Trabajo de Fin de Grado

Doble Grado en Derecho y Economía

El análisis de Big Data desde la óptica del Derecho de defensa de la Competencia

Big Data analysis from the perspective of antitrust law

Facultad de Derecho
Albacete

UCLM
CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

Autora: Sepúlveda Jiménez, Lorea

Director: Roncero Sánchez, Antonio

Curso académico 2020-2021

Índice

1. Introducción 1

2. Definición, utilidad y riesgos de la tecnología *Big Data* 2

2.1. Concepto, características y clasificación 2

2.2. Proceso de creación de valor a través de *Big Data* 5

2.3. Riesgos y necesidades de ordenación normativa 6

3. Fundamento y finalidad de las normas de defensa de la libre competencia 9

4. La aplicación del Derecho de la Competencia en la economía *Big Data* 11

4.1. Confluencia de las ramas jurídicas de competencia, consumo y protección de datos 11

4.2. Debate sobre la intervención *antitrust* en los mercados digitales 15

4.3. Singularidades que plantea *Big Data* en la delimitación del mercado relevante y la posición dominante 17

4.4. Conductas prohibidas por el Derecho de la competencia y actuaciones de las empresas en relación con *Big Data* 22

4.4.1. Prácticas colusorias 22

4.4.2. Abuso de la posición dominante 25

4.4.2.1. Conductas de abuso de posición dominante en los mercados digitales 25

4.4.2.2. El precedente alemán en el plano europeo: el caso Facebook 28

4.4.3. Control de concentraciones entre empresas 31

5. Conclusiones 33

6. Bibliografía y decisiones judiciales o administrativas consultadas 36

6.1. Bibliografía 36

6.2. Jurisprudencia consultada 40

6.3. Decisiones y comunicaciones administrativas 41

RESUMEN: La transformación digital, en el marco de la Cuarta Revolución Industrial o Industria 4.0, ha puesto de manifiesto la importancia que tienen los datos en nuestras vidas, propiciando la aparición de un nuevo término: la economía de los grandes datos. La multiplicación de empresas cuyo modelo de negocio se basa precisamente en la recolección, tratamiento y uso comercial de grandes volúmenes de datos personales ha avivado el debate entre algunas autoridades de la competencia, que ven en las técnicas de *Big Data* e Inteligencia Artificial una herramienta idónea para la consolidación de posiciones dominantes y la configuración de obstáculos al libre juego de la competencia a costa de los derechos de privacidad y protección de datos de los consumidores, frente a los defensores de su carácter beneficioso para la innovación y el crecimiento económico.

Palabras claves: **Big Data, algoritmos, mercados de doble o múltiple cara, derecho de defensa de la competencia, protección de datos, derecho de consumo.**

ABSTRACT: The digital transformation, within the framework of the Fourth Industrial Revolution or Industry 4.0, has demonstrated the importance of data in our lives, leading to the emergence of a new term: The Big Data economy. The rise and rapid spreading of companies whose business model is based on the collection, treatment and commercial use of large volumes of personal data have intensified the discussion among some competition authorities, who see Big Data and Artificial Intelligence techniques as an ideal tool to strengthen their market power and build obstacles to free competition at the expense of privacy rights and data protection of consumers. Against those who defend their beneficial features on innovation and economic growth.

Key words: Big Data, algorithms, two or multiple-sided markets, antitrust law, data protection, consumer law.

Listado de acrónimos

ANC: Autoridad Nacional de la Competencia

AGCM: *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (ANC italiana)

BKA: *Bundeskartellamt* (ANC alemana)

CE: Constitución Española

CDFUE: Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

CNMC: Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

EEMM: Estados Miembros

EEUU: Estados Unidos

GWB: *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (Ley alemana de restricciones de la competencia)

IA: Inteligencia Artificial

I+D+i: Investigación, Desarrollo e innovación

LDC: Ley de Defensa de la Competencia

LOPD: Ley Orgánica de Protección de Datos

RCC: Reglamento sobre el Control de las Concentraciones entre empresas

RGPD: Reglamento General de Protección de Datos

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TS: Tribunal Supremo

TUE: Tratado de la Unión Europea

UE: Unión Europea

1. Introducción

La creciente importancia que han tomado los datos en la digitalización de las empresas y el acceso al cada vez mayor volumen de información digital han convertido a los datos en el elemento esencial para la innovación y el crecimiento económico, aportando numerosos beneficios y avances en infinidad de áreas: medicina, transportes, finanzas, educación, economía... En este contexto, entre las prioridades de la Unión Europea para el periodo 2019-2024 destaca la adaptación de la UE a la era digital y, más específicamente, la Estrategia Europea de datos orientada hacia la creación de un mercado único de datos, idóneo para su circulación segura, libre y respetuosa con las normas y derechos de los ciudadanos, en beneficio de las empresas, los investigadores y las administraciones públicas[1].

Los datos permiten realizar predicciones y éstas son esenciales en la toma de decisiones. De ahí que, en los últimos años, hayamos asistido a una proliferación de empresas que manejan un importante volumen de datos y cuyo modelo de negocio está basado precisamente en la recolección y uso comercial de esta información, generalmente de carácter personal. Este fenómeno enmarcado dentro de la economía digital se conoce como *Big Data* o economía de los grandes datos y es característico de los mercados de doble o múltiple cara (*two-sided o multisided markets*), es decir, mercados altamente tecnológicos que están estructurados sobre la base de plataformas que conectan dos o más mercados distintos y en las que se ofertan y demandan productos o servicios a varios grupos de usuarios (consumidores, anunciantes, propietarios de las plataformas o desarrolladores de *software*, entre otros), con demandas diferentes pero interrelacionadas indirectamente[2]. Además, estos mercados presentan características nuevas, que no están presentes en los mercados tradicionales, a saber: estructura de plataforma que vincula varios tipos de mercados, oferta gratuita de productos y servicios, multiconexión o *multihoming*, presencia de efectos de red y el importante papel de *Big Data* en la configuración de las estrategias empresariales; cuyo significado y valor pretendemos analizar en este trabajo[3].

---

[1] COMISIÓN EUROPEA, Estrategia Europea de datos, hacer de la UE una sociedad capacitada por los datos: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-data-strategy_es#un-mercado-nico-de-datos

[2] EVANS, D. y NOEL, M., Defining Markets that involve Multi-Sided Platforms Businesses: An Empirical Framework With an Application Google's purchase of Double Click, 4 AEI Brookings Joint Center for Regulatory Studies, en *Working Paper 07-18*, 2007. Disponible en la dirección web: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id-1089073 y MUSGROVE, J., Both Sides Now: a brief reflection on the Two-Sided Market Debate, en *CPI Antitrust Chronicle*, vol. 6, 2013.

