

ESTUDIOS

Incluye



EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LA ERA DEL BIG DATA

FERNANDO CACHAFEIRO
DIRECTOR



III ARANZADI

© Fernando Cachafeiro (Dir.) y autores, 2025
© ARANZADI LA LEY, S.A.U.

ARANZADI LA LEY, S.A.U.
C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
www.aranzadilaley.es

Atención al cliente: <https://areacliente.aranzadilaley.es/publicaciones>

Proyecto de investigación «Big Data, competencia y protección de datos» (PID2021-127172NB-I00), del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023, cofinanciado por la Unión Europea y el Ministerio de Ciencia e Innovación - Agencia Estatal de Investigación

Primera edición: Septiembre 2025

Depósito Legal: M-18195-2025

ISBN versión impresa con complemento electrónico: 978-84-1085-314-0

ISBN versión electrónica: 978-84-1085-315-7

Diseño, Preimpresión e Impresión: ARANZADI LA LEY, S.A.U.
Printed in Spain

© ARANZADI LA LEY, S.A.U. Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, ARANZADI LA LEY, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

ARANZADI LA LEY no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, ARANZADI LA LEY se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

ARANZADI LA LEY queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

ARANZADI LA LEY se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de ARANZADI LA LEY, S.A.U., es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Índice General

	<i>Página</i>
PRÓLOGO.....	23
PRIMERA PARTE	
COLUSIÓN	
CAPÍTULO 1	
Una perspectiva de la personalización de precios desde la defensa de los consumidores, la competencia desleal y el Derecho de la competencia	
SARA LOUREDO CASADO.....	33
1. Introducción.....	34
2. La personalización de precios desde una perspectiva económica y jurídica	36
2.1. Concepto de personalización	36
2.2. Tipos de personalización.....	38
2.3. La perspectiva económica, frente a la jurídica, de los precios personalizados	39
3. Evaluación de los precios personalizados: filtros que debemos aplicar	41
3.1. Introducción	41
3.2. ¿Se discrimina a los consumidores con la práctica?	42
3.3. ¿El uso de precios personalizados es transparente? ¿Es una cláusula abusiva? ¿Es una omisión engañosa?	45

	<u>Página</u>
3.4. ¿Se aprovecha de una situación de especial vulnerabilidad de los consumidores?.....	48
3.5. ¿Se puede afectar la competencia en el mercado con esta práctica?	49
4. Conclusiones.....	53
5. Bibliografía	55

CAPÍTULO 2

La inteligencia artificial en la persecución del *bid rigging*. El papel de las entidades contratantes

ANTONIO MIÑO LÓPEZ	57
1. Algoritmos, inteligencia artificial y <i>bid rigging</i>.....	58
1.1. Algoritmos e inteligencia artificial en la creación de la colusión..	58
1.2. Algoritmos e inteligencia artificial en la detección de la colusión	60
2. Técnicas de inteligencia artificial empleadas por autoridades de defensa de la competencia contra el <i>bid rigging</i>.....	65
2.1. España	65
2.2. Dinamarca	70
2.3. Gran Bretaña	71
3. Ventajas de las entidades de contratación del sector público en la lucha contra el <i>bid rigging</i> con los instrumentos tecnológicos avanzados	72
3.1. Límites de las autoridades de competencia en la prevención del <i>bid rigging</i>	72
3.2. Posición de ventaja de las entidades de contratación como reguladores y clientes	74
3.3. La materialización de un <i>futurible</i>	77
4. Conclusiones.....	78
Bibliografía.....	79

CAPÍTULO 3

Colusión mediante algoritmos

AITOR ZURIMENDI ISLA	83
1. Introducción.....	84
2. Supuestos de cartel en los que intervienen algoritmos.....	86
3. Tratamiento jurídico de los supuestos.....	92
3.1. <i>Algoritmo como instrumento de control</i>	92
3.2. <i>Colusión tácita a través de algoritmos</i>	94
a) <i>Inclusión en el concepto de prácticas concertadas..</i>	94
b) <i>Colusión hub and spoke con un algoritmo.....</i>	101
3.3. <i>Colusión a través de varios algoritmos.....</i>	104
4. Medidas complementarias	107
5. Bibliografía	109

SEGUNDA PARTE ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

CAPÍTULO 4

La utilización por la plataforma digital de los datos confidenciales de sus usuarios profesionales: ¿abuso de explotación o de exclusión?

FERNANDO CACHAFEIRO.....	115
1. Introducción.....	117
2. Abuso de posición dominante	121
2.1. <i>Introducción</i>	121
2.2. <i>Abusos de exclusión</i>	122
a) <i>La exclusión de competidores</i>	122
b) <i>Competencia basada en los méritos</i>	122
c) <i>Efecto excluyente.....</i>	123
d) <i>Carácter cumulativo</i>	126
e) <i>Ausencia de justificación.....</i>	127

	<i><u>Página</u></i>
2.3. <i>Abusos de explotación</i>	128
a) La explotación de los terceros	128
b) Precios excesivos	129
c) Condiciones injustas.....	129
d) Discriminación.....	130
2.4. <i>Aplicación prioritaria de los abusos de exclusión</i>	130
3. Valoración de las conductas abusivas en la economía digital.	132
3.1. <i>Retos que plantean los mercados digitales</i>	132
a) Definición del mercado relevante	133
b) Evaluación del poder de mercado	134
c) Efecto excluyente.....	136
3.2. <i>Renovado interés por los abusos de explotación</i>	137
a) Cambio de tendencia	137
b) El caso <i>Apple Store: música en streaming</i> (2024).....	138
c) Víctimas del abuso: los desarrolladores de aplicaciones o sus usuarios	140
3.3. <i>Regulación de los mercados digitales</i>	141
4. La utilización de datos confidenciales de los usuarios profesionales de las plataformas	143
4.1. <i>Planteamiento</i>	143
4.2. <i>Utilización de los datos como discriminación de competidores: Amazon Marketplace (2022)</i>	145
a) Antecedentes.....	145
b) La teoría del daño esbozada con carácter preliminar.....	147
4.3. <i>Utilización de datos como imposición de condiciones injustas: Facebook Marketplace (2024)</i>	150
a) Antecedentes.....	150
b) Imposición de condiciones injustas	151
4.4. <i>¿Abuso de explotación o de exclusión?</i>	152
a) Planteamiento	152

	<i>Página</i>
b) Similitudes entre los dos casos.....	153
c) Diferencias.....	154
d) Sobre la explotación de los usuarios profesionales.	155
e) El <i>test</i> de legalidad cuando coexisten efectos de explotación y de exclusión.....	156
4.5. <i>La prohibición de utilizar los datos confidenciales de los usuarios profesionales en la DMA</i>	158
5. Conclusiones.....	159
Bibliografía.....	161

CAPÍTULO 5

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

FERNANDO DÍEZ ESTELLA.....	167
1. Introducción.....	169
2. Ecosistemas digitales, economía del dato y abusos de explotación	170
2.1. <i>La economía de los datos y el dogma de la protección de la privacidad</i>	171
2.2. <i>¿Nuevas modalidades de abusos de explotación?</i>	173
2.3. <i>Los «jardines vallados» y nuevas teorías de daño: el caso Apple Music</i>	177
3. La STJUE de 4 de julio de 2023, <i>Meta Platforms, Inc.</i>.....	180
3.1. <i>Iter judicial del conflicto entre Facebook y el Bundeskartellamt</i>	180
3.2. <i>El TJUE sobre la conducta de Facebook</i>	184
3.3. <i>Las consecuencias del pronunciamiento: las políticas de «pay-or-consent»</i>	188
4. La interacción entre el RGPD, el art. 102 TFUE, la DMA, y las conductas desleales	191

	<u>Página</u>
5. Valoración final y conclusiones.....	197
Bibliografía.....	198

CAPÍTULO 6

Big data y poder de mercado

CARMEN ESTEVAN DE QUESADA	205
1. Introducción.....	206
2. La cadena de valor del <i>big data</i>	207
3. Datos y competencia	210
3.1. <i>Tipos de datos y riesgos para la competencia</i>	210
3.2. <i>Big data y poder de mercado.....</i>	211
4. Criterios para la valoración del poder de mercado	214
4.1. <i>Criterios referidos a la estructura y al funcionamiento del mercado.....</i>	214
a) Efectos de red	214
b) Conexión múltiple (<i>multihoming</i>).....	218
c) Competencia dinámica.....	219
4.2. <i>Criterios referidos a la empresa</i>	221
a) Capacidades de análisis	221
b) Integración vertical	222
4.3. <i>Disponibilidad y características de los datos digitales</i>	224
a) Introducción.....	224
b) Disponibilidad.....	225
c) Volumen, variedad y actualización	227
5. Conclusiones.....	229
6. Referencias citadas	230
6.1. <i>Informes institucionales y doctrina académica</i>	230
6.2. <i>Decisiones administrativas y judiciales</i>	232

