

ARTÍCULOS

ARTÍCULOS DE DERECHO DE LA COMPETENCIA

¿PUEDEN LAS SANCIONES IMPUESTAS POR LA UE CAMBIAR LAS PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS DE LAS BIG TECH?



Emma García Villa-Real (4º GDL)

Abstract

En el ámbito de las grandes empresas tecnológicas conocidas como las Big Tech se ha generado una gran preocupación sobre las prácticas anticompetitivas que afectan tanto a la competencia como a los consumidores, al reducir las opciones disponibles o al incidir en sus precios, y a la innovación, al suponer una dificultad para nuevas empresas de entrar al mercado. En este contexto, la Comisión Europea ha impuesto sanciones multimillonarias a empresas como Google, Apple, Amazon... por abuso de posición dominante, tratándose de casos emblemáticos como Google Shopping, Apple App Store Guidelines y el uso de Amazon Sellers en virtud del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE).

La cuestión de la que trata el artículo es si estas sanciones han conseguido un cambio real en el comportamiento de estas empresas o, de forma contraria, se han convertido en un coste aceptable en el modelo de negocio de las Big Tech. Por ende, se evalúa igualmente la eficacia del modelo sancionador tradicional del tipo *ex post*, que ha sido el modelo que se ha empleado comúnmente frente a los abusos de posición de dominio o, en su defecto, abusos de poder de mercado. De la misma forma, este artículo examina si las sanciones impuestas por la UE son eficaces en el marco del Derecho de la Competencia y si han tenido un impacto real en la actuación de las grandes tecnológicas, así como en la capacidad de cambiar la estructura de poder de los mercados digitales.

Ante los retos que presenta este modelo, la Unión Europea ha adoptado un nuevo marco regulador en forma de la Ley de Mercados Digitales – o en inglés Digital Markets Act (en adelante, DMA), que ha introducido obligaciones *ex ante*, de manera que no sólo introduce medidas preventivas, sino mecanismos de supervisión continuada y sanciones directas en el caso de incumplimiento. Como consecuencia, este artículo analizará los primeros procedimientos iniciados bajo la DMA, los cuales han sido los casos de META

¿PUEDEN LAS SANCIONES IMPUESTAS POR LA UE CAMBIAR LAS PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS DE LAS BIG TECH?

y Apple, para concluir si este nuevo mecanismo constituye un cambio real o si se plantean nuevos riesgos de enforcement y compliance, como sucede con el principio de *non bis in idem*.

Finalmente, el artículo explora la posibilidad de que se produzca un verdadero cambio en el modelo de negocio de las Big Tech mediante la DMA o, si bien, ha sido insuficiente frente al poder que ostentan estas compañías.

1. Introducción

a. Contextualización

El Derecho de la Competencia surge como la herramienta para asegurar el funcionamiento del mercado donde se promueva la libre competencia entre empresas, de forma que no se lleven a cabo prácticas que la restrinjan o limiten. Se origina en Estados Unidos mediante la normativa antitrust, que posteriormente se incorpora en la Unión Europea a través del TFUE¹, caracterizada al principio por dejes más formalistas hasta adoptar una perspectiva más dinámica en la actualidad.

Como consecuencia, en este contexto nacen las conocidas como Big Tech – o, como indica su traducción, gigantes tecnológicos –, las cuales son definidas como aquellas empresas que tienen un monopolio en sus mercados respectivos (Isla, 2021). Asimismo, se enmarcan en el concepto de las Big Tech, GAFAM (Google, Apple, Facebook, Amazon y Microsoft) que actúan como plataformas digitales conectando tanto a empresas y usuarios como anunciantes.

Asimismo, las Big Tech han aportado beneficios a los consumidores, como un mayor acceso a los bienes y servicios, así como una mayor proporción información sobre los mismos, aunque su aparición ha dado lugar a una nueva expresión de poder económico y de dependencia donde resulta progresivamente más complicada la intervención tanto de los Estados como de los propios consumidores (García, 2022). Como consecuencia, la Unión, pese a ya contar con herramientas para hacer frente a conductas anticompetitivas mediante el TFUE, impulsó la adopción del DMA para prevenir posibles abusos antes de que ocurran, si bien no está libre de retos que se abordarán posteriormente.

b. Metodología

Este artículo tiene como objetivo principal responder a la cuestión planteada sobre si las sanciones impuestas por la Unión son realmente efectivas para frenar las prácticas

¹ Los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma son las disposiciones originales, los cuales se han plasmado en el TFUE en los artículos 101 y 102.

anticompetitivas de las Big Tech, o si, de lo contrario, la normativa actual necesita ser complementada por otros instrumentos como el DMA para hacer frente a la situación actual. Por ende, se lleva a cabo un análisis tanto de la normativa vigente tanto a nivel europeo como estatal – con especial atención al TFUE y al DMA –, a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), y a las decisiones de la Comisión. Por ende, el enfoque es mixto, ya que se trata tanto de un análisis teórico de la normativa como de los casos prácticos, como Google Shopping y Amazon Sellers. Finalmente, el objetivo es razonar de forma crítica sobre la necesidad de reformar o complementar la regulación vigente para garantizar un mercado digital más dinámico y competitivo.