[3] A modo de ejemplo, *Vid.* HERRERO SUÁREZ, C., La economía de los grandes datos o Big Data desde el Derecho de la competencia: ¿nuevos problemas? ¿nuevas soluciones?, en *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución nº. 23*, 2018, pág. 2 [edición electrónica] explica que estas plataformas *online* pueden optar por ofrecer su servicio de forma gratuita a los usuarios (recopilando mayor volumen y variedad de información a raíz de esa gratuidad); y, en cambio, ofrecer

Estas características revolucionarias propias de los mercados digitales han despertado el temor de algunas autoridades de la competencia, por considerar que favorecen la concentración de los mercados y la configuración de obstáculos al libre juego de la competencia, otorgando especial atención al fenómeno *Big Data*. Por ello, el presente trabajo se propone analizar el fundamento de estas inquietudes, abordando el análisis de *Big Data* desde el plano del Derecho de defensa de la Competencia.

En esta labor, el estudio presenta las diferentes problemáticas que esta novedosa tecnología plantea, estructuradas en cuatro capítulos. En primer lugar, se explica el concepto, utilidades y riesgos de *Big Data*, incidiendo en la necesidad de su regulación normativa. En segundo lugar, se hará una revisión del ordenamiento jurídico *antitrust*, recordando los fundamentos y principios que dieron lugar a su ordenación en diferentes sistemas. Para, en el siguiente capítulo, entender el papel que el Derecho de defensa de la Competencia juega en la regulación de *Big Data*. En concreto, se tratará de responder a tres interrogantes principales: por un lado, conocer qué rama legal –entre competencia, consumo o protección de datos– es la adecuada para abordar los riesgos explicados en el capítulo primero o si, por el contrario, existe algún punto de encuentro entre estas tres ramas del derecho; por otro, el debate existente en torno a si una excesiva regulación o intervención de las autoridades de la competencia puede comprometer la innovación y el progreso técnico derivado de los datos; y, en último lugar, exponer la controversia relativa a la necesidad -o no- de actualizar la normativa *antitrust*, adaptándola a los rápidos y complejos cambios que traen los mercados digitales.

Para ello, se ha seguido la metodología propia de un trabajo de investigación: analizando la problemática existente, estudiando si la normativa vigente responde a los interrogantes planteados y contrastando las posibles soluciones con las decisiones de órganos y tribunales en situaciones reales. Siendo destacable al respecto el reciente dictamen de la Autoridad Nacional de la Competencia alemana (*Bundeskartellamt*) frente a la compañía Facebook, por tratarse de un asunto en el que se aplica la normativa *antitrust* a los comportamientos de una empresa en relación con la acumulación y utilización de grandes volúmenes de datos.

2. Definición, utilidad y riesgos de la tecnología *Big Data*

2.1. Concepto, características y clasificación

A pesar de la falta de consenso en torno al concepto de "*Big Data*", las acepciones más utilizadas suelen referirse, en primer lugar, a la gran y compleja dimensión de los conjuntos de datos; y, en segundo lugar, a la necesidad de utilizar

---

estos datos a empresas que se anuncian en su *web* de cara a realizar una publicidad más personalizada y dirigida. Encontrando empresas-plataforma como Google y Facebook que ofrecen servicios gratuitos -el primero de buscador de Internet, de traducción, correo electrónico, etc., y el segundo, de acceso a una red social- basando su estrategia en el valor económico asociado a los datos (*freemium*).

potencia informática a gran escala, así como, sistemas de *software* y métodos sofisticados que extraigan el valor de los datos en un período de tiempo razonable[4]. Por ello, nos referimos a él como conjunto masivo de datos que, por su gran volumen, variedad y complejidad de almacenamiento, precisa de métodos y tecnologías analíticas que permiten el rápido procesamiento de la información y la realización de predicciones; constituyendo, en definitiva, un activo intangible valioso para la toma de decisiones.

Por otra parte, la caracterización de *Big Data* con mayor acogida en la doctrina ha sido la que se resume gráficamente en las cuatro "v": volumen, variedad, velocidad y valor[5]. Volumen, por la significativa acumulación de datos digitales y la capacidad para generarlos de forma continua. La velocidad se manifiesta en la rápida generación, acceso, procesamiento y análisis de los datos. Por su parte, la variedad se refiere a la heterogeneidad de los datos, que pueden ir desde información tradicional de clientes -como por ejemplo su dirección-, hasta contenido más personalizado como hábitos alimenticios, ideologías, historial de compras, viajes programados y realizados, etc. En último lugar, el valor vendría referenciado a la transformación de estos datos en información o conocimiento que puede ser utilizado como fuente de innovación, competitividad y productividad; es decir, el hecho de recolectar, almacenar de forma organizada y analizar datos, los convierte en información inteligente con valor económico para las empresas y las administraciones públicas, proporcionándoles una guía en la toma de decisiones [6].

Además, si nos preguntamos qué tipo de datos emplea *Big Data*, advertimos que esta tecnología encierra datos personales de toda clase, es decir, información referida a una persona física identificada o identificable[7]. Sin embargo, en el presente trabajo nos centraremos en el concepto de "datos de consumo" -como

[4] OCDE, Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era, *Background note DAF/COMP(2016)14*, 2016, pág. 5. A este respecto, *Vid* PUYOL MONTERO, J.: *Aproximación jurídica y económica al Big Data*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 10, alude a aquella "*expresión utilizada en tecnología para referirse a la información o conjunto de datos que por su elevado volumen, diversidad y complejidad no pueden ser almacenados ni visualizados con herramientas tradicionales*". En sentido similar, DE MAURO, A., GRECO, M. y GRIMALDI, M., A Formal Definition of Big Data Based on its Essential Features, en *Library Review*, vol. 65, nº. 3, 2016, pp. 122-135, opinan que se trata de un activo basado en información que, debido a su creciente volumen, velocidad y variedad, requiere del uso de tecnologías y métodos analíticos específicos que lo transformen en valor. A su vez, según FORREST, K. B., Big Data and online advertising: emerging competition concerns, *CPI Antitrust Chronicle*, 2019, pág. 10, *Big Data* es "*una captura digital de volúmenes masivos de información, susceptible de ser tratada a través de algoritmos*".

[5] STUCKE, M. y GRUNES, A. P.: Big Data and Competition Policy, en *Oxford University Press*, Oxford, 2016, pp. 15 y ss.; y RUBINFELD, D. L. y GAL, M. S., Access Barriers to Big Data, en *Arizona Law Review*, vol. 59, 2017, pp. 345 y ss.

[6] HERRERO SUÁREZ, C., op. cit., pp. 2-3.

[7] Artículo 4.1 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos, en adelante RGPD).

aquellos relativos a consumidores cuando han sido recopilados, comercializados o utilizados como parte de una transacción comercial- por ser más amplio que el término "datos personales"; ya que aquel incluye datos relativos a consumidores, incluso cuando tal información no identifica a una concreta persona, pero sirve para crear perfiles de usuarios[8]. Si bien estos datos pueden no plantear las mismas preocupaciones en virtud de la legislación sobre privacidad y protección de datos, sí pueden ser relevantes en la evaluación de la competencia, como se discutirá con más detalle en el punto 4.