CAPÍTULO 7

Los remedios de acceso como solución al abuso de posición dominante en la era del Big Data

FRANCISCO HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ	233
1. Introducción.....	234
2. Los remedios de acceso: concepto y naturaleza	236
3. Características de los remedios de acceso	240
4. La doctrina de las «essential facilities» en el derecho anti-trust de los Estados Unidos.....	240
5. Los remedios de acceso en el derecho europeo de la competencia	242
5.1. <i>La obligación de suministro: Commercial Solvents</i>	<i>243</i>
5.2. <i>La obligación de licenciar derechos de propiedad industrial o intelectual: Magill</i>	<i>245</i>
5.3. <i>La obligación de compartir redes o infraestructuras: Bronner</i>	<i>250</i>
5.4. <i>Los requisitos para la imposición de remedios de acceso en el Derecho europeo: imprescindibilidad y eliminación de la competencia.....</i>	<i>251</i>
6. Los remedios de acceso como solución al abuso de posición dominante en la era del big data.....	253
7. Limitaciones de los remedios de acceso frente al poder de los monopolios digitales	254
Bibliografía.....	255

CAPÍTULO 8

Abusos excluyentes a partir de datos: el *self favouring* como conducta dominante

SABELA ROCHA DOMÍNGUEZ.....	257
1. Introducción.....	258
2. El abuso de dominio en mercados digitales a partir de datos	260
3. Self favouring: la conducta dominante	266

	<i>Página</i>
3.1. <i>La autopreferencia o self preferencing</i>	266
3.2. <i>El caso Google Shopping</i>	267
a) Antecedentes. La Decisión de la Comisión y la sentencia del Tribunal General	267
b) Sin vuelta atrás: la confirmación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea	269
b.1) La indispensabilidad como requisito inoperante	269
b.2) Desviación de la competencia basada en méritos, pero no <i>self favouring</i>	271
b.3) El nexo causal y el análisis contrafáctico	274
b.4) Una nueva oportunidad perdida: El <i>test</i> de competidor igual de eficiente.....	276
4. Conclusiones	279
5. Bibliografía	282

TERCERA PARTE CONTROL DE CONCENTRACIONES

CAPÍTULO 9

Umbrales de notificación de concentraciones económicas en mercados digitales: déficit y alternativas para su revisión

PEDRO-JOSÉ BUESO GUILLÉN	287
1. Foco y consideraciones preliminares	288
2. Umbrales de notificación en el reglamento comunitario de concentraciones	294
2.1. <i>Umbrales generales</i>	295
2.2. <i>Umbrales alternativos</i>	295
2.3. <i>Comunicación de la Comisión Europea sobre la aplicación del artículo 22 del Reglamento comunitario de concentraciones..</i>	296
3. Las concentraciones y el artículo 14 del Reglamento de Mercados Digitales	298

	<i><u>Página</u></i>
4. Impacto de las sentencias del Tribunal de Justicia de la UE en los asuntos <i>Illumina/Grail</i> y <i>Towercast</i>.....	302
4.1. <i>Sentencia en el asunto Illumina/Grail</i>	303
4.2. <i>Sentencia en el asunto Towercast</i>	303
5. Situación actual y alternativas	304
5.1. <i>Situación actual: el «gran problema»</i>	304
5.2. <i>Alternativas para reajustar el ámbito de control ex ante de las concentraciones</i>	305
a) Opciones sistémicas	305
b) Opciones de configuración de los umbrales	308
6. Reflexiones finales	311
Bibliografía.....	314

CAPÍTULO 10

La acumulación de datos como consecuencia de una concentración, ¿crea o refuerza una posición dominante?

MARÍA PASTRANA ESPÁRRAGA	319
1. Introducción.....	320
2. Algunas operaciones de concentración recientes.....	321
2.1. <i>Asunto Google/Fitbit</i>	321
2.2. <i>Asunto Apple/Shazam</i>	323
2.3. <i>Asunto Facebook/WhatsApp</i>	325
3. Acumulación de datos tras una operación de concentración	326
3.1. <i>Implicaciones para la competencia</i>	326
3.2. <i>Criterios para analizar la operación</i>	327
a) La definición de mercado relevante	327
b) Levantamiento de barreras de entrada	328
c) La existencia de alternativas disponibles	329
d) Eliminación de una fuerza competitiva del mercado.	331
4. Compromisos en concentraciones digitales: un instrumento de equilibrio competitivo.....	332

	<i>Página</i>
4.1. <i>Obligaciones de portabilidad e interoperabilidad de los datos.</i>	333
4.2. <i>Separación de bases de datos o limitación de acceso a datos....</i>	334
4.3. <i>Transparencia en el uso de datos</i>	335
5. Control de concentraciones y el reglamento de mercados digitales	336
6. Conclusiones.....	339
7. Bibliografía	340

CUARTA PARTE
OTRAS CUESTIONES QUE SUSCITAN
LOS DATOS PERSONALES EN EL ÁMBITO
DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

CAPÍTULO 11

Publicidad digital y protección de datos. Una aproximación desde el Derecho de consumo y de la competencia desleal

EVA M. DOMÍNGUEZ PÉREZ	345
1. La publicidad en línea (publicidad digital).....	347
1.1. <i>Introducción</i>	347
1.2. <i>Concepto de Publicidad digital y de Plataforma en línea</i>	348
2. Modalidades de publicidad digital en el entorno de plataformas digitales y motores de búsqueda	350
2.1. <i>Modalidades de Publicidad digital</i>	350
a) <i>Banners</i>	350
b) <i>Publicidad nativa</i>	351
c) <i>Publicidad TV-sync (sincronización multipantalla)</i>	353
d) <i>Publicidad en plataformas streaming</i>	353
e) <i>Retargeting on line.....</i>	354
f) <i>SEM (Search Engine Marketing)</i>	355
2.2. <i>Plataformas digitales, motores de búsqueda y publicidad digital</i>	355
a) <i>Plataformas digitales y motores de búsqueda como destinatarios de obligaciones en materia de publicidad digital</i>	355

	<i><u>Página</u></i>
b) Normativa aplicable a plataformas digitales y motores de búsqueda en relación a contenidos publicitarios.....	357
c) La publicidad digital desleal: ilícito de consumo e ilícito desleal	357
(i) Nuevos planteamientos en materia de tutela del consumidor ante las prácticas desleales....	357
(ii) Las recientes reformas legislativas en materia de contratos celebrados por el consumidor con influencia decisiva de publicidad desleal. Una visión crítica de la materia	360
(iii) Las medidas correctoras por la realización de prácticas desleales (publicidad desleal) contra el consumidor: el nuevo art. 20 bis TRCU	362
3. Líneas de actuación en materia de publicidad digital difundida por las plataformas en línea y motores de búsqueda conforme al reglamento 2022/2265 (RSD) y reglamento 2022/1925 (DMA)	370
3.1. <i>Primera línea de actuación en materia de publicidad digital: Refuerzo del principio de autenticidad publicitaria (art. 26 RSD) ..</i>	<i>370</i>
3.2. <i>Segunda línea de actuación en materia de publicidad digital: Protección de los menores en línea (art. 28 Reglamento 2022/2065)</i>	<i>374</i>
3.3. <i>Tercera línea de actuación en materia de publicidad digital: Transparencia adicional sobre la publicidad en línea (art. 39 RSD)</i>	<i>375</i>
Bibliografía.....	376

CAPÍTULO 12

Transparencia, intercambio de dato e intervención pública en la era de las plataformas digitales: reflexiones sobre el Reglamento 2024/1028 y su implementación

FRANCISCO GONZÁLEZ CASTILLA	379
1. La recogida y el intercambio de datos relativos a los arrendamientos de corta duración en la Unión Europea: la necesidad de un nuevo modelo de transparencia.....	381

	<i><u>Página</u></i>
1.1. <i>La respuesta europea ante la expansión de los servicios turísticos de plataforma: el Reglamento 2024/1028 como norma de mercado</i>	381
1.2. <i>La respuesta europea ante el problema de la privatización de datos en la era de las plataformas: el Reglamento 2024/1028 como modelo de transparencia</i>	388
2. Los riesgos de la implementación del modelo: el Real Decreto 1312/2024, de 23 de diciembre, ¿transparencia en los datos o intervencionismo en la actividad subyacente?	393
2.1. <i>La expansión de los servicios turísticos de plataforma y el problema de la vivienda en España: la Administración española contra un modelo de negocio</i>	393
2.2. <i>Luces y sombras del registro e intercambio de datos sobre los arrendamientos de plataforma en España</i>	401
a) <i>Objetivos y ámbito de aplicación del Real Decreto 1312/2024, de 23 de diciembre</i>	401
b) <i>En torno a las obligaciones de anfitriones y plataformas</i>	408
c) <i>Líneas maestras del registro único de arrendamientos y de la ventanilla única digital</i>	411
3. Conclusiones	418
4. Bibliografía	420

