativa” de datos (Caso *Facebook – Bundeskartellamt*)

En cuanto a las nuevas modalidades de abuso de dominio en el contexto de las plataformas on-line y los nuevos ecosistemas digitales, sin duda el caso que mejor refleja la dificultad de encontrar una sólida teoría del daño es el planteado ante la autoridad alemana de competencia -*Federal Cartel Office* (FCO) o *Bundeskartellamt*- contra la popular red social *Facebook*.

La acusación se construyó en relación con la imposición de términos y condiciones (TyC) a los usuarios de plataformas digitales como puerta de acceso a la prestación de sus servicios. En el marco de la prohibición de abuso de posición dominante de la Ley alemana (GWB)⁷⁶, la FCO planteo la posible introducción de los parámetros de privacidad como un elemento de competencia⁷⁷, y comenzó a investigar en 2016 si *Facebook* estaba abusando de su posición dominante en el mercado de las redes

⁷⁶ 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.

⁷⁷ BOTTA, M. y WIEDEMANN, K. (2019), “The Interaction of EU Competition, Consumer, and Data Protection Law in the Digital Economy: The Regulatory Dilemma in the Facebook Odyssey”, *The Antitrust Bulletin*, Vol. 64 (3), pp. 428-446.

sociales a través de la imposición de cláusulas contractuales abusivas en sus términos y condiciones⁷⁸.

En junio de 2019 concluyó que los TyC impuestos a los usuarios de *Facebook* eran cláusulas contractuales abusivas⁷⁹. Y en la medida en que está práctica era una manifestación directa del poder de mercado de la popular empresa, confirmó el abuso por parte de *Facebook* de su posición de dominio en el mercado de las redes sociales privadas⁸⁰.

La compañía norteamericana planteó un recurso ante el Tribunal Superior Regional de Düsseldorf (OLG), quien suspendió cautelarmente la decisión de la FCO, al apreciar que la teoría del daño construida para determinar el abuso de dominio había sido incorrecta. Señala el OLG que “*el tratamiento de datos por parte de Facebook [...] no da lugar a ningún daño competitivo relevante ni a ninguna evolución indeseable de la competencia*”⁸¹. En un sorprendente giro de los acontecimientos, recurridas las conclusiones alcanzadas por el OLG, en junio de 2020 el Tribunal Federal de Justicia alemán (BGH) revocó dicha decisión considerando que la recopilación de datos de los usuarios por parte de *Facebook* se realizó sin el consentimiento necesario y que por tanto constituye un abuso de posición de dominio⁸².

Tras el planteamiento por parte del *Düsseldorf Higher Regional Court* de una cuestión prejudicial⁸³ ante el TJUE, el 20 de septiembre de 2022, el AG Rantos hizo públicas sus conclusiones⁸⁴ y en su trascendental Sentencia⁸⁵ 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.

⁷⁸ VOLMARA N. M., HELMDACHB O. K., “Protecting consumer and their data through competition law? Rethinking abuse of dominance in light of Federal Cartel Office’s Facebook investigation”, *European Competition Journal*, 2018, vol. 14, no. 2-3, pp. 195-215. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/17441056.2018.1538033>

⁷⁹ *Facebook*, asunto B6-22/16. Disponible en inglés en: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/englisch_gwb.html#p0100

⁸⁰ *Ibidem*, párrafo 873.

⁸¹ *OLG, Facebook*, asunto VI-Kart 1/19, p. 6. La traducción (no oficial) al español ha sido realizada a partir de del texto en inglés de la decisión del *D’Kart Antitrust Blog*, disponible en: <https://www.d-kart.de/wp-content/uploads/2019/08/OLG-D%C3%BCsseldorf-Facebook-2019-English-1.pdf>

⁸² Tribunal Federal de Justicia, Comunicado de prensa núm. 080/2020, 23 de junio de 2020. En: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2020/23_06_2020_BGH_Facebook.pdf?__blob=publicationFile&v=2

⁸³ Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Düsseldorf (Alemania) el 22 de abril de 2021 — *Facebook Inc. y otros / Bundeskartellamt* (Asunto C-252/21) (2021/C 320/20).

⁸⁴ Opinión del AG Rantos, de 20 de septiembre de 2022, As. C-252/21, *Meta Platforms Inc. v. Bundeskartellamt* (ECLI:EU:C:2022:704).