La doctrina clasifica estos datos de consumo según el tipo de información recopilada y según el origen de los datos[9]. La primera clasificación diferencia entre contenido generado por los usuarios, datos relativos a su actividad y comportamiento, obtenidos de redes sociales, de ubicación, demográficos, identificativos –incluido el nombre, información financiera, de salud, nacionalidad, género, etc.– y datos biométricos –como huellas y reconocimiento facial y de voz, entre otros–. Por su parte, la categorización según origen distingue entre datos voluntarios, proporcionados cuando una persona comparte información sobre sí misma o de otros; observados, creados a raíz del registro de la actividad de una persona (p. ej. el seguimiento de la ubicación o el listado de productos adquiridos en una aplicación); derivados o inferidos, creados a raíz del análisis de otros datos con técnicas sofisticadas; y, por último, aquellos adquiridos mediante compras o contratos de licencia comercial a través de corredores de datos (*Data brokers)* cuya actividad mercantil es precisamente su recolección, análisis y tráfico[10].

La relevancia de esta última clasificación radica en la concienciación de los usuarios a la hora de abordar problemas de información asimétrica asociados con la recopilación y el uso de datos. En particular, los consumidores serán más conscientes de los datos que han sido proporcionados de forma voluntaria y lo serán menos de aquellos que sean observados, derivados o adquiridos. Esta cuestión es relevante de cara a realizar compensaciones entre las preocupaciones de privacidad o competencia efectiva en el mercado y el estimulo a la innovación[11].

---

[8] OCDE, Consumer Data Rights and Competition, *Background note DAF/COMP(2020)1*, 2020, pp. 7-9

[9] Según el tipo de información recopilada, *Vid.* ROBERTSON, V., Excessive Data Collection: Privacy Considerations and Abuse of Dominance in the Era of Big Data, en *Common Market Law Review*, vol. 57, 2020, pág. 162. Disponible en la dirección web: https://ssrn.com/abstract=3408971; KEMP, K., Concealed Data Practices and Competition Law: Why Privacy Matters, en *University of New South Wales Law Research Paper nº. 19-53*, 2020. Disponible en la dirección web: http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3432769; y OCDE, Exploring the Economics of Personal Data: A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value, *DSTI/ICCP/IE/REG(2011)2/FINAL*, 2013. Por otra parte, según el origen de los datos, *Vid.* OCDE, Good practice guide on consumer data, *OECD Publishing* nº. 290, 2019. Disponible en la página web: https://read.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/good-practice-guide-on-consumer-data_e0040128-en#page1.

[10] HERRERO SUÁREZ, C., op. cit., pág. 5.

[11] OCDE, Consumer Data Rights and Competition, op. cit., pp. 9-10.

2.2. Proceso de creación de valor a través de *Big Data*

Como se desprende de la caracterización de *Big Data* realizada, la ingente cantidad de datos agrupados bajo esta denominación adquiere importancia cualitativa como consecuencia de su susceptibilidad para crear valor. El proceso de creación de valor de los datos comienza con su recopilación, que no es sino la mera generación de datos a través de la digitalización de contenidos y seguimiento de actividades *online* e incluso de algunos fenómenos del mundo real (*offline*) que se capturan a través de sensores -aplicando tecnologías de Internet de las cosas o *Internet of things*-[12]. Algunas plataformas recaban sus propios datos –p.ej. Google recopila datos de los usuarios cuando utilizan su buscador, Gmail o cualquier otro servicio de su propiedad–, sin embargo, estos también pueden obtenerse mediante el seguimiento o rastreo de terceros, esto es -siguiendo el ejemplo anterior- además de los datos que extrae de sus dominios *web* y aplicaciones, Google también recopila una amplia gama de datos que han sido rastreados por terceros en sitios *web* y aplicaciones no pertenecientes a Google, a través de lo que se conoce como "*cookies*" [13].

En segundo lugar, los datos son almacenados o bien en el propio dispositivo del usuario, o bien externamente en la base de datos del fabricante o en la nube (*cloud computing*). Seguidamente, el proceso continúa con la creación de información valiosa, su análisis y, en último lugar, la toma de decisiones empresariales. Los fines que llevan a las empresas a utilizar datos de consumidores son muy diferentes: desde la elaboración de perfiles de clientes; el aumento de la calidad o funcionalidad de sus productos o servicios; hasta la personalización de ofertas y precios o análisis de riesgos financieros; así como, la mejora de técnicas de aprendizaje automático y otras formas de análisis basadas en Inteligencia Artificial (en adelante, IA). Además, las empresas pueden vender datos de los consumidores a terceros, sujetándose a la aprobación o anonimización de los consumidores, en función del régimen legal vigente[14].

Habida cuenta de estos diversos usos, *Big Data* también puede concebirse como un insumo (*input*) de la actividad empresarial, ya que permite adquirir un conocimiento más amplio de los gustos y preferencias de los clientes e incluso realizar previsiones sobre su comportamiento y sobre las tendencias del mercado; posibilitando, a su vez, una mejor adecuación de la oferta a la demanda y la eficiencia del proceso productivo. De hecho, es común que en los mercados de doble cara las empresas compitan por hacerse con el mayor volumen de datos en aras de desarrollar una estrategia publicitaria más personalizada y dirigida a los

[12] HERRERO SUÁREZ, C., op. cit., pág. 9 (nota nº. 2).
[13] *Vid.* ROBERTSON, V., op. cit., pág. 162, define el seguimiento de terceros como "*práctica que permite a un rastreador cosechar grandes cantidades de datos personales de una variedad de fuentes en el entorno online y a través de diferentes dispositivos inteligentes para, en última instancia, construir un perfil de usuario completo*".
[14] GILBERT, P. y PEPPER, R., Privacy Considerations in European Menger Control: A Square Peg for a Round Hole, en *CPI Antitrust Chronicle*, vol. 5, 2015 y OCDE, Consumer Data Rights and Competition, op. cit., pág. 19.

clientes[15]. Lo cual realizarán o bien mejorando los servicios de la plataforma para atraer mayores usuarios y tener mayor acceso a datos nuevos, o bien prestándolos a precio cero o muy reducido (*Data-driven innovation*)[16].

Para algunos autores, esta ventaja puede derivar en la creación de obstáculos al libre juego de la competencia en determinados mercados electrónicos, al favorecer el conocido como "proceso positivo de retroalimentación" (*positive feedback loops*). Es decir, la recolección y el procesamiento de datos permite perfeccionar el servicio ofertado, lo cual a su vez atraerán más usuarios, permitiendo a la compañía incrementar sus ingresos por publicidad y mejorar el servicio de nuevo y así sucesivamente. Este "círculo virtuoso" podría dificultar que los potenciales competidores accedan al mercado ofreciendo un servicio de similar calidad que la plataforma asentada y reforzar así su posición dominante[17]. Dado que el volumen, la velocidad y la variedad de datos son importantes en la creación de valor, pueden ser consideraciones pertinentes de cara a posibles evaluaciones de la competencia entre empresas. Por ejemplo, este marco podría ser útil en la evaluación de concentraciones que implican una fusión de activos consistentes en datos, o al valorar si el acceso de una empresa a determinados datos crea barreras de entrada o le proporciona una ventaja competitiva[18].

