Evolución de los expedientes sancionadores en materia de abuso de posición dominante desde la perspectiva española y comunitaria

Autores[50]:

Carolina Fernández Bustillo, IE Law School

Francisco Juan Ripoll Vázquez, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)

Francisco de Paula Roig Guerrero, Técnico Comercial y Economista del Estado, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)

Resumen:

El artículo analiza la evolución de la prohibición del abuso de posición dominante desde sus orígenes formalistas hasta el enfoque basado en los efectos. Examina la convergencia entre el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia. El trabajo presta atención al resurgimiento de los abusos explotativos, el impacto de las plataformas digitales y las tendencias de futuro, incluidas la propuesta de nuevas directrices europeas y la regulación *ex ante*.

Palabras clave:

Política de competencia, abuso de posición de dominio, remedios, abusos de exclusión, abusos explotativos, mercados digitales, directrices.

Códigos JEL:

K21, K23, K42, L41, N44

[50] Las opiniones expresadas en el artículo pertenecen a los autores y no representan necesariamente la posición de la institución de la que forman parte.

1. Introducción

La prohibición del abuso de posición dominante constituye uno de los ejes estructurales del derecho de la competencia de la Unión Europea (en adelante, UE) y del proceso de construcción del mercado interior.

Desde su formulación originaria en el Tratado de Roma hasta su actual consagración en el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la UE (en adelante, TFUE)[51], esta figura ha sido objeto de una intensa labor de concreción. Dicha labor se ha desarrollado fundamentalmente a través de la práctica decisoria y la jurisprudencia, que han definido progresivamente sus elementos esenciales. También su aplicación ha experimentado una evolución significativa, desde un enfoque inicial de carácter predominantemente formalista, centrado en la protección de la estructura del mercado, hacia un modelo más atento al análisis de los efectos anticompetitivos de las conductas. Esta evolución se ha reflejado también en el derecho español de la competencia, cuyo artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) reproduce sustancialmente el precepto europeo y ha sido interpretado de forma convergente por las autoridades administrativas y los tribunales.

En el contexto actual, marcado por la creciente relevancia de los mercados digitales y por el resurgimiento de los abusos explotativos, se plantean nuevos retos en términos de aplicación, diseño de remedios y articulación con instrumentos regulatorios *ex ante*, que motivan el presente análisis sistemático de su evolución, estado actual y perspectivas de futuro.

2. La evolución de la prohibición del abuso de posición dominante en el derecho de la Unión Europea y su proyección en el ordenamiento español

El derecho moderno de la competencia surge a finales del siglo XIX en Canadá y Estados Unidos con la adopción, respectivamente, de la *Act for the Prevention and Suppression of Combinations formed in restraint of Trade* (1889) y de la *Sherman Act* (1890), concebidas como instrumentos para permitir la intervención pública frente a la excesiva concentración de poder económico en manos de grandes *trusts* que dominaban sectores estratégicos de la economía. Este origen histórico refleja un profundo recelo hacia las grandes concentraciones empresariales. En Europa, hasta la adopción del Tratado de Roma en 1957 y la creación de la Comunidad Económica Europea (CEE), solo Alemania disponía de un sistema consolidado de defensa de la competencia[52].

El Tratado de Roma en su texto original, artículo 86, prohibió el abuso de la posición de dominio que pudiera afectar al comercio entre los Estados miembros, llevando a la práctica uno de los objetivos de la entonces CEE: el establecimiento de un régimen que asegurara

[51] Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la UE y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa, el 13 de diciembre de 2007, DO C 306 de 17.12.2007, p. 1-127.

[52] BENEYTO PÉREZ, J.M, TRONCOSO FERRER, M. Objeto, evolución y perspectiva del derecho de la Competencia, en BENEYTO PÉREZ, J.M.-MAILLO GONZÁLEZ ORÚS, J. (drs.), *Tratado de derecho de la Competencia*, Tomo I, 2ª edición, Bosch-Wolters Kluwer, Barcelona, 2017, p. 37. Los autores de Tratados se inspiraron no solo en la legislación alemana sino también en la Ordenanza de precios francesa nº 45-1483 de 30 de junio de 1945 y en el artículo 66 del Tratado CECA.

que la competencia no sería falseada en el mercado, tal y como aparecía definido en su artículo 3(f)[53].

El TFUE ha cambiado la numeración del artículo 86 del Tratado de Roma, luego artículo 82, por el actual artículo 102 del TFUE, sin cambiar su texto. A su vez, el texto original del artículo 3 (f) del Tratado de Roma, ha sido sustituido por el Protocolo 27 TFUE cuya redacción es similar.

A diferencia del sistema de defensa de la competencia en los Estados Unidos[54], cuyos objetivos estaban únicamente ligados al funcionamiento de un mercado existente, la defensa de la competencia en la UE ha supuesto uno de los elementos vertebradores del proceso de integración europea desde sus orígenes. La construcción del mercado común no se concibió únicamente como un proyecto de eliminación de barreras estatales a la libre circulación de bienes, servicios y capitales, sino como la instauración de un espacio económico en el que la actividad empresarial se desarrollara bajo condiciones de competencia efectiva[55].

Desde esta perspectiva, la prohibición del abuso de posición dominante ocupa un lugar central en el sistema europeo de defensa de la competencia. El derecho de la UE no prohíbe la posición dominante como tal, sino únicamente su explotación abusiva[56]. Esta opción normativa refleja, desde el Tratado de Roma, una concepción dinámica del mercado, en la que la obtención de poder económico puede ser el resultado legítimo de procesos competitivos eficientes, pero en la que dicho poder debe ejercerse dentro de límites que preserven el proceso competitivo y eviten la exclusión injustificada de otros operadores.

La aplicación inicial del artículo 102 del TFUE: formalismo y mercado interior

El artículo 102 del TFUE declara incompatible con el mercado interior la explotación abusiva, por una o varias empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros. La norma enumera, de manera meramente ejemplificativa, diversas prácticas que pueden constituir abuso, tales como la imposición de precios u otras condiciones no equitativas, la limitación de la producción o del desarrollo técnico, la aplicación de condiciones

[53] El texto del artículo 3 (f) del Tratado de Roma expresaba literalmente: «*l'établissement d'un régimen assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun*». En el mismo sentido se pronunció el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia, véase la Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-La Roche, Asunto 85/76, EU:C:1979:36, apartado 29, y la Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1983, Michelin I, Asunto C-322/81, EU:C:1983:313, apartado 29.

[54] HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L., Una introducción a la Ley 16/1989 de defensa de la competencia: la tradición norteamericana y el contexto comunitario, *Ekonomiaz. Revista Vasca de Economía*, nº. 21. Política de competencia y competitividad, p. 20.

[55] JEBSEN, P., STEVENS, R., Assumptions, Goals and Dominant Undertakings: The Regulation of Competition under article 86 of the European Union, *Antitrust Law Journal*, vol. 64, nº3, 1996, p. 449-50.

[56] AKMAN, P., Searching for the Long-Lost Soul of Article 102 TFEU, *Oxford Journal of European Competition Law & Practice*, vol.11, nº4, 2020, p. 267-303. Según Akman la propuesta de prohibición de la creación o mantenimiento de monopolios o posiciones de dominio defendida por los negociadores franceses del Tratado de Roma fue expresamente rechazada.

discriminatorias o la imposición de prestaciones suplementarias no relacionadas con el objeto del contrato.

La técnica legislativa empleada es deliberadamente abierta. El Tratado no define ni el concepto de posición dominante ni el de abuso, ni establece un catálogo cerrado de conductas prohibidas. Esta indeterminación normativa ha permitido que el contenido de la prohibición se construya de forma progresiva a través de la práctica decisoria y, sobre todo, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE[57] (en adelante TJUE)[58]. El resultado es una categoría jurídica flexible, capaz de adaptarse a la evolución de los mercados y a la aparición de nuevas formas de organización empresarial, pero que plantea, al mismo tiempo, desafíos significativos en términos de seguridad jurídica.

Durante las primeras décadas de aplicación del Tratado, la prohibición del abuso de posición dominante fue interpretada y aplicada desde un enfoque predominantemente formalista. Ello fue probablemente consecuencia de la influencia de la Escuela Ordoliberal,[59] que se manifestó tanto en parte de los redactores del Tratado de Roma como en los primeros responsables de la aplicación de sus normas de competencia. Esta escuela de pensamiento estaba especialmente preocupada por garantizar una estructura competitiva del mercado y el acceso al mismo. El análisis, por tanto, siguiendo los postulados de esta corriente de pensamiento, se centraba en la identificación de una posición dominante y en la calificación de determinadas conductas como abusivas por su propia naturaleza, sin un examen sistemático de sus efectos económicos concretos.