⁸⁵ Sentencia del TJUE (Gran Sala), de 4 de julio de 2023, As. C-252/21 (ECLI:EU:C:2023:537).

No procede aquí detenerse en un análisis exhaustivo de este histórico pronunciamiento, nos remitimos para ello a anteriores publicaciones⁸⁶; cabe únicamente señalar dos de sus principales consecuencias en relación a la aplicación de la prohibición del art. 102 TFUE a las prácticas comerciales basadas en datos.

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

La segunda, de carácter más sustantivo, que aunque las normas sobre competencia y las normas sobre privacidad y protección de datos persiguen objetivos distintos, en los nuevos mercados digitales y en la conducta y modelos de negocio desarrollados por las grandes plataformas digitales, ambas confluyen, por lo que las conductas que se evalúen desde una perspectiva *antitrust* necesariamente habrán de tener en cuenta también aspectos relativos a privacidad y protección de datos.

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”.

De momento, hay un cierto consenso en la doctrina⁸⁷ 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 acceso⁸⁸ a terceros a los datos que necesita para competir en el mercado de forma eficiente.

Para concluir este epígrafe, recogemos un reciente y acertado análisis de este histórico pronunciamiento: “El caso Facebook ilustra el potencial de solapamientos significativos entre el Derecho de la competencia y la regulación de datos. *Meta c. Bundeskartellamt* reconoce esta realidad al reconocer dos puntos clave de interacción entre el artículo 102 del TFUE y el RGPD: la compatibilidad de la conducta empresarial con el RGPD puede ser relevante para determinar si cualifica como

⁸⁶ 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.

⁸⁷ *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.

⁸⁸ 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.

competencia en los méritos, y una posición dominante sí es relevante para evaluar si los interesados consienten libremente el tratamiento de sus datos”⁸⁹.

3.4. Negativa a facilitar la interoperabilidad (Caso *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, aclarando⁹⁰ 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 doctrina⁹¹, ¿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, consenso⁹², 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 anunciadas⁹³ 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.

⁸⁹ WITT, A.: “Meta v Bundeskartellamt—data-based conduct between antitrust law and regulation”, *Journal of Antitrust Enforcement*, 2024, Vol. 12, pág. 351.

⁹⁰ *Competition Policy Brief*, nº 1/2023, Apartado II. D) pág. 7.

⁹¹ 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.

⁹² *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.

⁹³ *Competition Policy Brief*, nº 1/2023, Apartado II. D) pág. 7.

Por ello, desde un amplio sector doctrinal norteamericano se ha criticado⁹⁴ 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 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, señalan⁹⁵ que la jurisprudencia del TJUE -por ejemplo, en el reciente asunto⁹⁶ *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*⁹⁷, 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 caso⁹⁸

⁹⁴ 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>

⁹⁵ *Competition Policy Brief*, nº 1/2023, Apartado II. D) pág. 8.

⁹⁶ 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.

⁹⁷ Sentencia del TG, de 10 de noviembre de 2021, *Google/Alphabet c. Comisión (Google Shopping)*, As. T-612/17 (ECLI:EU:T:2021:763).

⁹⁸ Sentencia del TJUE, de 25 de febrero de 2025, As. C-233/23 (ECLI:EU:C:2025:110).

Android Auto. Este trascendental pronunciamiento ha “redefinido”⁹⁹ 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 conocíamos¹⁰⁰.

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 *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 comentario¹⁰¹ 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.

⁹⁹ 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/>

¹⁰⁰ 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/>

¹⁰¹ 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>

3.5. Las cláusulas *anti-steering* (Caso *Apple Music*)

El desarrollo de estos nuevos mercados digitales, la aparición de estos nuevos actores que son las grandes plataformas digitales, y la puesta en marcha de disruptivos modelos de negocio, es evidente que exigen nuevas teorías del daño para justificar la acreditación de una conducta ilícita contraria al art. 102 TFUE.