2.3. Riesgos y necesidades de ordenación normativa

Como venimos reiterando, *Big Data* se circunscriben a los datos personales de los usuarios. Por ello, se ha puesto de relieve que, a pesar de que este tipo de técnicas tengan un efecto beneficioso en los consumidores, también suscita importantes desafíos en cuanto a posibles lesiones del derecho de privacidad y al grado de veracidad y fiabilidad de los datos, entre otros. De ahí, la importancia y necesidad de ordenación jurídica en numerosos ámbitos: no solo en derecho de defensa de la competencia, sino también en relación con temas de competencia desleal o derechos de la propiedad intelectual e industrial. Sin olvidar los retos que plantea para el Derecho de sociedades y cómo la custodia de grandes volúmenes datos de carácter personal o la adopción de decisiones basadas en predicciones erróneas o realizadas de forma automatizada sin intervención humana pueden afectar al funcionamiento de los órganos societarios y, más específicamente, a los

[15] Como ya adelantamos en la introducción, por mercados de doble o múltiple cara entendemos aquellos mercados donde una empresa (p.ej. Facebook) actúa como plataforma que, a la vez que ofrece uno o varios productos o servicios (p.ej. de red social), también proporciona un espacio donde grupos de usuarios con demandas relacionadas interactúan entre sí (p.ej. consumidores, vendedores, anunciantes, *influencers*...), guiados en parte por los efectos de red indirectos, es decir, los usuarios acudirán a aquellas plataformas que más usuarios posean.

[16] HERRERO SUÁREZ, C., op. cit., pág. 3 y SOKOL, D. y COMERFORD, R., Does Antitrust Have a Role to Play in Regulating Big Data?, en *Cambridge Handbook of Antitrust, Intellectual Property and High Tech*, Cambridge University Press, 2016. Disponible en la dirección web: https://ssrn.com/abstract=2723693

[17] FRAMIÑÁN, J., Big Data, consentimiento para tratar datos personales y Derecho de Defensa de la competencia, en *Revista de Derecho Mercantil nº. 310/2018*, Editorial Civitas S.A., 2018, pág. 6 [edición electrónica].

[18] OCDE, Consumer Data Rights and Competition, op. cit., pp. 14-21.

deberes de diligencia y actuación y al régimen de responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital[19].

Antes de abordar específicamente los problemas que la utilización de datos masivos puede plantear desde la perspectiva del Derecho de la competencia, es conveniente explicar cuáles son los riesgos que entrañan los mercados digitales.

- El primer riesgo que encontramos es el problema de la información asimétrica, que se asocia al desequilibrio existente en la relación comercial entre usuarios (compradores, vendedores y otros agentes que intervienen en los mercados de múltiples caras) y entre estos y el proveedor de la plataforma[20]. Como resultado de que los consumidores no estén plenamente informados, encontramos dos problemas adicionales: la llamada "paradoja de la privacidad" y la falta de transparencia. Los usuarios – conscientes de que deberían ser cuidadosos con sus datos personales – los revelan aceptando "a ciegas" los términos y condiciones, sin tan siquiera leerlos y mucho menos entenderlos[21]. Ello puede deberse o bien porque, incluso respetando las previsiones legales, la información de la que disponen los usuarios sobre el tratamiento de datos personales, sus implicaciones y las opciones que tienen es imperfecta; o bien porque -como se ha demostrado- las personas en ocasiones actúan con una racionalidad limitada en este ámbito. Es decir, los individuos no son capaces de procesar y ponderar todos los riesgos y ventajas relativos a la revelación de información personal. Esta situación puede ser aprovechada por algunas empresas, ya que los usuarios que sean incapaces de calibrar qué consecuencias tendrá el procesamiento de sus datos es posible que otorguen su consentimiento en situaciones en las que las políticas de privacidad sean poco transparentes. De igual modo, cabe esperar que muchos usuarios tampoco sancionarán a aquellas empresas que hayan incurrido en una conducta engañosa (dándose de baja, cambiándose de proveedor, «haciéndose anónimos», etc.)[22].

A ello hay que añadir que, a menudo, la existencia de proveedores de servicios *online* prevalentes, que concentran un número significativo de usuarios, fuerza a éstos a dar su consentimiento, aunque de esta manera actúen en contra de sus intereses. Los mercados digitales, por lo general, no proporcionan diversidad de opciones sobre privacidad para atender todas las preferencias, lo que lleva a los

[19] RONCERO SÁNCHEZ, A., Big Data y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital, en *Revolución digital, derecho mercantil y Token economía*, Tecnos, 2019.
[20] OCDE, Consumer Data Rights and Competition, op. cit., pág. 23.
[21] AUTORITÉ DE LA CONCORRENCE & BUNDESKARTELLAMT, Competition Law and Data, 2016, pp. 24-25. Disponible en la dirección web: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.html;jsessionid=C0B284AA96146DD3636607712B1EB488.2_cid387?nn=3591568; y CUSTERS, B., Informed Consent in Social Media Use—The Gap between User Expectations and EU Personal Data Protection Law, en *SCRIPTed*, vol. 10, 2013, pp. 456-457.
[22] FRAMIÑÁN, J., op. cit. pp. 7-9.

usuarios a enfrentarse al dilema de dar su consentimiento a la totalidad de los términos o, directamente, abstenerse de utilizar el servicio[23].

- En segundo lugar, los datos son considerados como un bien no excluible y no rival. Esto es, la utilización por una empresa de los datos de consumidores no impide a otras acceder a ellos por iguales o distintos medios. Por otra parte, los datos de los consumidores son no rivales, lo que significa que su consumo en una tarea no disminuye su capacidad de ser utilizado en otra distinta, aunque la cuestión de si los datos son replicables no encuentra consenso, como se discutirá en la sección 4.3 [24].

Además, como señalan algunos autores, de la compleja interacción entre creación y transmisión de datos se pueden derivar tanto externalidades positivas como negativas[25]. Esto se relaciona con el hecho de que los datos de un consumidor se pueden utilizar para inferir informaciones sobre agrupaciones de usuarios, utilizando algoritmos de aprendizaje automático y sistemas de IA. Es decir, la capacidad de combinar datos de varios individuos para formar un conjunto de *Big Data* capaz de extraer inferencias útiles sobre individuos concretos puede tener impactos positivos y negativos. Por ejemplo, la innovación y el progreso técnico, así como la mejor satisfacción de los consumidores –derivada de la oferta gratuita y la mejora cualitativa de los servicios– serían externalidades positivas. En cambio, la utilización de datos personales –contra la voluntad del consumidor– constituiría una externalidad negativa, a la que el derecho ha de dar respuesta[26].