En este período, la protección de la estructura del mercado ocupó un lugar preeminente. Desde muy temprano, tal y como puso de manifiesto la Decisión de la Comisión Europea (en adelante CE) en el asunto *Continental Can*[60], el énfasis recayó en la preservación de las condiciones de competencia abiertas y no discriminatorias, concibiendo la posición dominante como una situación de independencia respecto de competidores y clientes, y el abuso como el uso de esa independencia para alterar las reglas del juego competitivo.

La consecuencia directa de ostentar una posición de dominio suponía que la empresa estaba sujeta a una «especial responsabilidad»[61]. Esta responsabilidad especial fue definida por

[57] FONT GALAN, J.I., *La libre competencia en la Comunidad Europea*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1986, pág. 40.

[58] Nos referiremos genéricamente a los Tribunales de Justicia de la UE presentes y pasados como TJUE.

[59] KORAH, V., An introductory Guide to the EC Competition Law and Practice, 8ª edición Hart Publishing, Oxford, 2004, p. 92:

[60] Decisión de la CE, de 9 de diciembre de 1971, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 86 del Tratado CEE, V/26.811- *Continental Can Company*, 72/21/CEE, DO L, 7, 8.1.1972 (en adelante, Decisión *Continental Can*), págs. 25-39. En el punto II. B.3. de la Decisión, la CE definió la posición de dominio como aquella que permitía actuar a la empresa *con independencia* de sus competidores, proveedores y clientes. Si bien el Tribunal de Justicia anuló la Decisión de la CE por una deficiente definición del mercado relevante, no discutió los demás aspectos, entre los que se encontraba la definición de la posición de dominio (Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, *Continental Can*, Asunto 6/72, EU:C:1973:22)

[61] AHLBORN, C., PADILLA, J., From Fairness to Welfare: Implications for the Assessment of Unilateral Conduct under EC Competition Law, en EHLERMANN, C.-D. – MARQUIS, M. (eds.), European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2008. Como explican estos autores, el

primera vez en la sentencia *Michelin I*[62]. El TJUE confirmó que, si bien la posición dominante no merecía ningún reproche legal, las empresas que disfrutaban de esa posición tenían una «especial responsabilidad» de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva.

Aunque en un primer momento algunos autores como Joliet, claramente influido por la concepción francesa de cómo el Estado debía ordenar la economía, defendieron[63] que las conductas prohibidas por el artículo 86 del Tratado se circunscribían únicamente a los llamados abusos de explotación (los que afectaban a proveedores o clientes) y no los de exclusión (los que afectaban a los competidores y por lo tanto a la estructura del mercado), el TJUE dejó claro desde su *Sentencia Continental Can* y posteriormente en su *Sentencia Hoffman-La Roche*[64]„ que el Tratado prohibía también aquellas conductas que afectaban a la estructura del mercado[65]. Por lo tanto, con independencia de cuál pudiera haber sido la intención de los redactores del Tratado de Roma, las conductas abusivas de las empresas dominantes pueden clasificarse en dos grandes categorías abusos de explotación o abusos de exclusión[66]..

La *Sentencia Hoffman-La Roche* definió el abuso como aquella conducta de una empresa en posición dominante que cumplía dos condiciones. Por un lado, que la conducta obstaculice la competencia y por otro, que se lleve a cabo por medios diferentes a los que rigen una competencia normal, es decir, una conducta que se aparte de la llamada «competencia normal» o «competencia basada en los méritos».

Como veremos más adelante, esta definición de abuso ha sufrido vaivenes a lo largo de los años posteriores a la *Sentencia Hoffman-La Roche*, en los que se puso más énfasis en el análisis de cómo la conducta obstaculizaba la competencia, en particular, en sus efectos anticompetitivos sobre el bienestar del consumidor o sobre aquellos competidores tan eficientes como la empresa en posición de dominio o sobre aquellos que, sin ser tan eficientes, ejercían una presión competitiva necesaria. Sin embargo, en los últimos años el TJUE ha vuelto a subrayar, de forma expresa, la necesidad de analizar si la conducta supone una «competencia basada en los méritos».[67]

principio de que las empresas en posición de dominio están sujetas a una responsabilidad especial fue adoptado como consecuencia de la influencia del pensamiento de la escuela ordoliberal.

[62] Sentencia *Michelin I*, apartado 57.

[63] JOLIET, R., Monopolization and Abuse of Dominant Position. A Comparative Study of the American and European Approaches to the Control of Economic Power, Collection Scientifique de la Faculté de Droit de l'Université de Liège, núm. 31, Martinus Nijhoff, La Haye,1970, p. 329.

[64] Sentencia *Hoffmann-La Roche*, apartado 91.

[65] ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., La introducción del análisis económico en la prohibición del abuso de una posición de dominio, en BERENGUER FUSTER, L., GINER PARREÑO, C. A., ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., *La nueva legislación española ante la evolución del derecho de la Competencia*, Fundación Rafael del Pino –Marcial Pons, Madrid, 2010. p.174-185.

[66] BAILEY, D. A., JOHN, L. E. (eds.), *Bellamy & Child: European Union Law of Competition*, 8.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2018, apartado 10.072.

[67] Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de mayo de 2022, *Servizio Elettrico Nazionale* (SEN) y otros, Asunto C377/20, EU:C:2022:379, apartado 103. Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de enero de 2023, *Unilever*, Asunto C-680/20, EU:C:2023:33, apartado 39, señalando los apartados 69,71, 75 y 76 de la Sentencia *SEN* y jurisprudencia citada. Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2023, *European Superleague*

El nuevo enfoque basado en el análisis de los efectos

Durante las primeras décadas de aplicación de la prohibición del abuso de posición de dominio, las decisiones de la CE y las sentencias del TJUE permitieron desarrollar conceptos jurídicos como el mercado relevante[68], la posición dominante[69], la especial responsabilidad[70] o el abuso[71] como un cuerpo de categorías y principios generales. Sin embargo, esta actividad tampoco estuvo exenta de críticas[72] por su falta de coherencia metodológica que dificultaba la distinción entre estrategias legítimas de competencia, a veces agresivas, y prácticas anticompetitivas.

Como hemos visto, en su origen, las normas de competencia tanto en Estados Unidos como en el Tratado de Roma se asentaban, con diferentes matices, sobre la premisa de que el bien jurídico a proteger era la estructura competitiva del mercado. En Estados Unidos, como explican Waelbroek y Frignani[73], durante décadas y por influencia de la llamada Escuela de Harvard, se puso el foco en la lucha contra aquellas conductas que provocaban una concentración en el mercado. De la misma forma, la prohibición de abuso de posición de dominio incluida en el Tratado de Roma en Europa por influencia de la Escuela Ordoliberal[74] se concebía como una forma de proteger la estructura competitiva del mercado.

Sin embargo, en la década de los 70 del siglo pasado, la influencia, en Estados Unidos, del pensamiento de la Escuela de Chicago[75], supuso un giro hacía la creciente utilización de herramientas de análisis económico. Este enfoque trasladó conceptos económicos como el poder de mercado, las presiones competitivas, las barreras de entrada, los efectos de exclusión, etc., al análisis de las conductas prohibidas por el derecho de la competencia. Esta corriente de pensamiento defendía que el verdadero propósito de las normas de competencia debía ser proteger el bienestar del consumidor, por lo que defendía que el Estado debía abstenerse de intervenir si una conducta era buena para el consumidor.

A partir de la década de los ochenta, y con mayor intensidad a finales del siglo XX, se produjo una progresiva reorientación de la forma de aplicar el derecho de la competencia también en la UE. Por un lado, se adoptó un nuevo enfoque basado en los efectos y, por otro, se empezó

Company, Asunto C333/21, EU:C:2023:1011, apartado 129 y jurisprudencia citada. Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de septiembre de 2024, *Google Shopping*, Asunto C-48/22 P, EU:C:2024:726, apartados 165- 167.

[68] Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, *Continental Can*, Asunto 6/72, EU:C:1973:22, apartados 29-35.

[69] Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978, *United Brands*, Asunto 27/76, EU:C:1978:22.

[70] Sentencia *Michelin I*, apartado 57.