Ya hemos visto a lo largo de estas páginas el desarrollo de estas nuevas teorías del daño aplicadas a abusos de exclusión, como el caso del *self-favoring* en el asunto *Google (Shopping)*. Vamos, en este apartado, a desarrollar brevemente las desarrolladas en una decisión reciente de la Comisión Europea en un expediente incoado inicialmente como abuso de exclusión pero en el que finalmente la conducta infractora fue un abuso de explotación: la decisión¹⁰² *Apple Music*, del pasado 4 de marzo de 2024.

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

En la decisión se constata que Apple ofrece un ecosistema verticalmente integrado compuesto por dispositivos de hardware, diversos servicios cargados en el dispositivo y contenidos digitales, como Apple Music. Este modelo de negocio se describe como un ecosistema cerrado: en un dispositivo móvil de Apple no hay disponible ningún sistema operativo ni tienda de aplicaciones 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 y circunstancias de lo que hemos descrito en la introducción son característicos de estos *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

¹⁰² Decisión de la Comisión Europea de 4 de marzo de 2024, As. AT. 40.437 *Apple—App Store Practices (music 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 relacionadas 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”¹⁰³.

¹⁰³ MONTI, G.: “Exploitative Abuse – Takeaways from the Apple App Store Practices Decision”, 4 June 2024. Disponible en: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4853304>

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

Como puede fácilmente apreciarse, aquí la Comisión lleva a cabo un ejercicio ciertamente creativo a la hora de acreditar la conducta abusiva, ya que el dominio de Apple es en el mercado de los desarrolladores de aplicaciones (P2B), la conducta abusiva también, sin embargo, los efectos anticompetitivos tienen lugar en el mercado de los usuarios finales (P2C).

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

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

Uno de los aspectos más polémicos de esta decisión es sin duda la consideración - desde luego novedosa en el acervo comunitario de competencia- de la “experiencia degradada de cliente” como una práctica abusiva contraria al art. 102 TFUE. La Comisión lo justifica llegando a la conclusión de que si una aplicación opta por no incluir la compra en la aplicación, no puede informar al consumidor de cómo realizar compras en la aplicación. Un conjunto de tablas (apartado 691) completamente editada para no revelar información confidencial aparentemente 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 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?”¹⁰⁴.

La pregunta que necesariamente se plantea es, ¿es jurídicamente correcto este nuevo enfoque de la explotación abusiva? En un estudio¹⁰⁵ 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;
- (vi) la conducta supera un umbral de relevancia: por ejemplo, sólo se detectan los precios exorbitantemente 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 Sentencia¹⁰⁶ del TJUE en el caso *Superliga*. En efecto, este trascendental pronunciamiento desarrolla una nueva forma de abordar el “poder regulador privado”¹⁰⁷ en virtud del artículo 102 del TFUE, que en cierta forma complementa la ya conocida “especial responsabilidad”¹⁰⁸ de las empresas en posición dominante. Ambos conceptos están desarrollados en los

¹⁰⁴ 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/>

¹⁰⁵ 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.

¹⁰⁶ Sentencia del TJUE (Gran Sala), de 21 de diciembre de 2023 (ECLI:EU:C:2023:1011).

¹⁰⁷ 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)

¹⁰⁸ 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).

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).

Finalmente, y retomando la discusión que hemos apuntado en un epígrafe precedente, parece claro que el punto más significativo de solapamiento entre la normativa *antitrust* y la DMA es precisamente la prohibición de abuso de posición dominante. El art.5(4) de la DMA prohíbe la imposición de normas *anti-steering* por parte de los guardianes de acceso... ¡precisamente el tipo de conducta sobre la que es objeto esta Decisión! Queda, como ha manifestado agudamente algún autor¹⁰⁹, la duda razonable si entonces a esta conducta de Apple no debería habersele aplicado la DMA en vez del art. 102 TFUE, o peor aún, si es que la Comisión no tenía fe en este instrumento regulatorio que ha tenido que echar mano de la clásica prohibición de competencia.

3.6. La vinculación intraplataforma (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 reciente sanción a Facebook, por infracción del art. 102 TFUE. En efecto, el pasado 14 de noviembre de 2024 la Comisión Europea sancionó¹¹⁰ a Meta con 797,72 millones de euros por una conducta de abuso de posición dominante, 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 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.