- El tercer problema regulatorio del mercado se refiere al interrogante –que abordamos a lo largo del presente trabajo– sobre si las estrategias empresariales basadas en *Big Data* pueden derivar en un modelo de competencia imperfecta[27]. Atendiendo a las herramientas tradicionales de medición de poder de mercado, las especulaciones sobre si una empresa puede detentar una posición dominante como consecuencia de la explotación de largas bases de datos personales eran consideradas poco factibles. Sin embargo, el notorio aumento del grado de concentración en mercados digitales y de estrategias empresariales basadas en la recopilación de datos personales ha desatado el temor de las autoridades de la competencia con relación a posibles conductas anticompetitivas. De ahí que hayan proliferado nuevos planteamientos en torno a si los datos son una fuente idónea de poder de mercado y de configuración de barreras de entrada, o a si la protección de datos ha dejado de ser una materia estanca y, de contrario, está vinculada al

[23] BOTTA, M. y WIEDEMANN, K., The Interaction of EU Competition, Consumer, and Data Protection Law in the Digital Economy: The Regulatory Dilemma in the Facebook Odyssey, en *The Antitrust Bulletin*, vol. 64(3), 2019, pp. 432-433.
[24] ACQUISTI, A., TAYLOR, C. y WAGMAN, L., The Economics of Privacy, en *Journal of Economic Literature*, vol. 54(2), 2016, pp. 442-492, http://dx.doi.org/10.1257/jel.54.2.442
[25] ACQUISTI, A., TAYLOR, C. y WAGMAN, L., op. cit., pág. 445.
[26] GAL, M. y RUBINFELD, D., Data Standardization, en *New York University Law Review*, vol. 93, nº. 4, 2019, pp. 737-770. Disponible en la dirección web: https://www.nyulawreview.org/wp-content/uploads/2019/10/NYULAWREVIEW-94-4-GalRubinfeld-1.pdf.
[27] OCDE, Consumer Data Rights and Competition, op. cit., pág. 24.

Derecho de la competencia[28]. Por ello, debemos preguntarnos, ¿es apropiado el empleo de los métodos tradicionales en la detección de conductas anticompetitivas, o estos se muestran inadecuados y obsoletos, siendo precisa una redefinición y modernización para ajustarlos a la era digital? [29]

3. Fundamento y finalidad de las normas de defensa de la libre competencia

Con la consagración de la ideología liberal tras la Revolución francesa, se instaura el principio de libre iniciativa económica (libertad de comercio), como resultado del principio de igualdad ante la Ley, en virtud del cual se proclama que cualquier ciudadano tiene derecho al libre ejercicio de una actividad mercantil o industrial y a fijar libremente sus condiciones. El ejercicio por una pluralidad de sujetos de este derecho a la libre iniciativa económica, determina que puedan concurrir en el mismo mercado varios empresarios que se dedican a la misma actividad y que, por tanto, compiten entre sí para atraerse a una misma clientela[30]. Para que exista libre iniciativa económica es necesario que exista libre competencia en tanto las limitaciones a la competencia constituyen también restricciones a la libre iniciativa económica.

La libre competencia constituye, por tanto, un elemento esencial dentro de los sistemas de economía de mercado, asentados en el reconocimiento de la propiedad privada de los medios de producción y la libertad de empresa (arts. 33 y 38 CE) –sin perjuicio de la iniciativa pública (art. 128.2 CE)– y la libre circulación e inversión del capital y el lucro económico, como motor de la actividad económica (art. 38 CE)[31].

Sin embargo, la tendencia general o natural del mercado es buscar mecanismos que traten de excluir o eliminar la competencia, lo que se conoce como competencia imperfecta o practicable y se manifiesta en forma de cárteles, monopolios y oligopolios. Ello degenera en consecuencias nocivas que el legislador debe evitar implementando las medidas adecuadas que protejan la competencia. Es decir, surge la necesidad de salvaguardar la competencia basada en el esfuerzo y méritos empresariales, permitiendo preservar los efectos beneficiosos de la misma (mejora de los precios, calidad, innovación permanente, etc.). De ahí que la competencia más que un presupuesto sea un objetivo en sí mismo, que se pretende conseguir o preservar a través del Derecho de la competencia.

---

[28] HERRERO SUÁREZ, C., op. cit., pág. 4.
[29] GRAGLIA, L.A., Is Antitrust Obsolete?, en *Harvard Journal of Law & Public Policy*, otoño de 1999, pp. 11-21.
[30] *Vid.* BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*[27], vol. I, Tecnos, Madrid, 2020, pp. 166-169, conciben la competencia como "*aquella situación en la que concurren dos o más empresarios que, operando en el mismo ámbito del mercado, ofrecen bienes o servicios susceptibles de satisfacer, incluso con medios diferentes, la misma necesidad, y que se encuentran en una situación de conflicto de interés frente a la clientela".*
[31] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., op. cit. pág. 166.

Por ello, cuando hablamos de tutela o protección de la libertad de competencia, se hace referencia a la normativa dirigida a eliminar o, al menos, atenuar obstáculos artificiales al libre juego de la competencia. Entendiendo por obstáculos artificiales aquellos que no surgen de la propia estructura de mercado, sino que son creados o impuestos voluntariamente por los propios competidores para eliminar, falsear, limitar o restringir entre ellos la competencia practicable, normalmente, en beneficio propio o en perjuicio de los demás competidores. Por el contrario, los obstáculos connaturales al sistema de economía de mercado serían el resultado del normal funcionamiento del mercado, que por sí solo crea barreras de acceso a nuevos competidores[32].

Como vemos, resulta necesario establecer medidas para evitar las restricciones anticompetitivas en aras de proteger la libre competencia. Sin embargo, los diferentes ordenamientos jurídicos, aunque persigan el mismo objetivo, no utilizan los mismos mecanismos para la tutela la competencia, destacando en particular dos grandes modelos o sistemas, el europeo y el estadounidense[33]. Así, en la ordenación del derecho *antitrust* comunitario, se parte de tres fines: de un lado, existen objetivos económicos cuyo principio orientador es la obtención de eficiencias económicas, como una oferta de mayor calidad y desarrollo técnico o precio más bajo; por otro lado, la UE conjura eficiencia con objetivos políticos de forma indistinta, adquiriendo aquel un papel secundario en pos del objetivo de eliminación de cualquier práctica que interfiera en la integración del Mercado Único[34]. Característica que le diferencia de otros sistemas, como el estadounidense, más proclive en la confianza de las fuerzas del mercado para alcanzar la eficiencia asignativa[35]. A su vez, los objetivos políticos perseguidos por

[32] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., op. cit. pp. 168-169.

[33] Por un lado, la concepción europea parte de limitar las conductas que se admiten estableciendo prohibiciones generales, a partir de las cuales cabe conceder autorizaciones particulares, sin que ese control derive en un freno a la innovación. En cambio, el sistema americano parte de la libertad de actuación de las empresas y, confiando en que las fuerzas del mercado por sí solas corregirán las deficiencias del mercado, establece únicamente prohibiciones particulares. Según el Derecho europeo, por tanto, lo que no está autorizado, está prohibido; y según el Derecho americano, lo que no está prohibido, está permitido.