[71] Además de la Sentencia Hoffman La Roche ya citada, Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de junio de 1991, *AKZO Chemie BV c. CE,* Asunto C-62/86, EU:C:1991:286, apartado 69 y Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 7 de octubre de 1999, *Irish Sugar*, Asunto T 228/97, EU: T:1999:246, apartado 111

[72] KORAH, V., Concept of a dominant position within the meaning of Article 86, *Common Market Law Review*, vol. 17, 1980, p. 395-414. IBÁÑEZ COLOMO, P., *The New EU Competition Law*, Bloomsbury Publishing, Oxford, 2023, p.46-47.

[73] WAELBROECK, M., FRIGNANI, A., *Derecho Europeo de la Competencia*, Bosch, Barcelona, 1998, p. 794.

[74] BEHRENS, P., The ordoliberal concept of "Abuse" of a dominant position and its impact on Article 102 TFEU, en DI PORTO, F., PODSZUN, R. (eds.), *Abusive Practices in Competition Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018, p. 5-25.

[75] BORK, R., The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself, Basic Books, New York, 1978.

a cuestionar la idoneidad de un análisis estrictamente formalista en la aplicación del artículo 102 del TFUE. Es lo que algunos autores han llamado el «Consenso de Bruselas»[76].

Este aparente consenso quedó reflejado, ya de forma inequívoca, en el año 2005 con la publicación del llamado *Discussión Paper*[77] y la publicación en el año 2008 de las llamadas «Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión Europea en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes», en adelante las Orientaciones[78].

La adopción de las Orientaciones por parte de la CE supuso un hito en la evolución de la interpretación del artículo 102 del TFUE. Estas Orientaciones explicitaron las prioridades de control en relación con determinadas conductas de exclusión y manifestaron de forma expresa la preferencia por un enfoque basado en los efectos y en la teoría del daño, así como las herramientas de análisis económico a utilizar. Aunque carente del valor normativo vinculante propio de las Directrices, cuya forma no adoptaron debido a la falta de consenso dentro de la propia CE[79], este documento influyó de manera decisiva en la práctica administrativa y en la cultura jurídica del derecho de la competencia europeo.

El análisis basado en los efectos introdujo una lógica de ponderación. La conducta de una empresa dominante debía evaluarse atendiendo al contexto del mercado, a las barreras de entrada, a la estructura de costes, a la duración y alcance de la práctica y a la existencia de posibles eficiencias que puedan justificarla. Este enfoque, junto con la utilización de herramientas de análisis económico, incrementó la complejidad del análisis y la carga probatoria que debían realizar las autoridades de competencia[80].

Tampoco la recepción jurisprudencial de este enfoque fue lineal[81]. El TJUE ha alternado aproximaciones más económicas con análisis de corte estructural, en función de las características del caso y del tipo de conducta examinada. Esta oscilación ha reflejado la dificultad de conciliar la flexibilidad del análisis económico con la necesidad de mantener criterios jurídicos estables y previsibles.

En los últimos años, se ha intensificado, especialmente en los Estados Unidos[82], pero también en la UE, el debate sobre la función del derecho de la competencia y los bienes que, junto a su dimensión económica, pretende proteger[83]. Esto ha sido así, entre otras razones, por la dificultad para aplicar las herramientas propuestas en las Orientaciones a la nueva economía

[76] AHLBORN, C., PADILLA, J., ob. cit., p. 55-100.

[77] DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Bruselas, diciembre 2005.

[78] Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión Europea en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, DO CE 24.2.2009 C45 7-20.

[79] JONES, A., SUFRIN, B., DUNNE, N., *EU Competition Law*, 7.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 298.

[80] PADILLA, J., Whither Article 102 TFEU: A Comment on Akman and Crane, *Antitrust Law Journal*, nº. 81-1, 2016, p. 223-224.

[81] Sentencia de 6 de octubre de 2015, *Post Danmark II*, Asunto C-23/14, EU:C:2015:651, apartado 52.

[82] La llamada "escuela neobrandesiana" agrupa a aquellos que defienden una visión expansiva del derecho de la competencia. KHAN, L. M., Amazon's Antitrust Paradox, *Yale Law Journal*, nº. 126, 2016, p. 710–805. WU, T., *The Curse of Bigness: How Corporate Giants Came to Rule the World*, Atlantic Books, Londres, 2020.

[83] CALVO CARAVACA, A. L., *Derecho Antitrust Europeo*, Tomo I, Colex, Madrid, 2009, p. 56.

digital[84], y la constatación de una mayor tendencia de estos nuevos mercados a la concentración[85].

Las posiciones doctrinales han oscilado entre quienes defienden la primacía del bienestar del consumidor y quienes abogan por la protección del proceso competitivo o de la estructura del mercado. En realidad, la evolución del derecho de la UE muestra una concepción integradora que combina ambos enfoques[86]. La competencia se protege como proceso, en la medida en que constituye el mecanismo que genera resultados eficientes en términos de precios, calidad, innovación y variedad. Al mismo tiempo, la intervención del derecho de la competencia se justifica, en última instancia, por sus efectos beneficiosos para los consumidores y para el funcionamiento del mercado en su conjunto. Esta síntesis permite explicar por qué determinadas conductas pueden ser sancionadas aun cuando sus efectos inmediatos sobre los precios no sean evidentes, si ponen en riesgo la presión competitiva a medio y largo plazo.

La recepción del modelo europeo en el derecho español

La Ley 110/1963[87] de represión de prácticas restrictivas de la competencia, constituyó el primer intento sistemático de introducir una disciplina de competencia en España. En ella ya podemos encontrar una prohibición de prácticas abusivas de empresas en posición de dominio. Sin embargo, su aplicación fue escasa, dado que en aquel momento la economía española estaba organizada en torno a sectores regulados, concesiones administrativas y empresas públicas o semipúblicas, lo que reducía notablemente el espacio para una competencia efectiva y para la aplicación sustantiva de las normas de competencia.

En este primer estadio, el concepto de abuso de posición dominante se concebía de manera amplia, abarcando tanto conductas de explotación como excluyentes. No obstante, la falta de una cultura de competencia, la debilidad institucional de los órganos encargados de su aplicación y la prevalencia de objetivos de política económica distintos de la competencia provocaron que la prohibición tuviera un carácter más declarativo que operativo.

---

[84] EZRACHI, A., EU Competition Law Goals and the Digital Economy, *Oxford Legal Studies Research Paper*, nº. 17/2018, junio de 2018.

[85] CAFFARRA, C., "Consumer Welfare is Dead": What Do We Do Instead? A Perspective from Europe, *Promarket*, 27 de abril de 2023.

[86] VESTAGER, M., Article 102: The Beating Heart of Antitrust in the EU, discurso ante el *Global Competition Law Center*, College of Europe, 1 de marzo de 2024. "*Even in theory, the consumer welfare standard does not imply a narrow focus on price. Rather, Article 102 ensures that consumers in the EU get a fair deal out of the competitive process. Yes, the focus of enforcement is on consumers. But this is a very wide goal. From a legal perspective, the Court of Justice has held that Article 102 ensures well-being in the EU by preventing distortions to competition that harm the public interest. As a result, one ensures "well-being in the EU" by tackling all sorts of anticompetitive effects, may they impact price, choice, diversity, quality or innovation. We tackle these effects by preventing harm to the competitive process*".

[87] Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia, *Boletín Oficial del Estado* 175, de 23 de julio de 1963. Sobre los orígenes del derecho de defensa de la competencia en España véase GARRIGUES, J., *La defensa de la competencia mercantil: cuatro conferencias sobre la Ley española de 20 de julio de 1963 contra prácticas restrictivas de la competencia*, Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1964.

La Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia[88] alineó nuestro derecho interno al comunitario tras nuestra entrada en la CEE en el año 1986[89]. En su exposición de motivos se destacó que los objetivos de la ley perseguían la protección del «ejercicio de la libertad de empresa», «proteger la competencia frente a todo ataque contrario al interés público», el «interés público» o los «intereses generales». El derecho español de la competencia ha subrayado tradicionalmente que la intervención sancionadora se justifica cuando la conducta abusiva afecta de manera relevante al interés general, entendido como el correcto funcionamiento del mercado y la protección de sus reglas básicas. Este enfoque ha permitido en el pasado delimitar el ámbito propio del derecho de la competencia frente a otros sectores del ordenamiento, como el derecho de la competencia desleal o el derecho de protección de los consumidores.

En el año 2007 se aprobó la actual Ley de Defensa de la Competencia 15/2007[90], (en adelante, LDC), parcialmente modificada en el año 2013 para crear la actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC). La norma fue de nuevo modificada, respectivamente, en 2017 y 2021 para incorporar lo previsto en las llamadas Directivas de Daños[91] y ECN+[92].