CAPÍTULO 13

Los mercados del cloud en la época de la inteligencia artificial: los nuevos retos para el Derecho de la competencia

VANESSA JIMÉNEZ SERRANÍA	423
1. Introducción	425
2. Breve descripción técnica de los ecosistemas de cloud	428
3. El reto de la definición del mercado relevante en los ecosistemas digitales de cloud	433
3.1. <i>Opciones propuestas en los informes sobre el sector de cloud</i> .	434

	<i>Página</i>
a) La definición del mercado relevante en el informe de la OCDE de 2025	434
b) El mercado relevante del cloud según la Autorité de la Concurrence	435
c) Definición del mercado relevante en el informe de la UK Competition Market Authority de 2025	437
3.2. <i>La definición del mercado del cloud desde la óptica de la Comisión Europea</i>	438
a) La adquisición de GitHub por Microsoft.....	439
b) La joint- venture «Bleu»	441
c) La adquisición de VMware por Broadcom	443
d) La adquisición de Activision Blizzard por parte de Microsoft.....	446
e) Conclusiones.....	449
4. Problemas competenciales en el sector del cloud y soluciones propuestas en la Unión Europea	450
4.1. <i>Los abusos de posición de dominio en el mercado del cloud</i>	450
4.2. <i>La concentración creciente en los mercados del cloud</i>	453
4.3. <i>Las herramientas de la Unión Europea</i>	455
5. El sector del cloud «encuentra» a la IA: una ojeada al futuro inmediato	457
6. Bibliografía	459

CAPÍTULO 14

El Derecho de la competencia en Colombia en un entorno digital

ALFONSO MIRANDA LONDOÑO Y LUIS DANIEL MORALES HERNÁNDEZ.....	463
1. Introducción	465
2. Características y funciones de la autoridad de competencia de Colombia y su aplicación a la economía digital	466

	<u>Página</u>
2.1. <i>La SIC reúne diversas funciones que le permiten un tratamiento holístico de la economía digital</i>	471
a) Las reformas introducidas a la estructura de la SIC en el Decreto 092 de 2022	472
b) Las nuevas funciones de la SIC después de la reforma del 2022	474
3. Aproximación a la aplicación del derecho de la competencia en un entorno digital	477
3.1 <i>Aspectos Generales del Derecho de la Competencia en Colombia</i>	477
3.2. <i>Las Excepciones al Derecho de la Competencia y su aplicación a las Conductas que Tengan por Objeto la Cooperación en Investigaciones y Desarrollo de Nueva Tecnología</i>	481
a) Excepciones a la aplicación de las normas de competencia por la Intervención del Estado en la Economía	481
b) Aplicación de la llamada «Excepción de Bloque»...	481
c) Las Excepciones Expresas Contenidas en el Decreto 2153 De 1992	484
3.3. <i>Los Acuerdos de Colaboración</i>	486
4. Los principales retos para el derecho de la competencia en Colombia en la era digital	487
4.1 <i>Primer Reto: Mercados de dos o Múltiples lados</i>	488
4.2 <i>Segundo Reto: Inteligencia artificial y el uso de algoritmos en la determinación de los precios y condiciones de mercado</i>	490
4.3. <i>Tercer Reto: Las Adquisiciones Asesinas («Killer Acquisitions»)</i>	495
4.4. <i>Cuarto Reto: Posición de Dominio y Abuso de la Posición Dominante</i>	497
5. Avances en la regulación de los mercados digitales y las nuevas tecnologías en Colombia	499
5.1. <i>Avances en materia de Regulación Ex post</i>	499
a) Caso de Competencia Desleal de Cotech S.A. vs. Uber.....	499

	<i><u>Página</u></i>
b) Casos de Prácticas Restrictivas y Competencia Desleal Administrativa en contra de Uber, DiDi y Cabify	500
5.2. <i>Avances en materia de Regulación Ex ante</i>	501
a) Finanzas Colaborativas (« <i>Crowdfunding</i> »).....	502
b) Finanzas Abiertas (« <i>Open Finance</i> »).....	503
c) La regulación de la Inteligencia Artificial (IA) en Colombia	505
d) Regulación de los Sistemas de Pagos de Bajo valor Inmediato (SPBVI)	507
5.3. <i>Otras regulaciones y proyectos</i>	512
6. Conclusiones	513
7. Bibliografía	517

CAPÍTULO 15

La publicidad en la era digital: desafíos regulatorios en Europa

JIMENA TAMAYO VELASCO.....	521
1. Introducción	522
2. El concepto de servicios de publicidad en línea en el RMD.	523
3. Los guardianes de acceso designados para los servicios de publicidad en línea	526
4. El impacto del RMD sobre la publicidad en línea: obligaciones y prohibiciones clave	528
4.1. <i>Obligaciones de transparencia</i>	529
4.2. <i>Prohibición de ciertas prácticas de procesamiento de datos personales</i>	533
5. Una tarea pendiente: la gestión de los conflictos de interés en la publicidad en línea	536
5.1. <i>Obligaciones de comportamiento</i>	537
5.2. <i>Remedios estructurales</i>	539
6. Conclusiones	540
7. Bibliografía	542

SEGUNDA PARTE
ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

Capítulo 4

La utilización por la plataforma digital de los datos confidenciales de sus usuarios profesionales: ¿abuso de explotación o de exclusión?

FERNANDO CACHAFEIRO

*Profesor Titular de Derecho mercantil
Universidade da Coruña¹*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE. 2.1. *Introducción*. 2.2. *Abusos de exclusión*. a) La exclusión de competidores. b) Competencia basada en los méritos. c) Efecto excluyente. d) Carácter cumulativo. e) Ausencia de justificación. 2.3. *Abusos de explotación*. a) La explotación de los terceros. b) Precios excesivos. c) Condiciones injustas. d) Discriminación. 2.4. *Aplicación prioritaria de los abusos de exclusión*. 3. VALORACIÓN DE LAS CONDUCTAS ABUSIVAS EN LA ECONOMÍA DIGITAL. 3.1 *Retos que plantean los mercados digitales*. a) Definición del mercado relevante. b) Evaluación del poder de mercado. c) Efecto excluyente. 3.2. *Renovado interés por los abusos de explotación*. a) Cambio de tendencia. b) El caso *Apple Store: música en streaming* (2024). c) Víctimas del abuso: los desarrolladores de aplicaciones o sus usuarios. 3.3. *Regulación de los mercados digitales*. 4. LA UTILIZACIÓN DE DATOS CONFIDENCIALES DE LOS USUARIOS PROFESIONALES DE LAS PLATAFORMAS. 4.1. *Planteamiento*. 4.2. *Utilización de los datos como discriminación de competidores: Amazon Marketplace* (2022). a) Antecedentes. b) La teoría del daño esbozada con carácter prelimi-

1. Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación «Big Data, competencia y protección de datos» (PID2021-127172NB-I00), del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023, cofinanciado por la Unión Europea y el Ministerio de Ciencia e Innovación – Agencia Estatal de Investigación.

nar. 4.3. *Utilización de datos como imposición de condiciones injustas: Facebook Marketplace (2024).* a) Antecedentes. b) Imposición de condiciones injustas. 4.4. *¿Abuso de explotación o abuso de exclusión?* a) Planteamiento. b) Similitudes entre los dos casos. c) Diferencias. d) Sobre la explotación de los usuarios profesionales. e) El *test* de legalidad cuando coexisten efectos de explotación y de exclusión. 4.5. *La prohibición de utilizar los datos confidenciales de los usuarios profesionales en la DMA.* 5. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen: Las plataformas digitales son mercados de dos lados en los que el negocio consiste en conectar el lado de los profesionales con el lado de los usuarios finales. Cuando las plataformas utilizan los datos confidenciales de sus usuarios profesionales para competir con ellos, ya sea en el propio entorno de la plataforma o en un mercado distinto, dicha conducta constituye un abuso de posición dominante. Si la competencia es dentro de la propia plataforma, como sucede cuando Amazon Retail opera como un usuario profesional más en el *marketplace* de Amazon, existe un fuerte riesgo de exclusión de los vendedores independientes incapaces de competir con la superioridad tecnológica que los datos otorgan a la división minorista de Amazon. Si la competencia es fuera de la plataforma, como sucede en el caso de Meta que no compite con los anunciantes dentro de sus redes sociales como Facebook o Instagram, sino en otros mercados como la venta mediante anuncios clasificados, no existe riesgo de exclusión dentro de la plataforma porque la conducta no impide o restringe la capacidad de anunciarse de las empresas cuyos datos confidenciales son objeto de tratamiento. El riesgo de exclusión podría existir fuera de la plataforma, en el mercado de servicios de anuncios clasificados, si bien ahí el riesgo es menor dado el volumen más reducido de datos que se maneja y la posición relativa que ocupa *Facebook Marketplace* en el mismo. El hecho de que se descarte el riesgo de exclusión, sin embargo, no impide que la conducta de Meta respecto de sus anunciantes se considere una forma de explotación en la medida en que se les imponen unas condiciones injustas que no responden a una finalidad objetiva y proporcionada. Como consecuencia de lo anterior, la Comisión Europea ha determinado que la utilización de datos confidenciales constituye un abuso de posición dominante, de tipo excluyente en el caso de Amazon y en forma de explotación en el expediente frente a Meta.