[34] De acuerdo con los postulados ordoliberales de la Escuela de Friburgo, *Vid*. FIKENTSCHER, W., Las tres funciones del control de la economía (Derecho antimonopolio), en *Revista de Derecho Mercantil,* nº. 172-173, 1984, pp. 459 y ss.

[35] En EEUU, en un primer momento, el objetivo se circunscribió a la defensa de la libertad de los agentes en el mercado. El ordenamiento *antitrust* norteamericano está recogido principalmente en las leyes *Sherman Act* (1890) y *Clayton Act* (1914) –fruto del rápido desarrollo y crecimiento industrial de finales del S.XIX y principios del XX, que parecía derivar en la creación de grandes monopolios–; y la *Robinson-Patman Act* (1936), orientada a la protección de los pequeños comerciantes, como consecuencia del surgimiento de grandes cadenas de distribución comercial entre los años 1920 y 1930, cuya capacidad para aplicar considerables descuentos y rebajas a sus proveedores desplazaba al resto de comerciantes–. *Vid*. DÍEZ ESTELLA, F., Los objetivos del Derecho Antitrust, en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, nº. 224, 2003, pp. 32-52. Más tarde, la Escuela de Harvard promovió el objetivo de defensa de la estructura de mercado, haciendo algunas concesiones a la redistribución de la renta y la protección de los pequeños comerciantes; y, posteriormente, la Escuela de Chicago -de corte más

la UE se relacionan directamente con otros propósitos de índole social contenidos en el artículo 3 del TUE, tales como la equidad o justicia de las relaciones entre las empresas, la protección de los consumidores, la creación de empleo, el progreso científico y técnico o la política industrial de la Unión, entre otros[36].

En términos generales, el planteamiento contenido en nuestra Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) y -en el plano comunitario- en los artículos 101 a 113 TFUE (Derecho originario) y en diversas normas de desarrollo (Derecho derivado), concibe la tutela o defensa de la libertad de competencia como "*aquella tendencia de los Estados dirigida a prevenir y, en su caso, a reprimir y sancionar los abusos que constituyen obstáculos artificiales voluntariamente creados por los empresarios que son perjudiciales para el ordenado desarrollo de la competencia practicable en el mercado*" [37]. Como es sabido, ambos ordenamientos jurídicos se coordinan siguiendo el principio de doble barrera, esto es, se aplican simultáneamente teniendo en consideración dos reglas. En primer lugar, será de aplicación el Derecho comunitario cuando de las prácticas empresariales resulte afectado el comercio intracomunitario. A la inversa, cuando el mercado afectado es únicamente el de un Estado Miembro, en principio será de aplicación la normativa interna de ese Estado[38]. En segundo lugar, el derecho interno deberá interpretarse conforme al derecho europeo y los órganos comunitarios y nacionales deberán tener presentes las posibles sanciones impuestas por las otras autoridades para determinar la cuantía, de forma que se garantice la seguridad jurídica e igualdad entre operadores en territorio comunitario.

4. La aplicación del Derecho de la Competencia en la economía *Big Data*

4.1. Confluencia de las ramas jurídicas de competencia, consumo y protección de datos

Los riesgos o problemas regulatorios referidos en el punto 2.3 abren la cuestión sobre la necesidad de clarificar el papel que compete -si es que lo hay- al Derecho de la Competencia frente a lesiones del derecho a la privacidad de los individuos. De hecho, frente a la opinión de diversos autores que argumentan que el Derecho de la Competencia no es el instrumento jurídico idóneo para sancionar las cláusulas abusivas impuestas a los usuarios finales de plataformas *online* –considerando que tales términos deberían ser sancionados a través de la legislación

---

economicista- introdujo el objetivo de obtención de eficiencias asignativas que contribuyese al bienestar de los consumidores a nivel agregado. *Vid.* BAHAMONDE DELGADO, R., op. cit. pág. 44.

[36] BAHAMONDE DELGADO, R., op. cit. pp. 42-54.

[37] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., op. cit., pp. 168-171.

[38] No exigiéndose que el acuerdo haya sido adoptado en el interior de la UE o del Estado Miembro, ni tampoco que las empresas involucradas sean nacionales de la Unión o de dicho país, bastando con que los efectos se produzcan en el interior de la UE o del Estado Miembro en cuestión. *Vid.* PANIAGUA AZURERA, M.: *Derecho mercantil: empresa, empresario, derecho de la competencia y de la propiedad industrial, derecho de sociedades, derecho preconcursal y concursal*[2], Iustel, Madrid, 2020, pág. 195.

de consumo o de protección de datos–, otros defienden que la falta de privacidad en determinados mercados puede ser el resultado del poder de mercado de algunas plataformas y que –en la medida en que las fusiones, acuerdos o conductas anticompetitivas den lugar a niveles subóptimos de protección de datos– cabe decir que existe un papel para el Derecho de defensa de la Competencia[39].

Si bien las tres ramas del derecho (competencia, consumo y protección de datos) comparten el propósito general común de salvaguardar el bienestar de los individuos, difieren en objetivos, ámbitos de aplicación y ejecución, como vemos a continuación[40].

Como es sabido, el Derecho *Antitrust* de la UE es el "guardián" del mercado único que garantiza el libre comercio entre EEMM y el bienestar de los consumidores, sancionando aquellas conductas que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia (arts. 101 y 102 del TFUE). Los destinatarios de esta normativa son empresas tanto públicas como privadas (art. 106 TFUE) y los órganos encargados de velar por su ejecución son la Comisión Europea (en adelante, la Comisión) y -en el plano interno- las Autoridades Nacionales de la Competencia (art. 35.1 del Reglamento 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado).

Por su parte, el Derecho de Protección de Datos persigue la salvaguardia de los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas y, en particular, su derecho a la protección de datos personales, sin llegar a restringir ni prohibir su movimiento (art. 8 CDFUE y art. 1 RGPD). Por tanto, su ámbito de aplicación se ciñe exclusivamente a los datos de carácter personal, entendiendo por tales aquel tipo de información relacionada con la identidad de la persona física en cuestión (art. 4.1 RGPD). En lo que respecta a la supervisión, nos encontramos igualmente ante un sistema descentralizado en el que cada Estado Miembro tiene su propia autoridad de control (arts. 55 a 58 RGPD).

En tercer lugar, el Derecho del Consumo protege la elección libre e informada de los consumidores, es decir, a diferencia del Derecho de la Competencia que protege el bienestar agregado de los consumidores, el Derecho del Consumo protege el bienestar del consumidor como individuo (art. 38

[39] Frente a la opinión de ROBERTSON, V., op. cit., pág. 165, *Vid.* OHLHAUSEN, M. K. y OKULIAR, A. P., Competition, Consumer Protection, and the Right to Privacy, en *Antitrust Law Journal*, vol. 80, nº. 1, 2015, pp. 121-156, y COLANGELO, G. y MAGGIOLINO, M., Data Protection in Attention Markets: Protecting Privacy through Competition?, en *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 8, Issue 6, 2017, pp. 363-369, consideran que el Derecho de la Competencia no es la vía idónea para abordar la presente problemática.