Por su parte, el Reglamento 1/2003 descentralizó la aplicación de las normas de competencia del TFUE, permitiendo a las autoridades de competencia y tribunales nacionales aplicar el artículo 102 del TFUE siempre respetando el principio de primacía del derecho de la UE y de interpretación conforme. Si bien el artículo 3.2. del Reglamento 1/2003 impuso una obligación de convergencia de los derechos nacionales y el derecho de la UE en relación con las conductas prohibidas por el artículo 101 del TFUE, permitió, de forma expresa, que los Estados miembros adoptaran en sus territorios, medidas más estrictas en relación con con-

[88] Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, *Boletín Oficial del Estado*, 170, de 18 de julio de 1989.

[89] ALONSO SOTO, R., Las recientes modificaciones de la Ley de Defensa de la Competencia. La necesidad de la reforma y las principales novedades, en BENEYTO PÉREZ, J. M. (dir.), MAILLO GONZÁLEZ-ORTÚS, J. (coord.), *El Nuevo Derecho Comunitario y Español de la Competencia*, Bosch, Barcelona, 2002, p. 289-303.

[90] Para una visión de la Ley véase BERENGUER FUSTER, L., El nuevo sistema español de defensa de la competencia, en RUIZ PERIS, J. I. (dir.), *La nueva Ley de Defensa de la Competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 9-27 p. 14-15 «En los años 90 se inició un proceso de modernización de la normativa comunitaria que tenía como base fundar el análisis económico y el refuerzo del análisis de los efectos de las conductas sobre el mercado para perseguirlas en función de éstos y no tanto por la declaración de voluntad o a través de un análisis juridicista de si se cumplía o no un determinado precepto». BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO A., BERCOVITZ ÁLVAREZ, R., BARRIO PÉREZ, A., *Apuntes de Derecho Mercantil. Derecho Mercantil, Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial*, 22.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2021 p. 281-285.

[91] Directiva (UE) 2014/104 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del derecho nacional, por infracciones del derecho de la competencia de los Estados miembros y de la UE, transpuesta al derecho español por el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la UE en los ámbitos financieros, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores, BOE-A-2017-5855.

[92] Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior, transpuesta al derecho español por el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la UE en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores, BOE núm. 101 de 28/04/2021.

ductas unilaterales. Esta excepción ha permitido que la LDC prohíba conductas unilaterales de empresas que, aun no estando en posición dominante, suponen actos de competencia desleal que falsean la libre competencia y afectan al interés público (artículo 3 de la LDC).

En todo caso podemos afirmar que el derecho español de la competencia ha evolucionado de forma convergente al derecho de la UE, en relación con la prohibición del abuso de posición de dominio.

La LDC reprodujo, en su artículo 2, casi en su totalidad el artículo 102 del TFUE. En él se prohíbe la explotación abusiva de una posición dominante, sin prohibirla, en todo o en parte del mercado nacional y enumera, de forma no exhaustiva, un listado de conductas que pueden ser consideradas abusos y que son prácticamente idénticas a las que aparecen en el artículo 102 del TFUE.

Además, la práctica de la autoridad nacional de competencia y la jurisprudencia de los tribunales españoles han mostrado una clara tendencia a interpretar el artículo 2 LDC de forma convergente con el artículo 102 del TFUE, aplicando los criterios desarrollados por el TJUE.

Los tribunales españoles, en su mayoría, y especialmente la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, cuando revisan las decisiones de la CNMC y las Sentencias de órganos inferiores, aplican con soltura la jurisprudencia del TJUE que interpreta el artículo 102 del TFUE no solo a la aplicación de este sino también al artículo 2 de la LDC sin hacer distinción[93].

Sin perjuicio de lo anterior, merece la pena advertir algunas peculiaridades en la evolución de la aplicación del artículo 2 de la LDC.

Ya desde finales de los años noventa, el extinto Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia se esforzaron por aplicar el artículo 2 de la LDC recurriendo a un análisis sustancialmente basado en los efectos y en consideraciones económicas, anticipándose al cambio que trajeron las Orientaciones. En resoluciones como *Bacardí*[94], *Telefónica/Airtel*[95], *Planes Claros*[96] o *Telefónica/Internautas*[97], entre otras, el Tribunal de Defensa de la Competencia no se limitó a una calificación formal de la conducta, sino que examinó su capacidad real o potencial de exclusión, la estructura del mercado, las barreras de entrada, la dependencia de operadores aguas abajo y los incentivos económicos del operador dominante, especialmente en mercados en proceso de liberalización. Este enfoque funcional y orientado al daño competitivo, aun sin la sofisticación metodológica posterior, revela que el derecho español de la competencia desarrolló tempranamente una aplicación de

[93] Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2003 (rec. 4495/1998) (Fundamento de Derecho Séptimo): «Por fin, dada la similitud existente entre el artículo 82 (antiguo artículo 86) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y aquel artículo 6, que transcribe casi literalmente la norma de antiabuso comunitaria al derecho de Defensa de la Competencia español, cabe tomar en consideración la doctrina comunitaria sobre el abuso de posición de dominio como instrumento auxiliar para la interpretación de nuestro derecho interno (así lo entendió, también, el Tribunal de Defensa de la Competencia en su resolución de 2 de febrero de 1992, asunto A 36/92, Talleres Muñoz)».

[94] Resolución del TDC de 30 de septiembre de 1999, Expediente 362/99, Bacardi.

[95] Resolución del TDC de 26 de febrero de 1999, Expediente 413/97 Airtel/Telefonica.

[96] Resolución del TDC de 8 de marzo de 2000, Expediente 456/99, Planes Claros.

[97] Resolución del TDC de 29 de abril de 2002, Expediente 518/01 Internautas/Telefónica.

la prohibición del abuso de posición dominante atenta a los efectos económicos y al funcionamiento efectivo del mercado, integrada en una lógica propia de orden público económico.

Esta asimilación del enfoque económico convivió con una atención particular a la afectación del interés público como elemento delimitador del ilícito. El Tribunal de Defensa de la Competencia formuló de manera paradigmática esta posición en la resolución *Tabacalera/McLane*[98] en la que se subrayó el carácter público e indisponible de las normas de competencia y su función como límite a la libertad de empresa.

Por último, el derecho español de la competencia ha prestado una especial atención a los llamados abusos explotativos, a diferencia de su escasa presencia en la aplicación del artículo 102 del TFUE. Citando a Gutiérrez Carrizo, el porcentaje de casos por abuso explotativo que ha tramitado la autoridad nacional de competencia resulta relativamente elevado. En el período que va del año 1993 al año 2000 se han identificado 146 asuntos en los que se discutía un abuso de posición de dominio de los cuales, «46 pueden ser identificados con un tipo de abuso de naturaleza explotativa (fundamentalmente precios excesivos o discriminación de precios a consumidores, clientes o usuarios)»[99].

3. Los expedientes sancionadores por abuso de posición de dominio en la actualidad y tendencias de futuro

Una vez trazada una sucinta panorámica de la evolución de la aplicación en España y la UE de la prohibición del abuso de posición dominante, es ahora el turno de analizar el estado actual de aplicación de dicha figura y cuáles son las tendencias que cabe atisbar a futuro.

Una primera aproximación a las resoluciones sancionadoras que dictan actualmente las autoridades de competencia revela que estas han ganado notablemente en longitud y complejidad del análisis realizado con respecto a lo que acontecía en el pasado (especialmente, en relación con lo observado, por ejemplo, en la fecha de publicación del primer Anuario de defensa de la competencia, en 1996): lo que anteriormente se solventaba con un texto corto, sin que apenas se reflejara el análisis económico que, en su caso, pudiera haberse hecho, ha pasado a presentar una mayor sofisticación y profundidad. Como resultado, las autoridades públicas han pasado a detallar más detenidamente en sus resoluciones los efectos sobre la competencia de las prácticas objeto de reproche, impelidas por el control más estrecho que los tribunales, especialmente de la UE, han venido realizando del fondo de las resoluciones.[100]

---

[98] Resolución del TDC de 24 de abril de 2002, Expediente 486/00 McLane/Tabacalera.

[99] GUTIERREZ CARRIZO, I., «Un repaso a la historia y al futuro del abuso de posición de dominio en España», pendiente de publicación.