Palabras clave: Artículo 102 TFUE, abuso de posición dominante, abuso de exclusión, abuso de explotación, big data, utilización de datos confidenciales, plataformas digitales, mercados de dos lados, Amazon, Meta, Ley de Mercados Digitales.

Abstract: Digital platforms are two-sided markets where the business is to connect the professional side with the end-user side. When platforms use the confidential data of their professional users to compete with them, whether in the platform environment itself or in a different market, such conduct constitutes an abuse of dominance. If the competition is within the platform itself, as is the case where Amazon Retail operates as a professional user on Amazon's marketplace, there is a strong risk of foreclosure of independent sellers unable to compete with the technological superiority that the data gives to Amazon's retail division. If the competition is outside the platform, as in the case of Meta which does not compete with advertisers within its social networks such as Facebook or Instagram, but in other marketplaces such as selling through classified ads, there is no risk of exclusion within the platform because the conduct does not prevent or restrict the ability to advertise of the companies whose confidential data is processed. The risk of exclusion could exist outside the platform, in the marketplace for classified ad services, although there the risk is lower given the volume of data handled and the relative position of Facebook Marketplace in the marketplace. The fact that the risk of exclusion is ruled out, however, does not prevent Meta's conduct vis-à-vis its advertisers from being considered a form of exploitation in so far as unfair conditions are imposed on them which do not serve an objective and proportionate purpose. As a result of the foregoing, the European Commission has determined that the use of confidential data constitutes an abuse of a dominant position, of an exclusionary nature in the case of Amazon and in the form of exploitation in the case against Meta.

Keywords: Article 102 TFEU, abuse of dominant position, exclusionary abuse, exploitative abuse, big data, use of confidential data, digital platforms, two-sided marketplaces, Amazon, Meta, Digital Markets Act.

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años la acumulación de datos en manos de las grandes empresas de la economía digital —lo que se denomina «big data»— ha llamado la atención de las autoridades, gobiernos y organizaciones internacionales preocupadas, fundamentalmente, por el impacto que el tratamiento masivo de datos personales tiene sobre la privacidad de las personas². Las autoridades de competencia no han sido ajenas a este fenómeno, ante la

2. *Vid.*, por todos, OCDE, «The Intersection between Competition and Data Privacy», *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, núm. 310, OECD Publishing, Paris, 2024.

constatación de que, por un lado, la acumulación de datos de los usuarios puede crear o reforzar la posición dominante de determinados operadores (especialmente la de las plataformas digitales con un modelo de negocio basado en la publicidad, como puede ser Google o las redes sociales) y, de otro lado, puede constituir un abuso de posición dominante prohibido por el artículo 102 TFUE, ya sea por la intensidad de datos que son objeto de tratamiento o por el hecho de que se compartan en el seno de los denominados «ecosistemas digitales»³. El caso paradigmático, en este sentido, lo encontramos en Alemania, donde el *Bundeskartellamt* declaró que Meta abusaba de su posición dominante en el mercado de redes sociales por la forma en que recolectaba y utilizaba los datos personales de sus usuarios⁴.

Al mismo tiempo ha ido surgiendo una preocupación por la forma en la que las plataformas digitales utilizan los datos que obtienen de sus usuarios profesionales. Para entender mejor esta problemática, conviene recordar cómo funcionan las denominadas «plataformas digitales». En un negocio de plataforma, existen tres partes implicadas: el titular de la plataforma que crea un lugar en el que interactúan usuarios profesionales con usuarios finales; es un «mercado de dos lados», en el que el negocio consiste en conectar los dos lados del mercado, profesionales y usuarios finales, si bien la remuneración de la plataforma varía en función del modelo de negocio que utilice. En los modelos basados en el intercambio, como puede ser el caso de Ebay o de Amazon Marketplace, la plataforma pone en contacto a

3. Entre los autores que se han ocupado con carácter monográfico de la relación entre el Derecho de la competencia y la privacidad de las personas, cabe citar a STUCKE, Maurice y GRUNES, Allen, *Big Data and Competition Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2016; GRAEF, Inge, *EU competition Law, data protection and online platforms: Data as essential facility*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2016; WASASTJERNA, Maria, *Competition, Data and Privacy in the Digital Economy: Towards a Privacy Dimension in Competition Policy?*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2020; MÄIHÄNIEMI, Beata, *Competition Law and Big Data: Imposing Access to Information in Digital Markets*, Edward Elgar, Northampton, 2020; MA, Jingyuan, *Regulating Data Monopolies: A Law and Economics Perspective*, Springer, Singapur, 2022; MAJCHER, Klaudia, *Coherence between Data Protection and Competition Law in Digital Markets*, Oxford University Press, Oxford, 2023; y ESAYAS, Samson, *Data Privacy and Competition Law in the Age of Big Data: Unpacking the Interface Through Complexity Science*, Oxford University Press, Oxford, 2024.
4. La Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de julio de 2023 (asunto C-252/21 – *Meta y Bundeskartellamt*) confirmó posteriormente esta decisión, destacando que la forma en que Facebook obtenía el consentimiento para recolectar y usar los datos personales no sólo infringía el Reglamento General de Protección de Datos Personales (RGPD) sino que también constituía un abuso de su posición dominante en el mercado de redes sociales, al imponer términos comerciales abusivos.

usuarios profesionales que quieren vender productos, con usuarios finales que desean adquirirlos. La remuneración de la plataforma consiste en una comisión que pagan los usuarios profesionales por utilizar el medio para vender sus productos. En los modelos basados en la publicidad, sin embargo, como sucede con Google o Meta, la plataforma pone en contacto a usuarios profesionales que quieren anunciar sus productos o servicios, con los usuarios del servicio creado por la plataforma (búsquedas, mapas, redes sociales, etc.). Aquí la plataforma obtiene una compensación por sus servicios directamente de las empresas que se anuncian en ella.

Un rasgo característico de las plataformas digitales es que tienden a estar presentes en números mercados, creando lo que se denominan «ecosistemas digitales». Esta integración vertical de las empresas puede generar conflictos de interés en la medida en que el titular de la plataforma actúe simultáneamente como usuario profesional de la misma, compitiendo —en consecuencia— con el resto de los usuarios profesionales⁵. Piénsese, por ejemplo, en el caso de Amazon, que nació como una empresa dedicada a la venta de libros *on line*, para después ampliar su catálogo a toda clase de bienes y, finalmente, crear un *marketplace* en el que otros vendedores pueden utilizar la infraestructura creada por Amazon para comercializar sus productos. En las actuales circunstancias, Amazon desempeña un doble papel como suministrador del servicio de mercado en línea (Amazon Marketplace) y como minorista que vende directamente a los usuarios (Amazon Retail), en competencia con otros minoristas independientes también presentes en el mercado en línea.

El doble papel que juegan las plataformas digitales como titulares de la plataforma, de un lado, y usuarios profesionales de la misma, del otro, no constituye necesariamente una conducta prohibida por el Derecho de la competencia. La integración vertical no es *per se* un ilícito *antitrust* pues la misma puede generar numerosas ventajas en términos de eficiencia que no se pueden desconocer. Además, no hay que olvidar que la misión del Derecho de la competencia no es equilibrar el campo de juego para que las empresas rivales compitan en igualdad de condiciones («levelling the playing field»), ni tampoco corregir situaciones en las que un competidor se encuentre en una situación de desventaja competitiva respecto de otro, sino actuar frente a conductas que restringen la competencia en el mercado. En consecuencia, cuando una empresa dominante verticalmente integrada, utiliza su poder de mercado para excluir a sus competidores

5. KHAN, Lina, «Amazon's Antitrust Paradox», *The Yale Law Journal*, 2017, págs. 710 y ss. disponible en https://www.yalelawjournal.org/pdf/e.710.Khan.805_zuvfyeh.pdf

en el mercado conexo, dicha conducta sí puede constituir un abuso de posición dominante.