[40] COSTA-CABRAL, F. y LYNSKEY, O., Family ties: the intersection between data protection and competition in EU Law, en *Common Market Law Review*, vol. 54, nº. 1, 2017, pp. 11-50. Disponible en la dirección web: http://eprints.lse.ac.uk/68470/7/Lynskey_Family%20ties%20the%20intersection%20between_Author_2016_LSERO.pdf.

CDFUE)[41]. En lo que respecta a su ámbito de aplicación, la legislación de consumo rige las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios, mientras que las relaciones entre empresas quedan excluidas. De ahí que no quede claro si determinadas figuras contractuales entre los propietarios de plataformas *online* y usuarios tales como anunciantes, desarrolladores de *software* o creadores de contenido, entren dentro del ámbito de aplicación de esta rama jurídica. Por su parte, en materia de imposición de sanciones a términos o cláusulas injustas o abusivas, el régimen cuenta con una menor armonización a nivel europeo, ya que algunos EEMM han optado por un sistema judicial de reparación (como el caso de España o Alemania), mientras que en otros se ha establecido una autoridad administrativa encargada de esta tarea sancionadora (como en Italia) [art. 23 de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento y del Consejo de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores].

Como podemos observar, cada rama del derecho coexiste en el ordenamiento jurídico contando con diferentes objetivos, ámbitos de aplicación y regímenes de ejecución. Por ello, en la ordenación de la nueva economía de los datos, el Derecho de Consumo o Protección de Datos, *a priori* no deben impedir la aplicación del Derecho de la Competencia, por tratarse de bienes jurídicos protegidos diferentes para cada disciplina[42].

Como confirma la jurisprudencia del TJUE, la legalidad de una conducta de acuerdo con otro régimen jurídico no impide la aplicación del Derecho de la Competencia. Así, en el caso *AstraZeneca v. Comisión* el Tribunal estableció que: "*la ilegalidad de un comportamiento abusivo respecto al artículo 82 TCE* (102 TFUE) *no guarda relación con su conformidad o disconformidad con otras normas jurídicas, y los abusos de posición dominante consisten, en la mayoría de los casos, en comportamientos que son, por otra parte, legales respecto de otras ramas del Derecho distintas del Derecho de la competencia*" [43]. Siguiendo este razonamiento,

---

[41] OECD, The Interaction and Coordination of Competition Policy and Consumer Policies: Challenges and Possibilities, *Background Note, DAF/COMP/GF(2008)10*, 2008, pp. 18-20.

[42] AUTORITÉ DE LA CONCORRENCE & BUNDESKARTELLAMT, op. cit., pág. 23.

[43] *Vid.* STJUE de 6 de diciembre de 2012, asunto C-457/10 P, *AstraZeneca v. Comisión Europea*, ECLI:EU:C:2012:770, {132, donde el TJUE entendió que las declaraciones engañosas y la falta de transparencia acometidas por *Astrazeneca* inducían de forma deliberada a error a las oficinas de patentes en la concesión de certificados complementarios de patente a los que la farmacéutica, objetivamente, no tenía derecho. Aclarando finalmente que para considerarse como abusiva la conducta engañosa es necesario que produzca un efecto anticompetitivo en el mercado. En su razonamiento, el Tribunal señala que el hecho de que existan ramas jurídicas, que sirvan a otros intereses y sancionen el comportamiento engañoso o poco transparente de una empresa con posición dominante o incluso ofrezcan soluciones legales capaces de eliminar el engaño, no excluye la posibilidad de aplicar el derecho de la competencia siempre y cuando el engaño elimine, restrinja o falsee la competencia efectiva.
En igual sentido, *Vid*. STJUE de 23 de noviembre de 2006, asunto C-238/05, Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL v. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc), ECLI:EU:C:2006:734, {63-72, respondiendo a la cuestión prejudicial planteada por el TS español respecto a la

deberían ser las autoridades *antitrust* las que discrecionalmente decidan en qué situaciones la protección de datos o el derecho de los consumidores no pueden resolver eficazmente los problemas regulatorios y, en consecuencia, sea necesaria la intervención del Derecho *Antitrust*[44].

Así mismo, en caso *Metro v. Comisión* el TJUE resolvió que la Comisión podía conciliar el objetivo de defensa de la competencia con otros principios de distinta naturaleza[45]. Precisamente, en numerosas ocasiones, en el marco de aprobación de acuerdos entre empresas que infringían el art. 101 TFUE, la Comisión ha evaluado fines no económicos tales como la protección de los consumidores, objetivos ambientales, de promoción de políticas de empleo, o de defensa de PYMES, entre otros[46]. Si bien es cierto, una consolidada parte de la doctrina defiende que los fines no económicos se cumplirían de forma más efectiva a través de políticas específicas -de protección de datos, consumo, industria e innovación, etc.-, librando al Derecho de la Competencia de la imposición que implica su sujeción a criterios ajenos a la argumentación de las eficiencias de mercado. Sin embargo, esta controversia está lejos de ser pacífica[47].

Por ejemplo, en materia de control de concentraciones, las autoridades de competencia han venido rechazando la adecuación del ordenamiento *antitrust* para resolver posibles lesiones en el derecho de privacidad, acudiendo a las ramas jurídicas de consumo y protección de datos[48]. A pesar de ello, en los últimos años hemos presenciado un ligero cambio de parecer en algunas decisiones tanto de la Comisión -en el famoso caso Microsoft/Linkeldn- como de órganos nacionales -resaltando el pronunciamiento del *Bundeskartellamt* en el caso contra Facebook

---

compatibilidad con el mercado común de los acuerdos de intercambio de información entre entidades financieras sobre la solvencia y morosidad de sus clientes, por afectar a las políticas financieras de la Unión y al mercado común del crédito y tener el efecto de restringir la competencia en el sector financiero, señala que: "*dado que las eventuales cuestiones relativas al aspecto sensible de los datos de carácter personal no se rigen, en cuanto tales, por el Derecho sobre la competencia, pueden ser resueltas basándose en las disposiciones pertinentes en materia de protección de tales datos*".

[44] BOTTA, M. y WIEDEMANN, K., op. cit pág. 437.

[45] *Vid*. STJUE de 25 de octubre de 1977, asunto C-26/76, Metro v. Comisión Europea (Metro I), ECLI:EU:C:1977:167, {21.

[46] BAHAMONDE DELGADO, R., op. cit. pág. 53. *Vid*. Decisión de la Comisión 82/724/CEE de 29 de octubre de 1982, Asunto IV/30.517 – Amersham Buchler, apartado 11. Decisión de la Comisión 94/986/CE de 21 de diciembre de 2001, Asunto COPM/IV/34.252 – Philips/Osram, apartado 27. Decisión de la Comisión 93/49/CEE de 23 de diciembre de 1992, Asunto IV/33.814 – Ford Volkwagen, apartado 23.