[100] Así, por ejemplo, el TJUE ha señalado que, en el ámbito del artículo 102 del TFUE, las autoridades de competencia están obligadas a responder a los argumentos presentados por las partes investigadas a la hora de mostrar que una práctica no tiene capacidad para restringir la competencia, conforme a lo recogido en la Sentencia del TJUE de 6 de septiembre de 2017, Intel v. Comisión Europea, C413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632, párrafos 138 y 139:

"138 Sin embargo, conviene precisar esta jurisprudencia para el supuesto de que la empresa de que se trate mantenga durante el procedimiento administrativo, aportando pruebas al respecto, que su conducta no tuvo la

La práctica reciente muestra, además, que las autoridades de competencia están aplicando la figura del abuso de posición dominante de forma más intensa. A fecha de redacción del presente artículo (enero de 2026), la CNMC tenía incoados 15 expedientes sancionadores por conductas restrictivas de la competencia, 8 de los cuales por abuso de posición dominante.[101] Esta situación contrasta poderosamente con la que se producía en el pasado, cuando los expedientes incoados bajo el artículo 1 de la LDC (y su equivalente en el TFUE) dominaban claramente la actividad de nuestra autoridad nacional. Como se señalaba, este vuelco estadístico en la naturaleza de los expedientes sancionadores abiertos no es solo predicable de España, sino también, en mayor o menor medida, de otros países de nuestro entorno, así como de la CE.

Aunque existen diversos factores que han influido en este cambio de tendencia (como la caída observada en las solicitudes de exención del pago de la multa por prácticas cartelizadoras), no cabe duda de que, en la revitalización de la figura del abuso, ha jugado un papel destacado el creciente peso que han pasado a jugar en nuestras economías las plataformas digitales y la necesidad de analizar los efectos de las prácticas empresariales de estas, a menudo novedosas, en la salud de la competencia en el mercado.[102]

El resurgir de los abusos explotativos de una posición de dominio

Relacionado con este mayor papel de las plataformas digitales en la economía, cabe observar un mayor protagonismo de los abusos de posición dominante de carácter explotativo en los expedientes abiertos por la CE y las autoridades de competencia nacionales de la UE, a diferencia del papel residual que, salvo en España, jugaban en el pasado y en el que se priorizaba combatir aquellos abusos cuyos efectos buscaban excluir a los competidores de un determinado mercado ("abusos exclusionarios") por el notable impacto de estos en la estructura competitiva. Este repunte en la persecución de los denominados "abusos explotativos" se ha visto acompañado de una nueva sensibilidad de las autoridades de competencia por los efectos redistributivos y de bienestar del consumidor, especialmente en mercados digitales y sectores regulados.

---

capacidad de restringir la competencia ni, en particular, de producir los efectos de expulsión del mercado que se le imputan.

139 En tal supuesto, la Comisión no sólo está obligada a analizar, por una parte, la importancia de la posición dominante de esa empresa en el mercado de referencia y, por otra, el porcentaje del mercado cubierto por la práctica criticada y las condiciones y las modalidades de concesión de los descuentos de que se trata, su duración y su importe, sino que también está obligada a apreciar la eventual existencia de una estrategia destinada a expulsar del mercado a competidores al menos igualmente eficaces (véase, por analogía, la sentencia de 27 de marzo de 2012, Post Danmark, C209/10, EU:C:2012:172, apartado 29)."

[101] De acuerdo con la información pública disponible en el siguiente enlace de la CNMC

https://www.cnmc.es/buscador?f%5B0%5D=ambito_de_actuacion%3A8&f%5B1%5D=procedimiento%3A37&-f%5B2%5D=type%3Aexpediente&f%5B%5D=estado_del_expediente%3A1400

[102] Este mayor peso de las plataformas digitales en la economía se debe a su papel cada vez más importante en la contratación de bienes y servicios. A ello se suma que, por las propias características del modelo de negocio de las plataformas (economías de red, economías de escala), los mercados donde se encuentran presentes las plataformas tienen una tendencia natural a la concentración (LEVIN, 2013).

Cabe recordar que los abusos explotativos son aquellos en los que la conducta no implica necesariamente la expulsión de los rivales o el incremento de sus barreras de entrada, sino que se caracterizan por ser abusos de poder susceptibles de causar un perjuicio inmediato o directo a los consumidores[103] o socios comerciales, mediante, por ejemplo, la imposición de precios de compra, de venta u otras condiciones contractuales no equitativas.[104]

Más concretamente, un análisis detenido de los expedientes recientes en materia de abuso de posición dominante revela que este mayor protagonismo del abuso explotativo se debe, en buena medida, al modelo de negocio imperante en las plataformas digitales, en el que la explotación de los datos de los usuarios y las distintas condiciones contractuales impuestas a usuarios comerciales y finales elevan el riesgo de que se genere un daño directo a los usuarios de uno o ambos lados.[105] A diferencia de los consumidores finales de las plataformas, que gozan de la protección otorgada por la legislación de protección del consumidor, las empresas usuarias de los servicios provistos por estas plataformas, a menudo pymes, no gozan de dicha protección a la hora de luchar contra los desequilibrios que puedan establecer las plataformas dominantes a su favor en dicha relación comercial. En este sentido, cabe señalar que la aplicación del reglamento P2B[106], dirigido precisamente a la protección de estos usuarios profesionales, no ha sido relevante en la práctica.

Este último punto pone de manifiesto que, frente a los expedientes pretéritos en materia de abuso explotativo, que se centraban casi por entero en la existencia de precios excesivos, la nueva oleada de expedientes en materia de abuso explotativo ha pasado a centrarse principalmente en la imposición de condiciones comerciales no equitativas, ya sea bajo el artículo 102 (a) del TFUE, ya sea bajo el artículo 2.2 (a) de la LDC.

Este ha sido ciertamente el caso de la práctica reciente de la CE, quien en su decisión en el caso AT.40437 – *Apple – App Store Practices (music streaming)* establece, además, un test en tres pasos basado en la jurisprudencia comunitaria que señala los requisitos que ha de reunir una condición comercial para constituir un abuso de posición dominante (párrafos 528 y 529):

- tratarse de una condición impuesta por un operador dominante a sus socios comerciales;[107]
- resultar desfavorable a los intereses del socio comercial o de terceros;[108] y
- no ser necesaria para alcanzar un objetivo legítimo o no proporcionada en tanto va más allá de lo estrictamente necesario.[109]

[103] Sentencia de 30 de septiembre de 2003 en el Asunto T-191/98 EU:T:2003:245, apartado 1124.
[104] Artículos 102.a) del TFUE y 2.2.a) de la LDC.
[105] Charles River Associates, 2025, 06:40.
[106] Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativo al fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea (*Platform-to-Business Regulation, P2B*), DOUE L 186, de 11 de julio de 2019, pp. 57-79.
[107] Sentencias del Tribunal de Justicia de 21 de marzo de 1974 en el Asunto C-127/73, EU:C:1974:25, apartado 15, y de 23 de septiembre de 1986 en el Asunto C247/86, EU:1988:469, apartado 10.
[108] Sentencias del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978 en el Asunto C-27/76, EU:C:1978:22, apartados 156 a 159, y de 11 de abril de 1989 en el Asunto C-66/86, EU:C:1989:140, apartados 42 y 46.
[109] Sentencias del Tribunal de Justicia de 21 de marzo de 1974 en el Asunto C-127/73, EU:C:1974:25, apartado 11, y del Tribunal General de 22 de noviembre de 2001 en el Asunto T-139/98, EU: T:2001:272, apartado 79.

En España cabe observar un ejemplo reciente de esta tendencia en la resolución de la CNMC en el expediente sancionador S/0005/21 BOOKING, donde una de las infracciones por abuso de posición dominante sancionadas fue de carácter explotativo, con una multa de 206.620.000 de euros, señal de la gravedad que la CNMC concedió a este tipo de prácticas en el mercado.[110]

Nuevas formas de remediar las situaciones anticompetitivas

En el ámbito del derecho de la competencia, las medidas correctivas o remedios pueden ser restricciones que imponen las autoridades de competencia o compromisos que asumen las empresas como medio para corregir un perjuicio a la competencia o resolver los problemas de competencia detectados para lograr una restauración efectiva de la competencia.[111] La habilitación legal de la CE y de la CNMC para imponer estas medidas en el marco de los procedimientos sancionadores por abusos de posición de dominio se regula en los artículos 7.1 del Reglamento 1/2003 y 52.2 de la Ley 53.2 de la Ley 15/2007, respectivamente. Por otro lado, la posibilidad de que estos mismos organismos conviertan los compromisos propuestos por las empresas en obligatorios, finalizando con el procedimiento sancionador, se regula en los artículos 9.1 del Reglamento 1/2003 y 52 de la Ley 15/2007.