2. Sistema tradicional en el marco del Derecho de la Competencia

Actualmente en España hay dos normativas distintas, aunque alineadas, en cuanto al Derecho de la Competencia: la europea, que versa sobre los artículos 101 a 109 TFUE; y la estatal que se articula a través de la Ley 15/1007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC).

Consiguientemente, existe una pluralidad de normas, aunque ambas prevén dos modelos de aplicación a distintos niveles. El primero se basa en aplicación pública (*public enforcement*) a través las autoridades administrativas, las cuales desempeñan el papel de control; pero el segundo modelo consiste en la aplicación privada (*private enforcement*) por parte de los Juzgados de lo Mercantil en el caso de España. Por ende, se tipifican una serie de conductas no exhaustivas para que puedan adaptarse al caso concreto.

a. Normativa europea: artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

Como se ha mencionado, la normativa europea se contiene en los artículos 101 a 109 TFUE y tiene por objetivo garantizar que en el mercado interior de la Unión se promueva la competencia entre empresas. Sin embargo, destacan los artículos 101 y 102 como pilares fundamentales, puesto que hacen referencia a las posibles conductas llevadas a cabo por empresas que tengan por objeto limitar la competencia en el mercado o puedan dar lugar a limitaciones, o bien consistan en un abuso de su posición de dominio, respectivamente. Por lo tanto, estos preceptos no cumplen únicamente una función preventiva, sino que sirven para corregir conductas en todo el entorno de la Unión (Konstantin et al., 2022), teniendo en cuenta que son de aplicación directa en todos los Estados miembros en virtud del principio de efecto directo (véase *Caso Van Gend en Loos*, 1963) y que se integran en el procedimiento establecido por el Reglamento (CE)

¿PUEDEN LAS SANCIONES IMPUESTAS POR LA UE CAMBIAR LAS PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS DE LAS BIG TECH?

nº1/2003, el cual regula la aplicación tanto por la Comisión como por las autoridades de cada Estado miembro.

En primer lugar, el artículo 101 TFUE hace referencia a las prácticas colusorias, las cuales pueden definirse como acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas – independientemente de la forma que revistan –, que tengan por objeto, produzcan o puedan producir la restricción de la competencia (Hernández Turiel, 2020), como la fijación de precios o el reparto de mercados, conductas tipificadas en su apartado primero. Como consecuencia, deben concurrir: (i) la existencia de una concertación de empresas sea mediante un acuerdo, decisión o recomendación; (ii) objeto o efecto restrictivo de la competencia efectiva; y (iii) afectación, tanto posible como real, al comercio entre los Estados miembros; de manera que cumplidos estos requisitos la conducta es nula de pleno derecho.

No obstante, el precepto prevé una exención por eficiencias, de modo que, aunque restrinja o limite la competencia, la conducta no es considerada como ilícita siempre que genere eficiencias o ventajas para los consumidores y no elimine completamente la competencia, de forma que no imponga restricciones innecesarias y produzca una participación equitativa en las ganancias por parte de los consumidores.

En segundo lugar, el artículo 102 TFUE establece una prohibición de abuso de posición de dominio de modo que limite o restrinja la competencia. Cabe remarcar que, a diferencia del precepto anterior, se trata de una práctica unilateral, y nótese que el precepto no prohíbe que una empresa posea una posición de dominio, sino que la explote abusivamente de manera que resulte en una restricción de la competencia y afectación del mercado, igualmente, entre los Estados miembros.

Ejemplos de esta prohibición serían, por un lado, el desarrollo de una política de precios con descuentos que tengan por objeto la fidelización de los clientes que puedan provocar una exclusión del mercado a otros competidores al no poder replicarlos y, por otro lado, la negativa a dar acceso a una instalación o input esencial para poder competir en un mercado conexo o descendente, conocida como la doctrina de las *essential facilities* (Guggenberger, 2021).

b. Normativa estatal: Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia

La regulación estatal se articula a través de la LDC, la cual reproduce de forma bastante parecida lo dispuesto en el TFUE en cuanto a las conductas colusorias, pues dispone de la definición del concepto y una lista, meramente ejemplificativa, de tales conductas.

Igualmente, reafirma la nulidad de dichos acuerdos que tengan por objeto la limitación o restricción de la competencia; y paralelamente recoge el mismo supuesto previsto para la exención por eficiencias en su artículo 1.3.

Asimismo, el artículo segundo se centra en el abuso de posición de dominio en el ámbito del mercado nacional incluyendo igualmente una lista de conductas que se presumen ilícitas, de forma que sigue la línea del artículo 102 TFUE.