Con estos antecedentes se comprende que cuando el titular de la plataforma utiliza los datos que los usuarios profesionales le facilitan de manera confidencial en el marco de los servicios de plataforma, para competir con ellos en un mercado verticalmente integrado, nos encontramos ante una conducta que es susceptible de restringir la capacidad de los rivales de competir con el titular de la plataforma, poniendo en riesgo la subsistencia de la competencia en el mercado, de ahí que deba ser evaluada por las autoridades *antitrust*. En el caso europeo, en su informe sobre comercio electrónico de 2007, la Comisión advirtió que las plataformas de mercados en línea utilizaban los datos de sus usuarios profesionales para potenciar las ventas de su división minorista y que dicha circunstancia podía generar problemas de competencia⁶. Meses más tarde, la Comisión Europea anunció la apertura de una investigación sobre las prácticas de Amazon respecto de los datos confidenciales de sus usuarios profesionales, iniciando una extensa actividad de las autoridades de competencia, a la que aludiremos en las páginas siguientes.

El presente trabajo se estructura en tres partes. En la primera se analiza la prohibición de abuso de posición dominante en torno a las categorías de abuso de exclusión y de explotación, destacando el distinto *test* de legalidad que se utiliza para prohibir unos y otros. La segunda parte se ocupa de las dificultades que se plantean para valorar los posibles abusos de posición de dominio en el ámbito de la economía digital, tanto en la definición del mercado relevante, como en la evaluación de poder de mercado y en el análisis del impacto de las conductas del operador dominante sobre la capacidad de competir de sus rivales (exclusión). La tercera y más extensa parte del trabajo se dedica a analizar una conducta concreta de las plataformas digitales: la

6. Commission Staff Working Document accompanying the document Report from the Commission to the Council and the European Parliament Final report on the E-commerce Sector Inquiry (COM[2017] 229 final), Bruselas 10 de mayo de 2007, en el que se advierte que: «La recopilación de una gran cantidad de datos es cada vez más importante en el comercio electrónico. Por un lado, estos “grandes datos” pueden permitir a las empresas ser más eficientes y proporcionar una oferta mejor, más específica e individualizada a los clientes. Por otro lado, la recopilación y el uso de datos pueden afectar a la competencia. Por ejemplo, el intercambio de datos sensibles desde el punto de vista de la competencia entre mercados y terceros vendedores o fabricantes y minoristas puede plantear problemas de competencia cuando los mismos agentes compiten directamente por la venta de determinados productos o servicios» (párrafos 349 a 352).

utilización de los datos de sus usuarios profesionales para competir con ellos, dentro de la plataforma o en otros mercados relacionados.

2. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

2.1. INTRODUCCIÓN

El artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) contempla dos tipos de abusos de posición dominante, de un lado, aquellos que inciden en los competidores del operador dominante y respecto de los cuales se proyecta un riesgo de exclusión del mercado («abusos de exclusión») y, de otro lado, los que afectan a empresas que no compiten con la entidad dominante, ya sea porque se encuentran en un mercado aguas arriba (proveedores) o aguas abajo (clientes) o incluso o en un mercado distinto del que opera el operador dominante, a las que se les ocasiona un perjuicio derivado del poder de mercado de la empresa dominante («abusos de explotación»). Dentro de esta segunda categoría, se incluyen también los abusos que afectan a los consumidores.

En los abusos de exclusión, se causa un daño indirecto, pues la conducta debe ser, en primer término, susceptible de menoscabar la capacidad de competir de los rivales del operador dominante, lo cual tiene, a su vez, un impacto negativo en la eficiencia (precios más elevados, peores productos o menos innovación) que perjudica los intereses de los consumidores. Por el contrario, en los abusos de explotación, es la conducta —y no el efecto restrictivo de la competencia que ocasiona— la que causa un daño a los destinatarios de la misma, de ahí que se afirme que el daño es directo⁷.

Los abusos de exclusión y de explotación no son compartimentos estancos por lo que se admite que una misma conducta, por ejemplo, una discriminación de precios puede ser al mismo tiempo una explotación porque perjudica directamente a los clientes que no se benefician de los mismos y excluyente porque indirectamente impide a las empresas rivales competir por los clientes que sí han obtenido los descuentos comerciales.

7. En su célebre sentencia *Continental Can* de la década de los setenta, el Tribunal de Justicia declaró que la finalidad del artículo 102 TFUE (entonces artículo 86) no era únicamente proteger a los clientes del ejercicio directo del poder de mercado (explotación), sino también protegerles de otras conductas que les perjudican indirectamente, a través de su impacto sobre la estructura del mercado (exclusión); Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, asunto 6/72, *Europemballage y Continental Can vs. Comisión*, párrafo 16. *Vid.*, al respecto, PADILLA, Jorge, «What is an Exclusionary Abuse?», Noviembre de 2024, pág. 23.

2.2. ABUSOS DE EXCLUSIÓN

a) La exclusión de competidores

Como se ha mencionado anteriormente, los abusos de exclusión inciden sobre la capacidad de competir de los rivales de la empresa dominante y, por lo tanto, exigen evaluar los efectos reales o potenciales de la conducta del operador de mercado. Cuando la conducta tenga un efecto anticompetitivo, a la vista de todas las circunstancias del caso, se calificará de abuso de exclusión.

En las fechas en las que redactamos este trabajo, la Comisión Europea ha publicado una propuesta de Comunicación sobre abusos de exclusión⁸ para actualizar las actuales directrices en la materia a las novedades jurisprudenciales y desarrollos de la teoría jurídica y económica⁹. En el texto publicado se considera que la conducta del operador dominante constituye un abuso de exclusión cuando se dan las dos condiciones siguientes: a) se aleja de la competencia basada en los méritos («competition on the merits»); y b) puede tener efecto excluyente («market foreclosure»). La concurrencia de ambos requisitos significa que no basta que una conducta provoque un efecto excluyente (b) sino que, además, debe hacerlo recurriendo a métodos anticompetitivos (a)¹⁰. En otras palabras, el artículo 102 TFUE no persigue la mera exclusión de competidores («foreclosure»), sino aquella que es anticompetitiva («anticompetitive foreclosure»).

b) Competencia basada en los méritos

El concepto de competencia basada en los méritos «engloba los comportamientos comprendidos en el ámbito de una competencia normal basada en los resultados de los operadores económicos»¹¹. Si las empresas compiten de esta manera, los consumidores se benefician de precios más bajos, mejor calidad y una oferta más amplia de bienes y servicios nuevos o mejorados.

8. Propuesta de Comunicación de la Comisión – *Directrices relativas a la aplicación del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las conductas excluyentes abusivas de las empresas dominantes*, de 1 de agosto de 2024.

9. Comunicación (2009/C 45/02) 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*, posteriormente revisada en la Comunicación (C/2023/1923 final) – *Modificaciones de la 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»*.

10. Párrafo 17 de la Propuesta de Comunicación.

11. Párrafo 51 de la Propuesta de Directrices.

Se considera que la competencia basada en los méritos engloba situaciones en las que un competidor real o hipotético tan eficiente como la empresa dominante podría adoptar una conducta similar¹². Cuando ello sucede, dicho competidor tan eficiente es capaz de replicar las acciones unilaterales de la empresa dominante, de manera que los intereses de los consumidores estarán protegidos por la competencia efectiva¹³.

Para valorar si es competencia basada en los méritos, también se han de tener en cuenta otras circunstancias extraídas de la jurisprudencia: si la conducta de la empresa dominante impide la libertad de elección del consumidor; supone una infracción de disposiciones reglamentarias; entraña una discriminación para favorecer sus propios productos; representa un cambio de sus políticas previas que no responde a las circunstancias del mercado¹⁴; o si la conducta tiene sentido económico para la empresa dominante, más allá de restringir la competencia¹⁵. Finalmente, la Propuesta señala que el incumplimiento del *test* de legalidad específico establecido por la jurisprudencia europea para algunos tipos de conductas (a saber, los acuerdos exclusivos, la vinculación y la venta por paquetes, la negativa de suministro, los precios predatorios y la compresión de márgenes) implica que una determinada conducta no constituye competencia basada en los méritos¹⁶.

c) Efecto excluyente

El segundo requisito exige que la conducta sea susceptible de excluir o marginar a los competidores al limitar su capacidad de competir en el mercado. Si se da esta circunstancia, la conducta es susceptible de causar también un perjuicio (indirecto) a los consumidores, como consecuencia del debilitamiento de la competencia efectiva en el mercado. La Propuesta de Comunicación, sorprendentemente, no contiene una definición de exclusión de los competidores, limitándose a indicar que dicho efecto se produce cuan-

-
12. El denominado «test de la replicabilidad» exige examinar si la conducta del operador dominante puede ser replicada por un competidor, real o hipotético, igualmente eficiente, pero sin posición dominante. Sin embargo, el hecho de que la conducta del operador dominante sea reproducida por sus competidores, no siempre excluye que pueda ser considerada abusiva. Una conducta susceptible de ser replicada puede no ser competencia basada en los méritos en especiales circunstancias, teniendo en cuenta la dinámica del mercado, la extensión del poder de dominio y las especiales circunstancias de la conducta (Párrafo 57 de la Propuesta de Comunicación).
 13. PADILLA, Jorge, «What is an Exclusionary Abuse?», op. cit., pág. 4.
 14. Párrafo 55 del Proyecto de Comunicación.
 15. Párrafo 54 del Proyecto de Comunicación.
 16. Párrafo 53 de la Propuesta de Comunicación.

do la conducta es «capaz de eliminar la incertidumbre comercial relativa a la entrada o expansión de competidores»¹⁷.