Tradicionalmente, las decisiones en las que estas autoridades han impuesto los remedios a las empresas sancionadas se han limitado a ordenar la cesación de las conductas prohibidas (*cease and desist*), mientras que las decisiones de compromisos con un control de proporcionalidad menos estricto que las decisiones de remedios[112] y más recientes en cuanto a su existencia[113] se suelen caracterizar por un diseño más complejo o sofisticado. No obstante, estas órdenes de cesación han evolucionado desde su concepción estática primigenia hacia prohibiciones más amplias que abarcan también aquellas conductas equivalentes a la conducta sancionada, ya sea por su objeto o por su efecto (*like-object-or-effect orders*). Dotando de un mayor dinamismo a estas órdenes de cese se busca prevenir que la empresa sancionada eluda la aplicación del remedio impuesto evitando así su efectivad, por lo que

[110] Más recientemente, la CNMC ha incoado expediente sancionador contra Apple (expediente S/0005/24) por la imposición de posibles condiciones comerciales inequitativas a los desarrolladores que utilizan las tiendas de aplicaciones del grupo Apple (Apple App Store) para distribuir aplicaciones a los usuarios de productos de dicha empresa.

[111] De acuerdo con la definición del término "*Remedies (antitrust)*" del Diccionario de derecho de Competencia de la revista Concurrences; HALPERIN, Michal; Remedies; Competition Law Dictionary; Concurrences; Art. N° 12302.

[112] Sentencias de 29 de junio de 2010, Comisión/Alrosa, C-441/07 P, EU:C:2010:377, apartado 41 y de 9 de diciembre de 2020, Group Canal +/Commission, C-132/19, ECLI:EU:C:2020:1007, apartado 105.

[113] Las decisiones formales de compromisos no se introdujeron en el derecho de la competencia de la UE hasta la entrada en vigor del Reglamento 1/2003, cuyos efectos comenzaron el 1 de mayo de 2004, siendo la primera decisión que aplicó su artículo 9 a una investigación por abuso de posición de dominio la Decisión de la Comisión de 22 de junio de 2005 en el Asunto COMP/A.39.116/B2 - Coca-Cola. Por su parte, estas decisiones ya se encontraban previstas en el derecho de la competencia español desde la entrada en vigor el 29 de marzo del 2000 de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que precedió a la vigente Ley 15/2007, siendo la primera decisión que aplicó las terminaciones convencionales de su artículo 36 bis a una investigación por abuso de posición de dominio el Acuerdo de Terminación Convencional de 27 de noviembre de 2003 en el Expediente 2398/02 DAMA/SGAE.

esta práctica parece haberse instaurado como el remedio tipo por excelencia ante la creciente complejidad de los modelos de negocio y mercados en los que intervienen actualmente las autoridades de competencia.

No obstante, a pesar de estas innovaciones, un reciente informe de la CE en el que se evaluaba la implementación y efectividad de remedios en la UE[114] ha puesto de manifiesto la falta de efectividad de muchos de estos remedios cuando se imponen en entornos complejos como los de los mercados digitales. El análisis del informe confirma que los remedios puramente conductuales han sido los menos propensos a resultar plenamente efectivos por debilidades en su diseño, como la ambigüedad de ciertas obligaciones, la insuficiente comprobación de su cumplimiento y efectos o la incapacidad para disuadir de la reincidencia por la persistencia de incentivos a continuar con la infracción.

Entre las conclusiones de dicho informe se señalaba que la experiencia reciente y la evidencia acumulada apuntan a que una de las claves para aumentar la eficacia de los remedios conductuales en abusos de posición de dominio pasa por repensar el proceso de remedios como una fase diferenciada y más colaborativa, una vez acreditada la infracción. Para ello, el estudio recomienda, entre otras medidas, separar la decisión de infracción y la de remedios en casos complejos; medida que ya ha comenzado a implementar la CE. De hecho, desde su Dirección General de Competencia se ha señalado recientemente la voluntad de intensificar la interacción con las empresas tras la determinación de responsabilidad, separando con mayor frecuencia las etapas de imputación de responsabilidad y establecimiento de remedios para diseñar soluciones que se adapten mejor a las concretas distorsiones de la competencia detectadas.[115]

El informe también recomienda establecer obligaciones "de hacer" claras y auditables cuando el mero cese de la conducta no sea suficiente para restablecer las condiciones competitivas del mercado afectado. Asimismo, incide en la importancia de la colaboración con el mercado mediante la consulta pública de las propuestas de remedios para que las partes interesadas y otros operadores del mercado puedan opinar sobre su efectividad. Estas medidas buscan contribuir a aumentar la calidad del diseño de los remedios, su legitimidad y la probabilidad de su eficacia *ex post*.

En definitiva, el futuro de la aplicación de remedios en los expedientes sancionadores por infracción de los artículos 102 del TFUE o 2 de la LDC pasa por aumentar su efectividad mediante la incorporación de mejoras en su proceso de diseño y de verificación. El caso de *Google Adtech*[116] de la CE es un buen ejemplo de esta nueva práctica que parece estar llamada a consolidarse en el futuro.

[114] Comisión Europea, 2025.

[115] Charles River Associates, 2025, 01:05:00.

[116] Caso AT.40670 *Google - Adtech and Data-related practices* en cuya decisión de fecha 5 de septiembre de 2025 se concluyó que Google ha abusado de su posición de dominio desde 2014 en el mercado del Espacio Económico Europeo (EEE) de herramientas de compra programática de anuncios para la web abierta y en el mercado del EEE de servidores publicitarios para editores imponiéndole una multa y ordenando el cese efectivo de las prácticas controvertidas. No obstante, esta decisión no llega a concretar los remedios específicos para abordar los conflictos de interés detectados por la CE a lo largo de la cadena de servicios de intermediación

Propuestas de reforma

Como resultado del creciente protagonismo del abuso de posición dominante en la actividad de las autoridades de competencia de la UE, la CE ha considerado necesario mejorar la previsibilidad y administrabilidad de su aplicación mediante la propuesta de una directrices sobre el abuso de exclusión, que están llamadas a sustituir las actuales orientaciones sobre prioridades.[117] Esta iniciativa se lanzó el 27 de marzo de 2023[118] y, en el marco de la misma, se llevó a cabo una consulta pública sobre un borrador de dicha propuesta de directrices[119], estando prevista la adopción del texto definitivo hacia mediados de 2026.

Estas futuras directrices suponen un ejercicio más ambicioso y útil que las actuales orientaciones por diversos motivos. En primer lugar, las directrices destacan por su objetivo, dado que, mientras que las actuales orientaciones limitan su papel, como su nombre indica, a orientar sobre cuáles son las prioridades de la CE a la hora de realizar investigaciones por abuso de exclusión (y, al hilo de ello, proporcionan el marco analítico seguido por la CE para determinar si una determinada conducta constituye abuso de exclusión), las directrices persiguen exponer cómo se debe aplicar la legislación en materia de abuso a la luz de la práctica decisional y la jurisprudencia.

Como consecuencia de su objetivo y tema cubierto, la extensión de uno y otro documento es muy dispar: mientras que el borrador de directrices alcanza una extensión de 60 páginas, las actuales orientaciones 21 páginas aproximadamente, señal de que las nuevas directrices tratan de ofrecer un ejercicio de transparencia al administrado más completo.

Además, las directrices tienen la ventaja de incorporar la última jurisprudencia, ya que desde 2009 (fecha en la que se publicaron las orientaciones) se han producido novedades relevantes en el ámbito jurisprudencial que hacen más que aconsejable su recopilación en un documento que sirva de orientación al público en general (y a las autoridades de competencia y tribunales nacionales, en particular) en su labor de aplicación del artículo 102 del TFUE.

En este sentido, cabe destacar que las futuras directrices contendrán una explicación muy útil en relación con los dos principales elementos que se emplean para acreditar que una conducta empresarial constituye una infracción de abuso de exclusión bajo el artículo 102 del TFUE: (i) cuando considerar que una conducta no constituye competencia basada en los méritos y (ii) cómo valorar que una conducta tiene capacidad de producir efectos de exclusión.

---

de tecnología publicitaria, sino que difiere esta cuestión a una decisión posterior para evaluar las medidas propuestas por Google al efecto y los comentarios de los operadores del mercado.

[117] Estas directrices no resultan solamente útiles en materia de abuso de exclusión, sino que también arrojan luz sobre cómo debe llevarse a cabo el análisis de la existencia de posición dominante, tanto individual como colectiva.