No obstante, el artículo 3 LCD sí que introduce ciertas novedades con respecto a la normativa europea pues dispone de una serie de conductas que tengan por objeto el falseamiento de la competencia mediante actos desleales, de manera que afecten al interés público, por lo que se evalúa el tipo de mercado y la naturaleza de los bienes y servicios afectados, es decir, cuan probable es que repercutan directamente en los consumidores y usuarios. Por ende, conocerá la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) o las autoridades de las comunidades autonómicas, éstas últimas en el supuesto que el efecto de la conducta no trascienda del ámbito autonómico.

Finalmente, el artículo 4 establece la doctrina de minimis, pues puede producirse el caso en que la conducta pueda no considerarse ilícita, pese a enmarcarse en los supuestos descritos anteriormente, por considerarse que son de escasa importancia o que no trascienden al mercado.

c. Sistema ex-post

A El Derecho de la Competencia, con salvedad del régimen de control de concentraciones, se ha basado, desde la introducción del Reglamento 2790/1999, en el sistema ex-post en lugar del ex-ante, de forma que las autoridades de la competencia intervienen una vez se ha llevado a cabo la conducta o se está produciendo en ese momento (Jiménez-Laiglesia et al., s.f.). Por lo tanto, este modelo se ha centrado en el principio de autoevaluación de las empresas, en lugar de autorizar la conducta previamente o someterla a condiciones por parte de las autoridades de competencia. Por ende, las empresas deben valorar por sí mismas si su conducta se ajusta a los artículos 101 y 102 TFUE para que se produzca una protección tanto al mercado como a la libertad empresarial.

Por ende, la Comisión Europea adoptó un mayor protagonismo, puesto que tiene la posibilidad de intervenir en el caso de fuese por interés de la Unión, haciendo que el sistema ex-post fuese, en general, descentralizado y con una aplicación más eficaz. No obstante, el DMA ha introducido nuevos cambios, puesto que actualmente se apuesta nuevamente por el modelo ex-ante, que se abordará posteriormente.

¿PUEDEN LAS SANCIONES IMPUESTAS POR LA UE CAMBIAR LAS PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS DE LAS BIG TECH?

d. Evaluación de la eficacia de la aplicación del Derecho de la Competencia

Para llevar a cabo la evaluación de la eficacia en cuanto a la aplicación del Derecho de la Competencia, hecha a través principalmente el control ex-post tal y como prevén tanto el TFUE como la LDC, se debe analizar si realmente se están llevando a cabo las funciones tanto de prevenir como de corregir las conductas anticompetitivas, especialmente en el caso de las Big Tech. El análisis se divide en: (i) efecto disuasorio vs coste asumible por las empresas; (ii) cumplimiento de las decisiones impuestas por las autoridades de competencia; (iii) reincidencia de las empresas en las prácticas anticompetitivas.

i. Efecto disuasorio vs Coste asumible por las empresas

Una de las funciones que más destacan del Derecho de la competencia es el efecto disuasorio de posibles conductas en el futuro, de forma que se introducen, tanto por la normativa europea mediante el artículo 29 del Reglamento 1/2003 como por la estatal a través del artículo 63 LDC, sanciones especialmente elevadas para garantizar que no resulte más rentable para las empresas llevar a cabo tales conductas, sea el caso de una práctica colusoria o un abuso de posición de dominio, que cumplir con la normativa de competencia.

Sin embargo, en la práctica, tales sanciones no suelen cumplir el efecto disuasorio, especialmente en el ámbito de las Big Tech, pese a que la multa pueda alcanzar hasta un 10% del volumen de negocios global, de forma que sigue siendo rentable la infracción por los grandes beneficios obtenidos de la práctica anticompetitiva.

Para que la sanción pueda calificarse como disuasoria, debe hacerse una comparación entre la sanción óptima – la cual se estima a través del beneficio ilícito potencial y un factor de disuasión – con la sanción que finalmente se impone (Martín et al., 2021). De este modo, si la sanción impuesta es igual o mayor a la óptima, se considera que es disuasoria, mientras que, si es inferior, no se considerará que lo sea.

Tal y como establecen Martín et al. (2021), únicamente un 14% de las sanciones impuestas por la CNMV entre 2015 y 2019 fueron disuasorias. El 86% restante no lo fue por dos razones distintas, de forma que la primera de ellas representa un 35,8% y se explica por haber impuesto un tipo sancionador insuficiente; mientras que la segunda de ellas supone un 50,2% de las sanciones no disuasorias y se fundamenta en el hecho de no poder ser superiores por la existencia del límite legal máximo. Asimismo, debe destacarse la dificultad de que las sanciones sean disuasorias cuanto mayor es la duración de la infracción.

ii. Cumplimiento de las decisiones impuestas por las autoridades de competencia

La efectividad del procedimiento no se mide meramente por la sanción, sino por las medidas que corrigen tales prácticas y el restablecimiento del funcionamiento normal del mercado, de forma que se promueva la competitividad entre las empresas. Por ende, para concluir si ha sido efectivo el procedimiento, debe producirse el cese de la conducta, así como la aplicación de medidas correctoras y la supervisión continuada por parte de las autoridades de la competencia o bien europeas o nacionales. De la misma forma, se disponen de instrumentos para verificar el cumplimiento, como los previstos en los artículos 39 a 41 LDC, pero dependen en gran medida de la cooperación empresarial.