Para evaluar el efecto excluyente, que puede ser real o meramente potencial, la autoridad de competencia ha de comparar la situación existente en el mercado con la que había con anterioridad a la conducta unilateral, o bien puede elaborar un escenario hipotético sobre lo que hubiera sucedido si la empresa dominante se hubiese comportado de diferente manera. Esta valoración del efecto excluyente debe hacerse a partir de una «teoría del daño» que es el mecanismo a través del cual se explica cómo una determinada conducta impacta negativamente en la capacidad de competir de los rivales¹⁸.

En el caso de las conductas basadas en el precio, este impacto sobre la capacidad de competir de los rivales se mide a través del *test* del competidor igualmente eficiente (AECT por sus siglas en inglés)¹⁹. La premisa en que se basa el *test* es sencilla: es poco probable que un competidor igualmente eficiente sea excluido del mercado cuando el precio del insumo que fija el operador dominante es superior a los costes de elaborar el producto o de prestar el servicio, porque en ese entorno el competidor igualmente eficiente puede ser viable económicamente. El *test* se aplica, por ejemplo, a la evaluación de los descuentos condicionales. Si los descuentos ofrecidos por

17. Las todavía vigentes Directrices sobre abusos excluyentes incluyen una explicación más detallada al respecto, indicando que se trata de conductas que «impiden la competencia efectiva excluyendo a sus competidores de forma anticompetitiva y por ende afectando lesivamente al bienestar del consumidor, ya sea mediante unos niveles de precios superiores a los que hubieran existido en caso contrario o por cualesquiera otros medios tales como limitar la calidad o reducir las posibilidades de elección del consumidor». El citado documento emplea el término de «cierre anticompetitivo del mercado» para describir una situación en la que «el acceso efectivo de los competidores reales o potenciales a los suministros o mercados se ve obstaculizado o eliminado a consecuencia de la conducta de la empresa dominante», lo que le permitirá incrementar de forma rentable los precios en detrimento de los consumidores (párrafo 19).
18. ZENGER, Hans y WALKER, Mike, «Theories of Harm in European Competition Law: A Progress Report», en *Ten years of effects-based approach in EU Competition Law*, Bruylant, 2012, págs 185 y ss. En opinión de estos autores, una teoría del daño bien desarrollada tiene que explicar cómo la competencia y, en última instancia, los consumidores se verán perjudicados con respecto a una situación contra-fáctica adecuadamente definida.
19. Como señala IBÁÑEZ COLOMO (*The New EU Competition Law*, op. cit, pág. 60), no debe confundirse la idea de que los abusos excluyentes no se preocupan de la exclusión de los competidores menos eficientes, lo que se puede denominar «principio del competidor igualmente eficiente», del *test* utilizado para valorar los abusos relativos al precio, que sería el «*test* del competidor igualmente eficiente». El principio se aplica a cualquier tipo de abuso, el *test* sólo a los relacionados con el precio.

el operador dominante no obligan a un competidor igualmente eficiente a vender a pérdida (para competir con dichos descuentos), el sistema de descuentos del operador dominante no constituye un abuso de exclusión. De igual manera, en el caso de la compresión de márgenes, cuando la diferencia entre el precio que ofrece una empresa dominante verticalmente integrada aguas arriba y aguas abajo no obliga a un competidor igualmente eficiente a vender a pérdida, se considera que la conducta no tiene un efecto anti-competitivo²⁰.

En el resto de los abusos no vinculados a los precios, la evaluación resulta más complicada y exige elaborar un escenario contra-fáctico que explique las condiciones de competencia que habrían existido en ausencia de la conducta del operador dominante. Para preparar dicho escenario, deben tenerse presentes todas las circunstancias del caso, prestando especial atención al grado de poder de mercado del operador dominante, la naturaleza de la conducta investigada y sus posibles efectos, las características del mercado (posición que ocupan competidores, proveedores y clientes) y la extensión de la práctica. La jurisprudencia ha destacado, en este sentido, que la evaluación de los efectos anticompetitivos no puede ser meramente hipotética, sino que debe estar basada en el contexto legal y económico en el que la conducta tiene lugar²¹.

Otro aspecto que conviene resaltar es que no es suficiente con acreditar algún efecto excluyente de la conducta, para concluir que la misma es abusiva. Por ejemplo, la exclusión de competidores poco eficientes no se considera anticompetitiva porque la misma responde al funcionamiento normal de un mercado regido por las leyes de la oferta y la demanda. Es normal que terminen sucumbiendo los competidores que no son capaces de atraer a la demanda con el precio o la calidad de sus productos que ofertan en el mercado. De esta manera, se concluye que la función del Derecho de la competencia no es proteger a los competidores más vulnerables, que se encuentran en una situación de «desventaja competitiva», ni tampoco «igualar el campo de juego» («levelling the playing field») para que los competidores menos eficientes puedan subsistir en un entorno desfavorable para sus intereses. La preocupación por proteger a los competidores más vulnerables (por ejemplo, aquellos incapaces de alcanzar una escala eficiente en determinados mercados de gran tamaño) puede ser una finalidad legítima, pero que debe ser abordada por otras políticas públicas vinculadas a la distribución equitativa de las rentas.

20. IBÁÑEZ COLOMO, Pablo, *The New EU Competition Law*, op. cit, pág. 55.

21. IBÁÑEZ COLOMO, Pablo, *The New EU Competition Law*, op. cit, pág. 60.

Una de las principales novedades de la Propuesta de Directrices consiste en establecer una serie de presunciones para valorar el efecto excluyente de las conductas. Así, se distingue entre: (i) conductas que por su propia naturaleza tienen efecto de exclusión, a las que denomina «naked restrictions»; (ii) conductas en las que se presume el efecto de exclusión; y (iii) conductas para las que es necesario demostrar la capacidad de producir dicho efecto²². En las primeras, existe una presunción casi absoluta de exclusión, de manera que sólo se admite la prueba en contrario en «casos muy excepcionales»²³. En las segundas, la presunción de ilicitud es relativa y puede ser refutada por el operador dominante, a quién le corresponde acreditar que la conducta no excluye a los competidores del mercado²⁴. Finalmente, en la tercera categoría, ante la ausencia de presunciones, es la autoridad de competencia la que debe acreditar el riesgo de exclusión.

d) Carácter cumulativo

Los dos requisitos que venimos comentando son cumulativos, de tal manera que una conducta excluyente (se da el segundo requisito) es lícita si está basada en los méritos (incumple el primero) y, de la misma manera, una conducta no basada en los méritos (primer requisito) es correcta si no produce efecto excluyente (incumple el segundo requisito).

Jorge PADILLA lo ilustra con dos ejemplos. La primera situación tiene lugar si una empresa dominante invierte en mejorar la calidad de su producto, lo que provoca la marginación o, incluso, la salida de competidores (efecto excluyente). Si los competidores reales o hipotéticos tan eficientes pueden reunir los fondos necesarios para reproducir la estrategia de inversión de la empresa dominante (ergo es competencia basada en los méritos) la conducta no afecta negativamente a la competencia en el mercado. El segundo supuesto se da si una empresa dominante fija un precio por debajo de los costes (competencia no basada en los méritos) únicamente para

22. Párrafo 60 de la Propuesta.

23. Se incluyen en esta categoría: «(i) los pagos de la empresa dominante a los clientes condicionados a que éstos pospongan o cancelen el lanzamiento de productos que se basan en productos ofrecidos por los competidores de la empresa dominante; (ii) la empresa dominante acuerda con sus distribuidores que éstos cambien un producto competidor por el suyo propio bajo la amenaza de retirar los descuentos que benefician a los distribuidores; o (iii) la empresa dominante dismantela activamente una infraestructura utilizada por un competidor» (letra c) del párrafo 60).