[118] La iniciativa se lanzó formalmente recabando la opinión de terceros de acuerdo con lo recogido en el siguiente enlace https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13796-Guidelines-on-exclusionary-abuses-of-dominance_es

[119] El texto de este borrador se puede consultar en el siguiente enlace https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2024-article-102-guidelines_en

Además de este marco general para establecer que una conducta constituye un abuso de exclusión, el borrador de directrices también recoge unos tests y presunciones que la jurisprudencia habría ido fijando para acreditar la existencia de tipos concretos de abuso de posición dominante (como podría ser el caso de la negativa de suministro), tests y presunciones que sustituirían, en dichos tipos concretos de abuso, al ejercicio general de dos pasos empleado para mostrar que una conducta constituye un abuso de exclusión (i.e., ausencia de competencia basada en los méritos y capacidad de producir efectos de exclusión).

Si bien esta iniciativa ha sido acogida en general de forma positiva, la forma en que la CE ha plasmado este ejercicio ha sido objeto de crítica en la fase de consulta pública por diversos motivos. Así, por ejemplo, se ha argumentado que la CE ha realizado una recopilación parcial de decisiones y jurisprudencia en el borrador y se ha esgrimido que las presunciones sobre conductas que deben ser consideradas abusos no se encontrarían plenamente respaldadas por la jurisprudencia. Habrá que aguardar, por tanto, al texto definitivo (todavía no aprobado en el momento de redacción del presente artículo) para comprobar cómo la CE ha conjugado todas las opiniones de las voces autorizadas que se han pronunciado al respecto.

Junto con estas futuras directrices, la CE se encuentra también considerando la posibilidad de revisar el actual Reglamento 1/2003, lo cual también tendrá un efecto notable en la aplicación del artículo 102 del TFUE tanto por la propia CE como por las autoridades nacionales de competencia, si bien a fecha de redacción del presente artículo (enero de 2026) la CE todavía no ha presentado un borrador de reforma.[120] En particular, dicha reforma influirá a nivel procedimental en cómo las autoridades investigan las infracciones de los artículos 101 y 102 del TFUE.

Una de las preocupaciones que han surgido a raíz del ejercicio de evaluación del desempeño del Reglamento 1/2003 en los últimos 20 años es la prolongada duración de las investigaciones por parte de la CE, no sujeta a plazos, lo cual resta efectividad a la eventual decisión adoptada a la hora de restaurar la competencia en el mercado, al hacer los cambios introducidos por la práctica sancionada más difíciles de deshacer.

Otra de las cuestiones que la CE ha señalado que podría ser objeto de reforma en el Reglamento 1/2003 sería la adopción de medidas cautelares por parte de la CE, con el fin de aligerar los requisitos que debe cumplir la CE para poder adoptarlas, a diferencia de la pron-

[120] Este ejercicio de reflexión de la CE sobre la necesidad de reformar el Reglamento 1/2003 se produce tras haber llevado a cabo una evaluación de dicho reglamento, para analizar si dicho reglamento continuaba siendo adecuado tras 20 años de aplicación, evaluación que se inició en marzo de 2022. Fruto de esta evaluación, en septiembre de 2024, la CE publicó un documento de trabajo que recogía las conclusiones de dicha evaluación, disponible en https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13431-EU-antitrust-procedural-rules-evaluation_en

Con posterioridad, ha tenido lugar una consulta pública sobre las opciones de reforma del Reglamento 1/2003, que finalizó el 25 de octubre de 2025 y cuyos resultados se pueden consultar en https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust-and-cartels/legislation/regulation-12003_en

titud con que las pueden adoptar Estados Miembros como España, Francia e Italia.[121][122] Cabe resaltar que la adopción de medidas cautelares tiene una importancia nada desdeñable en los procedimientos por infracción del artículo 102 del TFUE, dado que permite impedir que se produzcan daños irreversibles en la estructura del mercado mientras se investiga la conducta, lo cual ha cobrado una renovada importancia en mercados dinámicos como los digitales.

La interrelación entre la regulación y el derecho de la competencia

Finalmente, este ejercicio de análisis del estado de situación de la figura del abuso no sería completo sin hacer referencia a la reciente irrupción en el seno de la UE de normas destinadas a regular la actividad de las plataformas digitales.

Como se ha apuntado anteriormente, la última década ha precipitado un cambio de paradigma en la aplicación del derecho de la competencia en algunos sectores, pero especialmente en el sector de los mercados digitales. Junto al derecho de la competencia, la UE ha desplegado el Reglamento de Mercados Digitales o *Digital Markets Act* (en adelante, el "DMA")[123]: un instrumento *ex ante* que se dirige a las prácticas de un número limitado de empresas previamente designadas por ejercer una influencia significativa en la esfera digital (los "guardianes de acceso") respecto de determinados servicios básicos de plataforma (actualmente, los servicios de intermediación en línea —como los mercados en línea o las tiendas de aplicaciones—, los motores de búsqueda en línea, los servicios de redes sociales en línea, los servicios de plataforma de intercambio de vídeos, los servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración, los sistemas operativos, los asistentes virtuales, los navegadores web, los servicios de computación en la nube y los servicios de publicidad en línea).

Ese giro no ha desplazado la vía tradicional de la aplicación del artículo 102 del TFUE (y su equivalente nacional: el artículo 2 de la LDC), sino que la ha complementado. El nuevo sistema legal permite que la CE aborde ahora de forma preventiva patrones de conducta concretos, mientras todas las autoridades de competencia mantienen la capacidad de perseguir abusos de exclusión y explotación caso por caso. Para ello, los considerandos 10 y 11 del DMA establecen la complementariedad con el derecho de la competencia como uno de los principios inspiradores de esta regulación. También confirman que pueden existir conductas que sean a la vez infracciones del derecho de la competencia y del DMA, pudiendo aplicarse indistintamente ambos instrumentos para atajarlas.

Como el derecho de la competencia sigue siendo de aplicación a los mercados digitales, incluyendo a los guardianes de acceso y en relación con servicios básicos de plataforma y

[121] De acuerdo con las siguientes declaraciones recogidas en el siguiente artículo https://content.mlex.com/#/content/1708404/italy-brazil-s-speedy-whatsapp-interventions-highlight-limits-of-eu-rules-top-enforcer-says

[122] Un ejemplo de esta adopción de medidas cautelares se dio en el caso abierto por la autoridad italiana de competencia contra Meta por su decisión de integrar su asistente de inteligencia artificial en el servicio de mensajería Whatsapp e impedir la utilización en él de asistentes de IA de terceros.

[123] Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828.

conductas afectadas por el DMA, un guardián de acceso podría infringir con la misma conducta tanto el DMA como el derecho de la competencia. Esto es así debido a que ambos instrumentos pueden ser aplicables sin que surjan problemas de *bis in idem*, puesto que el interés legal o bien jurídico protegido de ambos instrumentos difiere[124]: mientras que la política de competencia protege la competencia no falseada en el mercado (en cualquier mercado a nivel general), el DMA persigue garantizar que los mercados digitales donde haya guardianes de acceso sean y sigan siendo disputables y equitativos, independientemente de los efectos, contribuyendo así al correcto funcionamiento del mercado interior.

En cualquier caso, la aplicación práctica de esta dualidad normativa está demostrando que las autoridades europeas de competencia están coordinándose para operar de forma coherente con el fin de evitar solapamientos sancionadores y de asegurar el establecimiento de remedios compatibles y eficaces. Por ello, este amplio abanico de instrumentos legales augura un futuro de estrecha cooperación entre las autoridades nacionales de competencia y la CE para asegurar una utilización eficiente de las herramientas disponibles y la reducción de las cargas administrativas que su cumplimiento implica para las empresas.

De hecho, como muestra de la complementariedad de ambos instrumentos, a finales de 2024 la CE ha decidido iniciar la investigación de determinadas conductas por la vía del artículo 102 del TFUE en lugar del DMA a pesar de que estas tendrían relación con los servicios básicos de plataforma para las que las empresas investigadas han sido designadas guardianes de acceso. [125]

Por otro lado, el DMA no es aplicable a otros contextos de los mercados digitales como los siguientes: (i) empresas que no han sido designadas como guardianes de acceso; (ii) guardianes de acceso que ofrecen servicios distintos de los definidos como servicios básicos de plataformas por el DMA o servicios para los que no han sido designados como tales; y (iii) guardianes de acceso que proporcionan servicios básicos de plataformas para los que han sido designados, pero llevan a cabo conductas que no están incluidas entres las obligaciones y prohibiciones del DMA. Por lo tanto, incluso tras la plena efectividad del DMA, la continuidad de la aplicación de las normas que prohíben el abuso de una posición de dominio en el sector digital tanto por la CE como por las autoridades nacionales de competencia está garantizada en el futuro.