En la práctica, no obstante, el cumplimiento debe hacer frente a diversos obstáculos, como sería el caso en que una empresa adoptase estrategias que prolongasen el proceso, mientras que modifican su conducta, pero únicamente a nivel formal, no en la realidad. Un ejemplo de este suceso es el caso Google Android, puesto que, tras la sanción de 400 millones de euros por abuso de posición de dominio, la Comisión no ha podido concluir con certeza si verdaderamente se ha producido un cambio en las condiciones de competencia en el mercado (Schaadt-Wambach, 2021).

iii. Reincidencia

La reincidencia de las empresas en cuanto a las prácticas competitivas plantea dudas sobre si realmente es efectivo el sistema sancionador, aunque en ambas normativas – la europea y la estatal – se considera como un agravante (Ibáñez Colomo, 2020), lo que permite aumentar la cuantía de las sanciones. Igualmente, la reincidencia no es meramente que se desprecie a la norma, sino que es un posible indicador de que los incentivos de las empresas no han cambiado, especialmente en mercados con grandes barreras de entrada, como es el caso del mercado de las Big Tech. Además, entra en conflicto una nueva problemática, la cual versa en la falta mecanismos de detección y seguimiento de las conductas a largo plazo y, así como tal las autoridades se encuentran sujetas a limitaciones de recursos. Por ende, se obstaculiza que las autoridades puedan detectar las prácticas sea por la limitación de los recursos o por la nueva adopción de formas cada vez más sutiles o poco detectables que produzcan igualmente efectos negativos en la competencia.

¿PUEDEN LAS SANCIONES IMPUESTAS POR LA UE CAMBIAR LAS PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS DE LAS BIG TECH?

3. Casos de Sistema tradicional en el marco del Derecho de la Competencia

a. Google Shopping

En 2017, la Comisión sancionó a la plataforma con una multa sin precedentes que ascendía 2.420 millones de euros por haber infringido el artículo 102 TFUE, pues abusó de su posición dominante al favorecer a su propio servicio de comparación de productos, es decir, Google Shopping, en detrimento de sus competidores. Es así puesto que Google no solo otorgaba una posición privilegiada a su propio servicio, sino que relegaba a los otros competidores a posiciones menos visibles.

Por ende, la práctica de la plataforma consistía en self-preferencing, aunque la Decisión admite que no es obligatorio generalmente otorgar un trato igualitario aplicable a empresas dominantes (*véase párrafo 168 Google LLC and Alphabet Inc. v European Commission C-48/22 P*), siempre que tenga como fin criterios de mérito o eficiencia. No obstante, la Comisión determinó que ese trato no igualitario no se basaba en tales criterios y que meramente buscaba restringir la competencia, puesto que los consumidores no accedían necesariamente a los servicios más eficientes o relevantes, sino los que Google precisamente favorecía mediante Google Shopping.

Pese a que Google recurrió la decisión de la Comisión ante el TJUE, el tribunal confirmó en gran medida lo dispuesto por la Comisión y ratificando el importe de la sanción impuesta, reforzando la idea de que las grandes plataformas, como es el caso de ésta, deben abstenerse de llevar a cabo conductas que puedan alterar la competencia del mercado mediante un abuso de su posición dominante (*véanse párrafos 76-78 Case T-612/17*).

b. Amazon Sellers

En 2022, la Comisión investigó a Amazon por posibles conductas abusivas en virtud del artículo 102 TFUE, pues la empresa hacía un uso indebido de los datos no públicos de vendedores independientes que utilizaban Amazon como una plataforma para vender sus propios productos. De esta forma, la empresa actuaba a través de un doble canal: (i) plataforma de intermediación entre los vendedores independientes y los usuarios, (ii) vendedor directo; lo que le proporcionaba el acceso a información sensible, como el volumen de ventas o precios, de terceros. Por ende, se obtenía una ventaja indebida en el mercado minorista, lo que la Comisión consideró como un abuso de posición dominante en varios de los Estados miembros (*véase Amazon Services v Commission C-639/23 P*). Asimismo, la investigación no trataba únicamente sobre lo anterior, sino también en que Amazon se otorgaba preferencia a sí misma mediante el mecanismo de la “Buy Box” y permitía que coexistiera el múltiple listado de un mismo producto a través de su propio

sistema logístico “*Fulfilment by Amazon*” en perjuicio de otros competidores que no lo hacían, pese a incluso ofrecer mejores condiciones.

Como consecuencia, la Comisión determinó que Amazon estaba incurriendo en un abuso de posición dominante, por lo que la empresa se comprometió a no utilizar los datos no públicos de los vendedores para su propio beneficio y a aplicar criterios que no discriminaran para la “Buy Box”, así como a permitir la coexistencia de diferentes listados de producto durante un período mínimo de 5 años. Por lo tanto, tales compromisos son vinculantes para Amazon, lo que evitó que se impusiera algún tipo de sanción monetaria.