¹⁰⁹ 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/>

¹¹⁰ 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

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 compromisos¹¹¹, 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 capturar la atención de los usuarios, señala (apartado n. 327) la Comisión que: *“La atención de los usuarios no constituye un mercado de productos distinto, porque la atención es un resultado de las elecciones y preferencias de los usuarios por distintos servicios, influidos por diversos factores como las características de esos servicios, incluidos el precio, el contenido, la calidad, relevancia o esfuerzos de marketing, y el interés del usuario. Como tal, la atención no es un producto o servicio tangible que pueda ofrecer*

¹¹¹ Decisión de la CE, de 20 de diciembre de 2022, As. AT.40462 – *Amazon Marketplace*.

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 doctrina¹¹² *Microsoft*, que luego reiterará en el asunto¹¹³ *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 plataforma¹¹⁴.

3.7. La imposición de condiciones contractuales inequitativas (Caso *Booking*)

Como se ha señalado acertadamente, “las plataformas digitales pueden explotar esa situación de dependencia económica imponiendo condiciones comerciales desequilibradas como cláusulas de paridad u obligaciones injustificadas de cesión de datos de su actividad”¹¹⁵.

Así, en la reciente Resolución *Booking*¹¹⁶, la CNMC ha impuesto la multa más alta de su historia -más de 413 millones de euros- por una conducta de infracción del art. 2 LDC. El interés de este histórico pronunciamiento no es, evidentemente, por la cuantía de la sanción, sino porque es la primera vez que nuestra autoridad de competencia declara la comisión de un abuso de posición dominante de una

¹¹² Sentencia del TPI (Gran Sala), de 17 de septiembre de 2007, As. T-201/04, *Microsoft v Commission* (ECLI:EU:T:2007:289).

¹¹³ Sentencia del TG, de 14 de septiembre de 2022, As. T-604/18, *Google and Alphabet v Commission (Google Android)*, (ECLI:EU:T2022:541)

¹¹⁴ *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.

¹¹⁵ OLMEDO PERALTA, E.: “Ordenando los instrumentos...”, *cit.*, pág. 37.

¹¹⁶ RCNMC de 29 de julio de 2024, *Booking*, Exp. S/0005/21.

plataforma digital, y porque las conductas sancionadas son tanto un abuso de exclusión como uno de explotación.

El abuso de carácter exclusionario consistió en imponer varias condiciones comerciales no equitativas a los hoteles situados en España que emplean sus servicios de intermediación de reservas y el segundo restringir la competencia de otras agencias de viajes en línea que ofrecen sus mismos servicios.

Respecto al abuso de dominio de carácter explotativo, y valorando una conducta que raya en la prohibición de explotación de una situación de dependencia económica¹¹⁷ de nuestro derecho de competencia desleal (art. 16.2 LCD), las condiciones impuestas que se calificaron como “no equitativas”, y por tanto contrarias al art. 2.2 a) LDC fueron:

1) Cláusulas de precios que impedían a los hoteles ofertar sus habitaciones en sus propias páginas web por debajo del precio que ofertan en la plataforma Booking.com, a la vez que se reservaba el derecho a rebajar unilateralmente el precio que los hoteles ofertan a través de la web o aplicación de Booking.

2) Varias cláusulas por las cuales solo tenía valor jurídico la versión en inglés de las Condiciones Generales de Contratación de la plataforma Booking.com, el derecho aplicable era el de los Países Bajos y los tribunales competentes en caso de conflicto entre las partes eran únicamente los de Ámsterdam.

3) Falta de transparencia en la información sobre el impacto y rentabilidad para los hoteles de suscribirse a diversos programas ofertados por Booking.com, que les permitían mejorar su posicionamiento en la clasificación predeterminada de resultados de la plataforma a cambio de una comisión más alta o de ofrecer descuentos en la habitación más vendida o en la más barata que el hotel tenga ofertada.

Las primeras son las conocidas como cláusulas de “nación más favorecida” (en inglés, MFN – *Most Favoured Nation*), y que han sido ampliamente estudiadas por la doctrina, tanto en el contexto de la actuación de empresas como la conocida Apple¹¹⁸, como precisamente aplicadas en el contexto de plataformas como Booking y la reserva de hoteles a través de plataformas digitales¹¹⁹.