4. Conclusiones

La panorámica trazada a lo largo de este artículo muestra cómo la figura del abuso de posición dominante goza actualmente de buena salud tanto en nuestro ordenamiento jurídico como en el comunitario. Además, desde la publicación del primer Anuario de Defensa de la Competencia, la figura ha experimentado una notable evolución, habiendo ganado en sofisticación de análisis por parte de las autoridades de competencia.

[124] Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de marzo de 2022 en el Asunto C-117/20, ECLI:EU:C:2022:202, apartado 49.

[125] Casos AT.41034 contra Meta Platforms, Inc. y AT.40983 contra Alphabet Inc y Google LLC.

Como se ha argumentado previamente, en ese renovado ímpetu ha jugado un papel destacado la irrupción de las plataformas digitales en la economía y los particulares desafíos que ello plantea desde el punto de vista de la política de competencia. Por ello, quizá no resulte del todo exagerado sostener que los desafíos que plantea el creciente peso de las plataformas digitales en nuestras economías están dando lugar, a nivel sustantivo, a la mayor revolución en el moderno derecho de la Competencia desde su nacimiento a finales del siglo XIX, cuando se trató de dar respuesta a los problemas que planteaban los monopolios que controlaban la economía de Estados Unidos por aquel entonces. Estos desafíos conectan, además, de una forma un tanto poética, con las viejas preocupaciones que inquietaron a los economistas ordoliberales en torno a los peligros que encierra la concentración del poder económico.

En este sentido, la adopción del DMA por la UE, más que una erosión del papel de la política de competencia ha supuesto un complemento necesario para que los poderes públicos puedan abordar de modo eficaz los problemas que plantea el gran poder de mercado de estas grandes plataformas digitales. Mientras que la política de competencia ha permitido atajar problemas concretos planteados por la actividad de estas plataformas, el DMA, como toda regulación, permitirá abordar de forma más ágil, mediante un control *ex ante*, problemas generales que la experiencia ha mostrado que están presentes en la actividad de estas plataformas.

A la vista de la evolución experimentada por los expedientes sancionadores en materia de abuso de posición dominante descritos en el presente artículo, puede augurarse una consolidación y extensión de las tendencias actualmente en fase de implementación y desarrollo. En este escenario de mayor sofisticación y complejidad en la aplicación de la prohibición y los remedios de estas conductas, la coordinación y cooperación internacional e interinstitucional se perfila como un factor clave para el éxito de las políticas de competencia en la UE.

Bibliografía

AHLBORN, C., PADILLA, J., From Fairness to Welfare: Implications for the Assessment of Unilateral Conduct under EC Competition Law, en EHLERMANN, C.-D. – MARQUIS, M. (eds.), *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2008.

AKMAN, P., *Searching for the Long-Lost Soul of Article 102 TFEU*, *Oxford Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 11, nº 4, 2020.

ALONSO SOTO, R., Las recientes modificaciones de la Ley de Defensa de la Competencia. La necesidad de la reforma y las principales novedades, en BENEYTO PÉREZ, J. M. (dir.), MAILLO GONZÁLEZ-ORTÚS, J. (coord.), *El Nuevo Derecho Comunitario y Español de la Competencia*, Bosch, Barcelona, 2002.

BAILEY, D. A., JOHN, L. E. (eds.), *Bellamy & Child: European Union Law of Competition*, 8.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2018.

BEHRENS, P., The ordoliberal concept of "Abuse" of a dominant position and its impact on Article 102 TFEU, en DI PORTO, F. – PODSZUN, R. (eds.), *Abusive Practices in Competition Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018.

BENEYTO PÉREZ, J. M., TRONCOSO FERRER, M., Objeto, evolución y perspectiva del Derecho de la Competencia, en BENEYTO PÉREZ, J. M. – MAILLO GONZÁLEZ ORÚS, J. (drs.), *Tratado de Derecho de la Competencia*, Tomo I, 2.ª ed., Bosch-Wolters Kluwer, Barcelona, 2017.

BERENGUER FUSTER, L., El nuevo sistema español de defensa de la competencia, en RUIZ PERIS, J. I. (dir.), *La nueva Ley de Defensa de la Competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

BORK, R., *The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself*, Basic Books, New York, 1978.

CAFFARRA, C., "Consumer Welfare is Dead": What Do We Do Instead? A Perspective from Europe, *Promarket*, 27 de abril de 2023.

CALVO CARAVACA, A. L., *Derecho Antitrust Europeo*, Tomo I, Colex, Madrid, 2009.

Charles River Associates. *CRA Brussels Conference 2025: Dominance and Disruption: Article 102 TFEU in the Digital Age* [video en línea]. 9 de diciembre de 2025. Disponible en YouTube: https://www.youtube.com/watch?v=lJAVm3mKbt4 [última consulta: 08/01/2026].

Comisión Europea. *Ex-post evaluation of the implementation and effectiveness of EU antitrust remedies* [en línea]. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2025. ISBN 978-92-68-24465-4. DOI 10.2763/4894234. Disponible en: https://competition-policy.ec.europa.eu/document/download/53e9348d-4f11-46ef-9098-526e24313ee8_en?filename=kd0125000enn_ex-post_evaluation_antitrust_remedies_study_e-version.pdf [última consulta: 08/01/2026]

EZRACHI, A., EU Competition Law Goals and the Digital Economy, *Oxford Legal Studies Research Paper*, nº. 17/2018, junio de 2018.

FONT GALÁN, J. I., *La libre competencia en la Comunidad Europea*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1986.

GARRIGUES, J., *La defensa de la competencia mercantil: cuatro conferencias sobre la Ley española de 20 de julio de 1963 contra prácticas restrictivas de la competencia*, Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1964.

GUTIÉRREZ CARRIZO, I., «Un repaso a la historia y al futuro del abuso de posición de dominio en España», pendiente de publicación.

HEALEY, Deborah, et al. *The Competition Law Dictionary*. Paris: Institute de Droit de la Concurrence, 2022.

HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L., Una introducción a la Ley 16/1989 de defensa de la competencia: la tradición norteamericana y el contexto comunitario, *Ekonomiaz. Revista Vasca de Economía*, núm. 21, *Política de competencia y competitividad.*

IBÁÑEZ COLOMO, P., *The New EU Competition Law*, Bloomsbury Publishing, Oxford, 2023.

JEBSEN, P., STEVENS, R., «Assumptions, Goals and Dominant Undertakings: The Regulation of Competition under Article 86 of the European Union», *Antitrust Law Journal*, vol. 64, nº 3, 1996, pp. 449-450.

JOLIET, R., *Monopolization and Abuse of Dominant Position. A Comparative Study of the American and European Approaches to the Control of Economic Power*, Collection Scientifique de la Faculté de Droit de l'Université de Liège, núm. 31, Martinus Nijhoff, La Haye, 1970.

JONES, A., SUFRIN, B., DUNNE, N., *EU Competition Law*, 7.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2019.

KHAN, L. M., Amazon's Antitrust Paradox, *Yale Law Journal*, nº. 126, 2016.

KORAH, V., *An Introductory Guide to the EC Competition Law and Practice*, 8.ª ed., Hart Publishing, Oxford, 2004.

KORAH, V., Concept of a dominant position within the meaning of Article 86, *Common Market Law Review*, vol. 17, 1980.

LEVIN, Jonathan: *The Economics of Internet Markets*, en *Advances in Economics and Econometrics Tenth World Congress*, editado por Daron Acemoglu, Manuel Arellano y Eddie Dekel, Cambridge University Press, 2013.

PADILLA, J., Whither Article 102 TFEU: A Comment on Akman and Crane, *Antitrust Law Journal*, nº. 81-1, 2016.

ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., La introducción del análisis económico en la prohibición del abuso de una posición de dominio, en BERENGUER FUSTER, L. – GINER PARREÑO, C. A. – ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., *La nueva legislación española ante la evolución del Derecho de la Competencia*, Fundación Rafael del Pino – Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 174-185.

VESTAGER, M., Article 102: The Beating Heart of Antitrust in the EU, discurso ante el *Global Competition Law Center*, College of Europe, 1 de marzo de 2024.

WAELBROECK, M. – FRIGNANI, A., *Derecho Europeo de la Competencia*, Bosch, Barcelona, 1998.

WU, T., *The Curse of Bigness: How Corporate Giants Came to Rule the World*, Atlantic Books, Londres, 2020.