Este caso sirve como un precedente para plataformas que actúen como un *marketplace*, de modo que actúan como intermediarios y vendedores directos, y ejercen un poder significativo en la estructura del mercado digital, incluso cuando no son calificadas como *gatekeepers* bajo el DMA.

4. Un nuevo marco en el Derecho de la competencia: el Reglamento de Mercados Digitales (DMA)

a. Fundamentos y estructura

El Reglamento (UE) 2022/1925 de mercados digitales, también se conoce como el Digital Markets Act (en adelante, DMA), es una de las reformas más innovadoras en cuanto al Derecho de la Competencia. De este modo, introduce nuevos mecanismos para hacer frente a las prácticas anticompetitivas centrado únicamente en determinadas plataformas digitales, o como se refiere directamente el Reglamento, los *gatekeepers*. Pese a que tradicionalmente el sistema ha estado marcado por un control ex-post, esta nueva normativa apuesta por volver nuevamente al control ex-ante, ya que pone el foco de atención en la prevención de estas conductas antes de que puedan llevarse a cabo.

Una de las novedades más trascendentes del DMA es la introducción, como se acaba de comentar, del concepto de *gatekeeper*, que engloba a todas aquellas empresas que ostenten una posición afianzada y que se mantenga así a lo largo del tiempo en los mercados digitales. El Reglamento incide en aquellas plataformas que actúan como intermediarias imprescindibles entre empresas y usuarios, pues se afecta directamente al acceso de otros competidores y a la competencia en sí misma. Por ende, para que pueda enmarcarse una empresa en el concepto de *gatekeeper*, deben concurrir simultáneamente los siguientes requisitos, tal y como establece el artículo 3(1) DMA:

- (i) “*Ostentar una posición económica relevante a escala de la Unión, la cual se presume si la cifra de volumen de negocios anual supera 7.500 millones de euros durante los últimos tres ejercicios, o una capitalización en bolsa de 75.000*

¿PUEDEN LAS SANCIONES IMPUESTAS POR LA UE CAMBIAR LAS PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS DE LAS BIG TECH?

millones de euros, siempre que se presten servicios en, como mínimo, tres Estados miembros.

(ii) Operar en uno o varios servicios básicos de la plataforma que sean puntos de acceso clave para usuarios, lo que se presume si se superan los 45 millones de usuarios activos al mes.

(iii) La posición debe ser afianzada y que la misma se mantenga a lo largo del tiempo, de tal forma que se presume si se mantienen los umbrales durante tres años consecutivos.”

Consiguientemente, el ámbito de aplicación del DMA se corresponde a los servicios básicos de la plataforma y se encuentra recogido en el artículo segundo, de forma que se enumera una lista de plataformas sobre las que es aplicable el reglamento. Ejemplos de plataformas donde sí se aplica el DMA son las de intermediación en línea – como es el caso de Amazon –, motores de búsqueda – como, por ejemplo, Google –, redes sociales, servicios de intercambio de vídeos o, asistentes virtuales.

De igual manera, el DMA introduce un procedimiento de notificación obligatoria a la Comisión Europea, que tiene como resultado una resolución formal que determina si la empresa es designada finalmente como *gatekeeper* o no. La designación de empresas puede hacerse mediante dos vías complementarias entre sí, de forma que la primera vía es objetiva, basada en presunciones *iuris tantum* que se han fundado bajo umbrales cuantitativos como dispone el artículo 3(2), las cuales pueden ser desvirtuadas si se prueba que no concurren los requisitos mencionados anteriormente del artículo 3(1). Por otro lado, la segunda vía atiende a criterios cualitativos o discrecionales, por lo que se habilita a la Comisión para que califique de *gatekeeper* a empresas que no cumplan con los umbrales cuantitativos, siempre que se acredite su poder e influencia de intermediación, así como su posición consolidada o afianzada.

Cabe remarcar que estas dos vías complementarias se alejan bastante de lo establecido por el artículo 102 TFUE en cuanto al nivel de intervención pública, puesto que, bajo esta regulación, aparentemente no es necesario demostrar abuso ni efectos negativos concretos en el mercado para poder imponer una sanción. Es así puesto que la mera condición de *gatekeeper* lleva aparejada un conjunto de restricciones por sí mismas de obligado cumplimiento (Cañas O., 2023) que la norma presume que limitan la disputabilidad en estos mercados.

De la misma manera, otra diferencia respecto a la normativa del Derecho de la competencia tradicional, especialmente a la hora de aplicar el artículo 102 TFUE, reside en el hecho de que no delimita los mercados relevantes conforme se hacía previamente, sino que únicamente se limita a demarcar el servicio específico que presta sin tener en cuenta criterios de sustituibilidad, como sí que prevén tanto el TFUE como la LDC. En

otras palabras, el elemento clave para poder individualizar un servicio básico de la plataforma es el “propósito por el cual el servicio es usado” (CPI, 2022).

b. Mecanismos de supervisión y sanción

Una vez la empresa ha sido calificada como *gatekeeper*, el Reglamento impone una serie de obligaciones imperativas, las cuales se disponen en los artículos 5, 6 y 7.