24. Se presume el efecto excluyente respecto de las conductas que incumplen los test de legalidad específicos establecidos por la jurisprudencia para determinados abusos, como las cláusulas de exclusiva, la negativa de suministro, etc. (letra b) del párrafo 60).

«mercancías dañadas», por ejemplo, productos defectuosos o simplemente obsoletos, con el fin de liquidar sus existencias de tales productos, pero dicha estrategia no perjudica la competencia efectiva debido a que apenas afecta a las ventas de productos sin tara de sus competidores (es decir, no tiene efecto excluyente)²⁵.

Aunque esta es la tesis que actualmente sostiene la Comisión Europea, también cabe argumentar que no se trata de que se apliquen conjuntamente dos requisitos sino que, en realidad, nos encontramos ante un único requisito que consiste en determinar si la conducta del operador dominante puede ser replicada por un competidor hipotético igualmente eficiente pues, en caso contrario, la misma llevará a la expulsión de la competencia efectiva en el mercado, en detrimento de los intereses de los consumidores. Desde esta perspectiva, se afirma que, salvo casos muy flagrantes, no existen conductas que objetivamente se desmarquen de lo que se considera competencia normal o basada en los méritos, pues la determinación de lo que es normal deberá hacerse en función de su impacto sobre la capacidad de competir de los rivales del operador dominante²⁶.

e) Ausencia de justificación

En todo caso, una conducta susceptible de ser abusiva puede eludir la prohibición del artículo 102 TFUE si la empresa dominante demuestra que está objetivamente justificada. Para ello, la conducta debe ser objetivamente necesaria (la denominada «defensa de necesidad objetiva») o producir eficiencias que contrarresten, o incluso superen, el efecto negativo de la conducta sobre la competencia (la denominada «defensa de eficiencia»)²⁷.

La necesidad objetiva debe basarse en pruebas de que el comportamiento de la empresa dominante es objetivamente necesario y proporcionado para alcanzar un determinado fin legítimo como puede ser, por ejemplo, garantizar ciertos estándares técnicos de sus productos o protegerse frente a la competencia desleal²⁸.

Una defensa basada en la eficiencia, por su parte, requiere demostrar que los efectos de exclusión resultantes de la conducta de la empresa dominante se ven contrarrestados por ventajas en eficiencia que también benefician a

25. PADILLA, Jorge, «What is an Exclusionary Abuse?», op. cit., págs. 5-6.

26. IBÁÑEZ COLOMO, Pablo, «Competition on the merits», 20 Diciembre 2023, págs. 34-35.

27. Párrafo 167 de la Propuesta de Comunicación.

28. Párrafo 168 de la Propuesta de Comunicación.

los consumidores²⁹. Así pues, la evaluación de la conducta va a depender de su impacto sobre la eficiencia, ya sea asignativa o productiva, de la que se benefician de los consumidores en el mercado³⁰. De esta manera, cuando una conducta es susceptible de generar eficiencias (por ejemplo, reduciendo el precio del producto, mejorando la experiencia de los usuarios o ampliando la gama de productos disponible), dicha práctica se considera procompetitiva y no está prohibida por el artículo 102 TFUE. Por el contrario, si las ganancias de eficiencia no compensan los efectos anticompetitivos de la conducta (por ejemplo, se reducen los precios, pero también se empeora la experiencia del usuario o se menoscaba la innovación), nos encontramos ante un abuso de exclusión prohibido.

2.3. ABUSOS DE EXPLOTACIÓN

a) La explotación de los terceros

El artículo 102 del TFUE contempla, en esencia, dos modalidades de abusos de explotación, de un lado, la imposición de precios o condiciones injustas y, de otro, la discriminación de terceros. Respecto del primero, el artículo 102 letra a) del TFUE considera abusivo «imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas». Mientras que el segundo, según la letra c) del citado precepto, consiste en «aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva». La alusión expresa a terceros contratantes («trading partners») como destinatarios de la discriminación, indica que el precepto se sitúa en el ámbito de los abusos de explotación, sin perjuicio de que también la discriminación de competidores pueda ser considerada un abuso de posición dominante de tipo excluyente³¹. Como veremos a continuación, tradicionalmente la

29. Párrafo 169 de la Propuesta de Comunicación.

30. La eficiencia asignativa tiene lugar cuando el mercado produce una combinación óptima de bienes y servicios que los consumidores desean y están dispuestos a pagar. En estas situaciones el beneficio marginal de la última unidad producida es igual al costo marginal de producirla. Por su parte, la eficiencia productiva ocurre cuando el mercado produce bienes y servicios al menor costo posible por unidad. Esto significa que las empresas utilizan la mejor tecnología disponible y la combinación más eficiente de insumos para minimizar su costo total promedio. En consecuencia, la eficiencia asignativa muestra las preferencias y valores de los consumidores y la sociedad, mientras que la productiva refleja la eficiencia técnica y operativa de las empresas.

31. Vid. CACHAFEIRO, Fernando, «La autopreferencia como una nueva modalidad de abuso de posición dominante», en *Nuevas tendencias en el Derecho de la Competencia y de la Propiedad Industrial e Intelectual IV*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, págs. 116 y ss.

jurisprudencia se ha encontrado con dificultades para aplicar un *test* de legalidad a los abusos de explotación por la necesidad de aplicar conceptos jurídicos indeterminados relacionados con la injusticia o la falta de equidad de las transacciones³².

b) Precios excesivos

La dificultad para encontrar un *test* de legalidad efectivo se observa claramente en el caso de los precios excesivos. Una empresa dominante, en virtud de su poder de mercado, puede establecer precios superiores a los que existirían en un mercado competitivo, ante la ausencia de competidores reales o potenciales que puedan competir en precios con ella. Por lo tanto, no cualquier precio superior al que existiría en una situación de competencia ha de reputarse abusivo pues, de lo contrario, estaríamos prohibiendo la posición dominante en sí misma lo cual, a su vez, resultaría contrario al tenor del artículo 102 TFUE. Así pues, la pregunta es ¿cuánto de elevado tiene que ser un precio para convertirse en abusivo?

El *test* legal para determinar si un precio es excesivo sigue siendo el establecido por el Tribunal de Justicia en el caso *United Brands*: aquel que no guarda una «relación razonable con el valor económico de la prestación realizada»³³. Para aplicar este principio ha de analizarse, en primer lugar, si la diferencia entre el precio cobrado y el coste de producción es excesiva. Si resulta que, en efecto, dicho margen es excesivo, el siguiente paso es determinar si el precio es desleal en sí mismo o en comparación con los productos competidores³⁴.

c) Condiciones injustas

La jurisprudencia tradicionalmente ha venido exigiendo el cumplimiento de tres requisitos para estimar que un término o condición comercial resulta «no equitativo» o injusto. En primer lugar, ha de ser impuesto a los socios comerciales («trading partners»), concepto que incluye a los proveedores y clientes de la empresa dominante, incluidos los consumidores. En segundo lugar, las condiciones han de resultar desfavorables o

32. Vid. VANDE WALLE, Simon, «Exploitative abuses in EU, German and French competition law», *Working paper*, pág. 4.

33. Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978, Asunto 27/76 – *United Brands contra Comisión*, párrafo 250.

34. VERALDI, Jacquelyn, «Excessive Pricing in Pharmaceuticals under Article 102 TFEU», *European Journal of Risk Regulation*, vol. 15, 2024, págs. 348 y ss.

perjudiciales para los intereses de los socios comerciales de dicha empresa o de sus consumidores. Finalmente, las condiciones no han de ser necesarias para la consecución de un objetivo legítimo o, en cualquier caso, no proporcionadas a tal fin³⁵. Así las cosas, el eje central de la evaluación de las cláusulas abusivas consiste en determinar si las condiciones que impone la empresa dominante son necesarias y proporcionadas, ya que es lo que cabría encontrar en un mercado competitivo. Se trata, en cualquier caso, de dos circunstancias susceptibles de un amplio margen de apreciación por la autoridad de competencia, lo cual se erige como una dificultad para su aplicación práctica.

d) Discriminación

Del tenor literal del artículo 102 c) TFUE se desprende que la prohibición de discriminación se articula en torno a los conceptos de «condiciones desiguales», «prestaciones equivalentes» y «desventaja competitiva». En cuanto a los dos primeros, puede observarse cierta superposición, ya que los motivos que justifican la no equivalencia entre dos prestaciones suelen coincidir con aquellos que explican la aplicación de condiciones desiguales. La mayor dificultad interpretativa radica en determinar qué debe entenderse por «desventaja competitiva» ya que, sin esta, el trato desigual no puede considerarse abusivo. La jurisprudencia ha establecido que debe existir una relación de competencia entre las empresas afectadas por la discriminación; de lo contrario, no puede afirmarse que la empresa desfavorecida se halle en una posición de desventaja frente a la beneficiada. Una vez constatada dicha relación, no basta con demostrar la existencia de un trato desigual: es necesario que este altere la competencia en el mercado en el que operan los clientes o proveedores afectados³⁶.