Es evidente que incluso las plataformas en posición dominante pueden incentivar a los usuarios empresariales -en este caso, los hoteles- para que vendan sus bienes y servicios a un precio competitivo o reduzcan sus precios en la plataforma -

¹¹⁷ *Vid.*, sobre esta práctica en el ámbito concreto de los mercados digitales, el excelente trabajo de ESTEVAN DE QUESADA, C.: “Desequilibrios de poder en los mercados digitales: plataformas y dependencia”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, nº 42 (2022), pp. 57 y ss.

¹¹⁸ BAENA ZAPATERO, R.: “El lío de las llamadas MFNS y el derecho de la competencia: de Apple a booking.com”, en RECUERDA GIRELA M.A.: *Problemas prácticos y de actualidad del derecho de la competencia*, Ed. Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2016.

¹¹⁹ OLMEDO PERALTA, E.: “Comercialización de servicios hoteleros a través de plataformas digitales de reserva de habitaciones: el controvertido uso de las cláusulas de *Nación Más Favorecida* (Most Favoured Nation)”, *Revista General de Derecho del Turismo*, nº 4, Diciembre 2021.

Booking.com-. En general, las plataformas son libres en la selección de sus criterios de clasificación, ya que la variación de dichos criterios forma parte de la competencia entre plataformas. A este respecto, el principal obstáculo¹²⁰ para aplicar la prohibición del art. 2 LDC reside en identificar vínculos que puedan resultar problemáticos entre la clasificación que hace la plataforma de sus usuarios empresariales y sus respectivas políticas de precios, ya que si el empleo de las cláusulas MFN desincentiva ofrecer precios más bajos, sí puede considerarse una práctica abusiva.

Como señala la CNMC en el apartado 657 de su Resolución, “*el criterio de ordenación de resultados de la clasificación predeterminada, con las características reseñadas, genera daños para la competencia porque incentiva a que los hoteles sigan, de forma indirecta, una política de precios y de disponibilidad de habitaciones basada en ofrecer los precios más baratos de sus habitaciones en BOOKING.COM en detrimento de otras OTAs competidoras, lo que produce efectos restrictivos de la competencia*”.

Así, la CNMC entendió que *Booking.com* restringía o impedía la competencia que pudieran ejercer otras agencias de viajes online competidoras mediante mecanismos como el empleo del número total de reservas de un hotel a través de *Booking.com* como criterio de posicionamiento en la lista de resultados predeterminada (lo que incentiva a los hoteles a concentrar sus reservas online únicamente a través de esa plataforma impidiendo que competidores puedan entrar o expandirse en el mercado) o el empleo, como criterio para acceder y permanecer en sus programas preferentes de un requisito de rendimiento basado fundamentalmente en la rentabilidad de cada hotel para *Booking.com* (lo que promueve que los hoteles que quieran acceder o permanecer en los programas sigan una política de precios y de disponibilidad que les conduce a concentrar sus ventas en la plataforma, en perjuicio de otras agencias competidoras).

Es, desde luego, una construcción de la teoría del daño respecto de abusos de dominio de carácter explotativo ciertamente “creativa”, ya que, como ha señalado la doctrina más atenta¹²¹, la CNMC no atiende tanto al perjuicio directo causado a los consumidores finales de los servicios ofrecidos por la plataforma, sino a los sufridos por los hoteles prestadores de dichos servicios, en cuanto consumidores intermedios.

Naturalmente, *Booking* ya ha anunciado que recurrirá la sanción, y habrá que esperar por tanto a la revisión judicial para que esta aplicación del art. 2 LDC gane firmeza; también a la publicación de estudios doctrinales que la analicen en profundidad.

Baste de momento decir que es, desde luego, un pronunciamiento histórico de nuestra autoridad de competencia, y que con él la CNMC pone de manifiesto que el

¹²⁰ HÖPPNER, T. and UPHUES, S.: “Algorithmic Enforcement of Price Parity” (August 10, 2024). *Hausfeld Competition Bulletin*, Summer 2024 (forthcoming). Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=>

¹²¹ RIBERA MARTÍNEZ, A.: “Cláusulas de paridad a medianoche: Comentario a la sanción de *Booking* en España”, *Centro de Competencia Universidad del Pacífico*, 28 de agosto de 2024. Disponible en: <https://centrocompetencia.com/clausulas-paridad-comentario-sancion-booking-espana/>.

derecho español que prohíbe y sanciona las prácticas anticompetitivas de abuso de posición dominante es perfectamente aplicable a las nuevas plataformas digitales.