En primer lugar, el artículo 5 establece obligaciones que no requieren que la Comisión las especifique adicionalmente, como sería el caso de la prohibición de combinar datos personales entre diferentes servicios sin el consentimiento de los usuarios, imponer cláusulas de nación más favorecida, o algunos supuestos de *self-preferencing*. A continuación, es en virtud de los artículos 6 y 7 que la Comisión puede imponer obligaciones de manera detallada en un procedimiento especial, como sería el caso de proporcionar a anunciantes información sobre el desempeño de su contenido (Cañas, 2022).

Por ende, el cumplimiento de tales obligaciones debe ser notificado a la Comisión, tal y como establece el artículo 8(1), de forma que la empresa debe presentar un informe conforme está realmente cumpliendo con las obligaciones en un plazo de seis meses desde que se calificó como *gatekeeper*, así como debe continuar informando cada año. De este modo, las obligaciones deberán ser incorporadas en el programa de *compliance* específico de la empresa (Cañas, 2022). Por ende, se cumple con el espíritu del Reglamento, pues se garantiza una vigilancia continua a través de sistemas dispuestos en el artículo 28 y, además, se fomenta el cumplimiento de los requisitos del DMA a nivel de *compliance* de cada empresa.

Asimismo, en el caso de incumplimiento de tales obligaciones, el artículo 30 faculta a la Comisión para imponer sanciones de hasta un 10% del volumen de la cifra de negocio mundial, además de la posibilidad de aplicar medidas estructurales, como las previstas en su artículo 18 o sanciones coercitivas para forzar el cumplimiento de la empresa que esté cometiendo la infracción. Igualmente, el artículo 30(2) prevé multas hasta de un 20% del volumen neto mundial, por lo que el tratamiento de la reincidencia prevista en el DMA es mucho más severo.

No obstante, si bien el DMA tienen un carácter innovador, han sido muchos los críticos respecto a este Reglamento, como es el caso del Dr. Jenny (2021) que pone el foco de atención en que las estrategias no son coherentes y que los mecanismos que se prevén no son suficientes y, además imprecisos. De este modo, también se ha señalado, como es el caso de Prince y Sokol (2025), un punto especialmente controvertido, el cual versa sobre el hecho de que no se requiere probar los efectos anticompetitivos de la conducta para que pueda ser sancionada, sino que se considera ilícito el simple hecho de no cumplir con

¿PUEDEN LAS SANCIONES IMPUESTAS POR LA UE CAMBIAR LAS PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS DE LAS BIG TECH?

las obligaciones impuestas por el Reglamento. De hecho, tampoco se admiten justificaciones, como sí se prevén tanto en el TFUE como en la LDC, basadas en la eficiencia. Cabe remarcar, sin embargo, que esto no supone la completa eliminación del análisis económico de cada conducta en la aplicación del DMA, puesto que las controversias que hayan podido surgir inicialmente, teniendo en cuenta su recién entrada en vigor, se verán resueltas caso por caso.

c. Primeras actuaciones bajo el DMA: los casos de Apple y META

El 25 de mayo de 2024 marcó un punto de inflexión en la implementación del nuevo Reglamento, puesto que la Comisión inició investigaciones en virtud de esta nueva normativa por posibles incumplimientos del DMA por parte de Apple y META.

i. El caso de Apple

La Comisión calificó, en este caso bajo la aplicación del DMA, a Apple como *gatekeeper* en servicios de intermediación mediante la App Store ya que la empresa había impuesto restricciones no justificadas tanto a desarrolladores como a consumidores, de modo que se limitaban ofertas alternativas fuera del ecosistema de iOS. Como consecuencia, la Comisión determinó que dichas restricciones no respondían a ninguna situación de necesidad y tampoco eran proporcionales, por lo que determinó su eliminación (*véase Decisión de la Comisión Europea DMA. 100109*) y consiguiente sanción de 500 millones de euros.

ii. El caso de META

Por otro lado, en el caso de META, la Comisión sancionó a la empresa por el uso del modelo “*Consent or Pay*” en los servicios de publicidad online, el cual determinó que no cumplía con las obligaciones dispuestas en el DMA. Es así ya que este sistema obligaba a los usuarios a elegir entre consentir el uso de sus datos personales para publicidad personalizada o bien pagar por un servicio sin anuncios. Por ende, la Comisión estableció que META no ofrecía ninguna alternativa que resultase equivalente ni respetaba el libre consentimiento de los usuarios, lo que es una vulneración clara de las obligaciones del Reglamento (*véase la Decisión de la Comisión Europea DMA. 100055*).