2.4. APLICACIÓN PRIORITARIA DE LOS ABUSOS DE EXCLUSIÓN

Los abusos de exclusión han sido históricamente objeto de una aplicación preferente por la Comisión Europea en la medida en que entrañan el riesgo

35. Vid. PADILLA, Jorge, «What is an Exploitative Abuse?», 15 de Noviembre de 2024, págs. 6 y ss.

36. Sentencia del TJUE de 19 de abril de 2018, *MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia SA y Autoridade da Concorrência*: «La práctica comercial de la empresa en posición dominante no debe falsear la competencia en un mercado de una etapa anterior o posterior, es decir, la competencia entre proveedores o entre clientes de dicha empresa. En su competencia entre sí, las otras partes contratantes de la empresa en posición dominante no deben gozar de preferencias ni tampoco sufrir desventajas» (párrafo 24).

de expulsar del mercado a los competidores reales o potenciales de la empresa dominante, lo que redundaría en una menor competencia que perjudica los intereses de los consumidores y usuarios de los productos y servicios³⁷. En consecuencia, no debe extrañar que la Comisión haya publicado unas Directrices sobre abusos de exclusión, a las que hicimos referencia, pero nunca se haya visto en la necesidad de aclarar el *case-law* sobre los abusos de explotación.

Existe diversas razones que explican la relegación de los abusos de explotación. En primer lugar, para que se pueda producir una situación de explotación, por ejemplo, una empresa dominante capaz de extraer precios anormalmente elevados durante un período de tiempo significativo, es preciso que la competencia en el mercado no esté funcionando adecuadamente pues, de lo contrario, existirían competidores potenciales o reales capaces de ofrecer precios menores obligando, por lo tanto, a la empresa dominante a poner fin a sus precios excesivos³⁸. Cuando las circunstancias del mercado no permiten que esto suceda, por ejemplo, debido a la presencia de barreras de entrada, la solución suele venir de la mano de una regulación que determine los precios. Y cuando el mercado sí lo permite (es decir, existen competidores potenciales o reales), pero en la práctica no sucede (no pueden competir con el operador dominante), el Derecho de la competencia prefiere intervenir sobre las conductas de la empresa dominante que inciden sobre la capacidad de los rivales para competir con la empresa dominante, es decir, los abusos de exclusión³⁹.

En segundo término, la aplicación de la prohibición de abusos de explotación puede incidir negativamente en los incentivos para innovar de las

37. Como señaló en 2005 la entonces Comisaria de competencia: «es acertado que nuestra política de competencia de prioridad a los llamados abusos de exclusión, ya que la exclusión suele estar en la base de la posterior explotación de los clientes», KROES, Neeli, «Tackling Exclusionary Practices to Avoid Exploitation of Market Power: Some Preliminary Thoughts on the Policy Review of Article 82», *Fordham International Law Journal*, vol. 29, 2005, pág. 595.

38. En efecto, la lógica de la competencia determina que si un precio resulta excesivo o unas condiciones injustas, se abre la posibilidad de que competidores potenciales entren en el mercado y ofrezcan soluciones alternativas. Si se interviene para prevenir lo primero, se estaría impidiendo lo segundo, rompiendo el normal funcionamiento del mercado. *Vid.* MONTI, Giorgio y DE STREEL, Alexandre, «Exploitative Abuses: The Scope and the Limits of Article 102 TFEU», *Robert Schuman Centre for Advanced Studies Research Paper* núm. 2023_62, pág. 2.

39. *Vid.* SUFRIN, Brenda, DUNNE, Niamh y JONES, Alison, *Jones & Sufrin's EU Competition Law: Text, Cases & Materials*, 8.ª edición, Oxford University Press, Oxford, 2023, pág. 400.

empresas dominantes. Los precios elevados son una recompensa a los esfuerzos de la empresa por lanzar productos innovadores al mercado. Las empresas invierten pensando en los beneficios que van a obtener en forma de altos precios que alcanzarán sus productos más innovadores. Por lo tanto, si una autoridad de la competencia aplica una política frente a los precios excesivos estricta, conseguirá reducir el precio de los productos a corto plazo, pero a costa de disminuir los beneficios esperados y, por lo tanto, desalentar las inversiones de las empresas⁴⁰.

Finalmente, la aplicación de los abusos de explotación se ha visto también lastrada por la dificultad ya mencionada de esbozar un *test* de legalidad que permita determinar cuando la conducta de la empresa dominante «explota» a los terceros que se relacionan con ella⁴¹.

3. VALORACIÓN DE LAS CONDUCTAS ABUSIVAS EN LA ECONOMÍA DIGITAL

3.1. RETOS QUE PLANTEAN LOS MERCADOS DIGITALES

El Derecho de la competencia está atravesando un proceso de reflexión para abordar los desafíos que plantea la economía digital, los cuales exigen adaptar las herramientas de análisis tradicionales, como la definición del mercado relevante y la evaluación del poder de mercado, a las características distintivas del entorno digital. Además, la investigación y sanción de los abusos de tipo excluyente se enfrenta a nuevos retos por la dificultad de evaluar el impacto de las conductas sobre la capacidad de competir de los rivales y las condiciones de competencia en el mercado.

40. Vid. MONTI, Giorgio y DE STREEL, Alexandre, «Exploitative Abuses: The Scope and the Limits of Article 102 TFEU», *Robert Schuman Centre for Advanced Studies Research Paper* núm. 2023_62, pág. 3.

41. Como señala gráficamente un antiguo consejero económico del Departamento de Justicia, crítico con esta modalidad de abusos que no existen en el país norteamericano, «el abuso de explotación de una posición dominante es cuando menos irónico y quizá incluso trágico: la infracción se basa en la injusticia (de las condiciones), pero el castigo se impone sin previo aviso. Por ejemplo, las agencias no anuncian qué precios son justos ni cómo se juzgará la equidad (de las condiciones). En su lugar, anuncian ocasionalmente multas por cobrar precios incorrectos. Esta situación vulnera preceptos básicos de equidad consagrados en la Constitución de EE.UU., si no en los tratados de la UE» (WERDEN, Gregory, «Exploitative abuse of a dominant position: a bad idea that now should be abandoned», 24 de enero de 2021, pág. 23).

El Derecho de la competencia se enfrenta a nuevos desafíos en la economía digital. La utilización masiva de datos exige adaptar las herramientas de análisis tradicionales, como la definición del mercado relevante y la evaluación del poder de mercado, a las características distintivas de este entorno. Desde el punto de vista de la prohibición de colusión, la detección y prueba de la concertación en mercados digitales es una tarea difícil para las autoridades de competencia, especialmente cuando intervienen datos y algoritmos. Además, es crucial abordar las nuevas realidades que permite la tecnología, como la personalización de los precios. Por otro lado, el big data y la inteligencia artificial también pueden ser herramientas clave para combatir la colusión, por ejemplo, en las licitaciones públicas.

Desde el punto de vista del abuso de posición dominante, investigar y sancionar conductas de explotación o de tipo excluyente presenta numerosos retos. La complejidad de los mercados digitales, caracterizados por su fuerte innovación, dificulta la evaluación del impacto de las acciones del operador dominante. A pesar de ello, proliferan las investigaciones por parte de las autoridades de competencia en relación con el abuso de los datos. Ejemplos de ello son las políticas de «pay-or-consent», el uso de datos confidenciales de usuarios profesionales en plataformas, y la autopreferencia basada en datos. Sancionar estas conductas y aplicar los remedios adecuados constituye un desafío que el Derecho de la competencia debe abordar.

El control de concentraciones de empresas que utilizan big data también enfrenta una encrucijada. Por un lado, es difícil encontrar umbrales de notificación adecuados para empresas con bajos volúmenes de negocio, pero con un poder de mercado significativo derivado del extraordinario volumen de datos que manejan. Por otro, el enjuiciamiento de estas operaciones es complejo, ya que resulta difícil determinar si se creará una empresa dominante en el entorno digital.

La relación entre el Derecho de la competencia y el big data también plantea cuestiones relevantes que son analizadas en la obra respecto de sectores específicos, como la publicidad en línea, los servicios turísticos o la industria de servicios en la nube.

ISBN: 978-84-1085-314-0