4. Valoración final y conclusiones

De todo lo señalado anteriormente podemos extraer las siguientes conclusiones:

1) En primer lugar, la llamada *data economy* significa que las grandes plataformas protagonistas de internet, y los nuevos ecosistemas digitales en que operan, conforman un escenario en los mercados totalmente distinto al de hace sólo unos años. Se hace por tanto necesario adaptar las normas de Competencia a estas nuevas realidades empresariales y dinámicas de mercado, ya que las herramientas clásicas de análisis *antitrust* se revelan totalmente insuficientes.

2) A este fin obedecen los esfuerzos legislativos en la UE, tanto en el plano de derecho derivado, como el Reglamento de Mercados Digitales (*DMA*), o a través de *soft law* como la actualización de las *Orientaciones* de 2008 sobre prácticas abusivas excluyentes con su propuesta de *Directrices* de 2024, o la nueva *Comunicación* de ese mismo año sobre mercado relevante. En igual sentido se encamina el encomiable el esfuerzo de la Comisión Europea en su práctica decisoria, y la labor de delimitar alcance y aplicación del art. 102 TFUE de los tribunales de justicia comunitarios.

3) En tercer lugar, hemos visto cómo la caracterización de estos nuevos mercados, auténticos ecosistemas digitales, complica enormemente la evaluación *antitrust* de las prácticas que llevan a cabo las grandes plataformas on-line. Unos mercados de naturaleza tan dinámica y evolutiva, con productos y servicios a precio cero, que exhiben importantes efectos de red, riesgo irreversible de *tipping* y caracterizados por una dinámica de “winner-take-all”, que llevan a posiciones de dominio afianzadas y duraderas, necesariamente tienen que ser analizados con categorías e instrumental distinto al que tradicionalmente se ha venido utilizando.

En cualquier caso, si se constata que las plataformas incumbentes han creado en torno a sus servicios básicos un ecosistema cerrado e inexpugnable, que impide la innovación y la entrada de competidores, se precisa algún tipo de intervención que derribe esas murallas. En este sentido, nos parece acertado el enfoque de la *DMA*, y su objetivo de asegurar equidad en las transacciones y contestabilidad en los mercados digitales.

4) En cuarto lugar, incluso en estos nuevos mercados y ecosistemas digitales, hay conductas constitutivas de abuso de posición dominante que perfectamente pueden incardinarse en las categorías clásicas de aplicación del art. 102 TFUE (negativa de suministro, precios predatorios/excesivos, *margin squeeze*, descuentos de fidelidad, ventas vinculadas, etc.).

5) Sin embargo, es también cierto que otras conductas -como las que hemos examinado en este trabajo, de *self-favouring*, la implementación de políticas de privacidad con efectos excluyentes o la recopilación “explotativa” de datos- quizá requieran un tratamiento especial, una nueva categorización que las convierta en conductas autónomas de abuso de dominio, y evite reconducirlas a fórmulas existentes, ya que aplicarles test que no se ajustan a su naturaleza ni sirven para evaluar sus posibles efectos anticompetitivos lleva a soluciones que no garantizan ni la predictibilidad económica ni la seguridad jurídica.

6) En cualquier caso, trátase de conductas “clásicas” o de conductas “novedosas”, la búsqueda de una teoría del año que justifique su tipificación como abusivas ha de respetar principios y derechos fundamentales como la libertad de empresa y la propiedad privada, y no suponer un desincentivo a la iniciativa empresarial y a la inversión e innovación. En este sentido, la reciente STJUE en el caso *Android Auto*, que hemos examinado, y su redefinición de la doctrina de los “recursos esenciales”, no parece cumplir estos estándares.

7) Finalmente, de lo que no cabe duda es de que estamos en una época apasionante, y que de cómo se dé respuesta al reto de regular las nuevas modalidades de abuso de dominio en los ecosistemas digitales y se configuren las obligaciones de las nuevas plataformas on-line dependerá mucho el desarrollo económico de la Unión Europea, la buena marcha de sus empresas, y la existencia de un mercado competitivo en defensa de los intereses y derechos de los consumidores.