Para la determinación del importe de la sanción, la Comisión se basó en que la infracción se extendió a toda la Unión al mismo tiempo que afectaba a más de 45 millones de personas teniendo en consideración la dimensión de la empresa en sí, así como buscaba tener un efecto desalentador tanto para META como para otros *gatekeepers* para evitar futuras infracciones; por lo que la sanción ascendió a 200 millones de euros (*véanse párrafos 333 a 338 de la Decisión de la Comisión Europea DMA. 100055*).

iii. Implicaciones de las primeras actuaciones

Aunque el DMA permita imponer sanciones de hasta un 10% del volumen de la cifra de negocio, lo cierto es que las sanciones han sido significativamente más bajas, pese a que pueden aumentar si además se impusieran sanciones coercitivas en el caso de que Apple o META no cumplieran con las Decisiones de la Comisión.

Además, cabe mencionar que estas Decisiones marcan el inicio de un nuevo marco regulador en la Unión, así que son las primeras en velar por el cumplimiento del DMA y enviar un mensaje claro para las empresas de forma que actúen con equidad en el mercado respetando lo impuesto por el DMA.

d. El principio de non bis in ídem y límites a la acumulación de sanciones

Uno de los grandes retos que plantea la entrada en vigor del DMA está relacionado con la posible vulneración del principio *non bis in ídem*, el cual dispone la prohibición de sancionar dos veces por los mismos hechos o conducta. Este principio resulta de gran relevancia, puesto que coexisten dos sistemas sancionadores diferentes, siendo el artículo 102 TFUE y el DMA. Como se ha mencionado anteriormente, la aplicación del DMA no es incompatible con la aplicación de otras normas de competencia, ya sean europeas o de los Estados miembros, pero debe tenerse en cuenta que su aplicación puede ser incompatible al principio del non bis in ídem, el cual se encuentra en el artículo 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE), si bien previsto para conductas criminales, el TJUE ha establecido (*véase STJUE de 22 de marzo de 2022*) que puede ser aplicable igualmente en cuanto a sanciones administrativas por prácticas anticompetitivas.

De esta forma, cada país podrá establecer determinadas restricciones a los derechos de la CDF y, por lo tanto, disponer de nuevas sanciones por un mismo hecho o conducta ya sancionado por la normativa de la Unión (Andreangeli, 2022), siempre que (i) estén establecidas en la ley, (ii) no afecten a la esencia del derecho que se pretende proteger, (iii) cumplan con un test de proporcionalidad – basado en la necesidad de la sanción, que se persigan objetivos de interés general o la necesidad de proteger los derechos y libertades de las personas.

Por ende, existe una posibilidad real de que una misma conducta específica de una plataforma que haya sido calificada como *gatekeeper* pueda ser a la vez una infracción de las obligaciones dispuestas por el DMA e igualmente un abuso de posición dominante del artículo 102 TFUE (Andreangeli, 2022). En estos casos, si la Comisión sancionase basándose en el DMA, mientras que una autoridad de competencia de un Estado miembro lo hiciera en virtud de sus propias normas de competencia, como la LDC en el caso de

¿PUEDEN LAS SANCIONES IMPUESTAS POR LA UE CAMBIAR LAS PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS DE LAS BIG TECH?

España, se corre el riesgo de sancionar dos veces por la misma conducta. Como consecuencia, se vulneraría el principio del *non bis in idem* si las sanciones no fuesen por conductas o infracciones que puedan diferenciarse entre sí o si no pudiera justificarse el test de proporcionalidad que dispone el Reglamento.

En este sentido, aunque sea posible que ambas regulaciones coexistan, debe haber una coordinación por parte de la Comisión y de las autoridades de competencia de los Estados miembros en cuanto a la aplicación de las sanciones para evitar la doble imposición de sanciones por la misma conducta, de forma que el régimen sancionador sea eficaz sin vulnerar derechos fundamentales reconocidos en el CDFUE.

5. Conclusiones

Del análisis que se ha hecho, tanto de la normativa vigente haciendo énfasis en el DMA como de casos emblemáticos, se desprende que, aunque las sanciones impuestas por la Unión, tanto el marco del artículo 102 TFUE como el DMA, son un paso firme hacia la defensa de la competencia y del mercado en sí, su efectividad es limitada en el caso de no ir de la mano de reformas estructurales. Es así puesto que la magnitud de las Big Tech y de su modelo de negocio hacen que puedan hacer frente a las sanciones sin modificar de forma sustancial sus prácticas comerciales.

Además, puede verse en los casos analizados, bien en el de Google Shopping como el de Amazon Sellers, que las conductas de *self-preferencing* o exclusión pueden reconfigurarse, pero no implica que se erradiquen si la regulación se basase únicamente en el control ex-post. Es así puesto que, es la combinación de un control ex-ante y ex-post lo que permite anticipar y responder de forma efectiva a las conductas, independientemente de la forma que revistan, que puedan adoptar las Big Tech, especialmente teniendo en cuenta que se trata de un entorno digital en constante transformación.

Por ende, la entrada en vigor del DMA se constituye como un paso adelante hacia un mercado que promueva la competencia al contener obligaciones más definidas y cuyo ámbito de aplicación se limita únicamente a las plataformas enmarcadas como *gatekeepers*. Por lo tanto, la Comisión puede declarar con mayor facilidad el incumplimiento de tales obligaciones, pues no debe definir el mercado relevante ni demostrar los efectos negativos de la conducta para poderla calificar como una infracción, lo que igualmente facilita la imposición de sanciones. Además, el hecho de que el DMA disponga de un listado de obligaciones concretas aplicable sólo a determinadas empresas convierte al Reglamento en una herramienta más eficaz en cuanto a la prevención, pues permite actuar antes de que se haya producido la conducta y, por ende, el daño.

No obstante, una transformación del modelo de negocio de las grandes plataformas parece poco probable sin que se dote de un sistema regulatorio global de forma coherente. En este sentido, es necesaria la cooperación entre las principales potencias, como Estados Unidos, China y la UE, para poder conseguir que se transforme el modelo de negocio de las Big Tech, pues no sería posible de esta forma trasladar sus conductas a otros sistemas más laxos, ya que se tendría un sistema de colaboración.

En definitiva, las sanciones de la Unión por sí mismas no son suficientes para frenar de forma sostenible a lo largo del tiempo las prácticas anticompetitivas de las Big Tech, ya que es necesario tanto una combinación de medidas ex-ante y ex-post, como la cooperación y adaptación internacional, no solo a nivel europeo, del Derecho de la Competencia.

6. Bibliografía

- Andreangeli, A. (2022). The Digital Markets Act and the enforcement of EU competition law: Some implications for the application of Articles 101 and 102 TFEU in digital markets. *European Competition Law Review*, 43(11). <https://uk.westlaw.com/Document/I72830F00450811ED8A0C84EBFC03863E/View/FullText.html>
- Cañas O., S. (2023, 4 enero). *La Digital Markets Act y su acople al derecho de competencia europeo*. <https://centrocompetencia.com/digital-markets-act-y-su-acople-al-derecho-de-competencia-europeo/>
- García Gestoso, Y. (2022). *Big Tech y Derecho de la Competencia*. Universidad de Salamanca. https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/152077/TFG_GarGes_Y_big%20tech.pdf?sequence=1
- Guggenberger, N. (2021). The Essential Facilities Doctrine in the Digital Economy: Dispelling Persistent Myths. *Yale Journal Of Law & Technology*, 23. <https://doi.org/10.2139/SSRN.3802559>
- Hernández Turiel, V. (2020, 15 diciembre). *Prácticas Colusorias y Concierto de Precios: nociones básicas*. Administrativando Abogados. <https://administrativando.es/practicas-colusorias/>
- Ibáñez Colomo, P. (2020). Anticompetitive Effects in EU Competition Law. *Journal Of Competition Law & Economics*. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3599407>
- Isla, A. Z. (2021). *Gigantes tecnológicos, distribución online y Derecho de la Competencia*. Dialnet. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=922835>
- Jenny, F. (2021). Competition Law Enforcement and Regulation for Digital Platforms and Ecosystems: Understanding the Issues, Facing the Challenges and Moving Forward. *ESSEC Business School*. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3857507
- Konstantin, J., & Luis Ortiz, B. (2022, 25 enero). *Part I Antitrust Rules (Articles 101 and 102 TFEU), I The Institutional Framework*. [semanticscholar.org. https://www.semanticscholar.org/paper/Part-I-Antitrust-Rules-\(Articles-101-and-102-TFEU\)%2C-Ortiz-Konstantin/85f4551b0b1a8b2288b1423ec3b0a0fb587453d1?utm_source=conensus](https://www.semanticscholar.org/paper/Part-I-Antitrust-Rules-(Articles-101-and-102-TFEU)%2C-Ortiz-Konstantin/85f4551b0b1a8b2288b1423ec3b0a0fb587453d1?utm_source=conensus)

¿PUEDEN LAS SANCIONES IMPUESTAS POR LA UE CAMBIAR LAS PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS DE LAS BIG TECH?

- Martín, A., Merino, C., & García-Verdugo, J. (2021). Determinantes de la capacidad de disuasión de las sanciones de competencia en España (2015-2019). En *CNMC*. [https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/CNMC/DocumentosReferencia/Capacidad%20de%20disuasión%20\(25052021\).pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/CNMC/DocumentosReferencia/Capacidad%20de%20disuasión%20(25052021).pdf)
- Prince, J., & Sokol, D. D. (2025). Antitrust Economics of Digital Platforms. *Cambridge University Press Handbook On Digital Platforms, USC CLASS Research Paper No. 2506*. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=5081743
- Schaadt-Wambach, J. (2021). Abuse of Dominant Position in the Online World with Special Emphasis to the Definition of Relevant Markets: The Example of Google. *Charles University In Prague Faculty Of Law Research Paper, 2021/I/4*. <https://doi.org/10.2139/SSRN.3795383>