[47] BAHAMONDE DELGADO, R., op. cit. pág. 54.

[48] *Vid.,* el discurso de la Comisaria de competencia, Margrethe Vestager, de 17 de enero de 2016, «Competición en un mundo de big data». Disponible en https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-big , donde expresa su opinión acerca de la inconveniencia de acudir a la política de la competencia para abordar problemas de privacidad. *Vid.* HERRERO SUÁREZ, C., op. cit., pág. 6.

(véase el punto 4.4.2.2) [49]. En contraposición al caso alemán, la *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (AGCM) sancionó a Facebook a través de la legislación italiana de consumo, alegando que engañó a los consumidores prometiendo en el momento de suscripción un servicio gratuito, cuando en realidad sí era retribuido mediante la transferencia de datos personales. Asimismo, en su decisión la AGCM sostuvo que la red social había incurrido en una práctica comercial abusiva porque la opción predeterminada en la configuración era permitir la transferencia de datos y advertir a los usuarios de que su experiencia en la red social se vería afectada y no podrían acceder a ciertos contenidos y servicios si modificaban tal configuración preestablecida[50]. Lo interesante de estos dos casos, es que ambas autoridades investigan el flujo automatizado de datos personales entre Facebook y terceros. Sin embargo, cada uno ha seguido líneas de investigación diferentes según el régimen normativo elegido. De esta forma, la AGCM evitó tanto la compleja evaluación del mercado relevante como la pregunta de si Facebook tenía o no posición de dominio. Si bien, la falta de competencia en materia de consumo por parte del *Bundeskartellamt* le llevó a encauzar el caso por la vía del derecho de competencia y protección de datos.

A grandes rasgos, las autoridades de la competencia han comenzado a percibir la pérdida de control sobre la información personal de los usuarios y la lesión del derecho a la privacidad como un posible daño, partiendo del hecho de que el bienestar de los consumidores no depende únicamente del precio, sino también de otros factores como la calidad de la privacidad o la variedad del producto[51].

4.2. Debate sobre la intervención *antitrust* en los mercados digitales

Existe una corriente crítica que cuestiona la operatividad de las actuales normas *antitrust* en este nuevo contexto económico caracterizado por un vertiginoso cambio tecnológico, altos estándares de innovación y efectos de red. En igual sentido se pronuncia un amplio sector de la doctrina estadounidense, que ha prestado especial atención a la pregunta de si la "economía digital" es tan diferente de la economía del pasado como para justificar cambios esenciales en la forma de

[49] En la fusión Microsoft/LinkedIn la Comisión investigó si, atendiendo a las leyes de privacidad, la combinación de las bases de datos de usuarios de LinkedIn y Microsoft excluía a los competidores de LinkedIn del acceso a las interfaces de programación de aplicaciones de Microsoft, que necesitan para operar con sus productos y acceder a los datos de usuario almacenados en la nube de Microsoft, *Vid.* Decisión de la Comisión Europea de 6 de diciembre de 2016, Asunto COMP/M.8124, Microsoft/LinkedIn.

[50] BOTTA, M. y WIEDEMANN, K., op. cit., pág. 442-444, y AGCM, Decisión y nota de prensa de la AGCM de 29 de noviembre de 2018, en el caso Facebook Inc. and Facebook Ireland Ltd., disponible en la dirección web: https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2018/12/Uso-dei-dati-degli-utenti-a-fini-commerciali-sanzioni-per-10-milioni-di-euro-a-Facebook, donde

[51] HERRERO SUÁREZ, C., op. cit., pág. 7.

analizar las prácticas que refuerzan una posición de dominio o elevan artificialmente barreras de entrada que impiden el acceso a nuevos competidores[52].

En el Informe de 2019 titulado "*Competition Policy for the Digital Era*" (en adelante, el Informe), la Comisión afirma que "*no es necesario repensar los objetivos fundamentales del derecho de competencia al hilo de la revolución digital*". Sin embargo, a la vez que sostiene que "*el sistema de defensa de competencia, tal cual está concebido en los artículos 101 y 102 TFUE, supone una base sólida y suficientemente flexible para proteger la competencia en la era digital*"; al referirse a los datos, reconoce la necesidad de "*una actualización del análisis tradicional del derecho de competencia aplicable a los aftermarkets, ya que en su actual estado no tiene en consideración suficientemente las especificidades de los datos*", puesto que ciertas prácticas basadas en *Big Data* son susceptibles de producir lesiones del derecho de privacidad, protección de datos o autonomía informativa de los ciudadanos [53].

Son comunes, tanto en las jurisdicciones americana como europea, dos rasgos que caracterizan el habitual enfoque de las autoridades a la hora de aplicar la normativa *antitrust*. Por un lado, una especie de obcecación por investigar a empresas líderes en sectores intensivos en tecnología e I+D+i (*High-Tech Markets*). Y, por otro, una suerte de olvido de los principios legales y económicos largamente instaurados por el Derecho *antitrust*, como la premisa de que una excesiva intervención por parte de las autoridades o un enfoque extremadamente formalista puede comprometer la innovación, el impulso de estos nuevos modelos de negocio y el desarrollo económico de los países[54].

Respecto al debate sobre la conveniencia o no de actualizar la normativa clásica *antitrust* al análisis y evaluación de los nuevos mercados digitales, a día de hoy, no existe consenso. Aunque han aparecido algunas propuestas de comportamientos relacionados con el uso de *Big Data* que podrían calificarse como conductas prohibidas por el Derecho de la Competencia (véase el punto 4.4), algunos autores consideran que no tiene sentido realizar evaluaciones de mercados dinámicos a través de herramientas analíticas estáticas (*v.gr.* que la definición de mercado relevante atienda únicamente a la cuota de mercado de una empresa en un momento dado), cuando la realidad es que en estos mercados digitales la cuota de mercado – a los efectos de determinación del transitorio poder de mercado de

[52]AHLBORN, C.; EVANS, D. S. y PADILLA, A. J., Competition Policy in the New Economy: Is European Competition Law Up to the Challenge?, en *European Competition Law Review*, vol. 22, nº. 5, 2001, pág. 156; DÍEZ ESTELLA, F., 2003, op. cit., pp. 30-31 y POSNER, R.A., Antitrust in the New Economy, en *Working Paper nº. 106,* University of Chicago Law School, 2000.

[53] CRÉMER, J., DE MONTJOYE, Y. A. y SCHWEITZER, H., Competition Policy for the Digital Era, *European Comission*, Brussels, 2019, pág. 3 y pp. 39-53. Disponible en la dirección web: http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf. *Vid.* DÍEZ ESTELLA, F., La aplicación del Derecho de la competencia en la era digital (Casos Google, Facebook, Apple/Shazaam y el Informe de la Comisión Europea de abril de 2019), en *Anuario de derecho de la competencia*, Thomson Reuters-Civitas, 2019, pág. 232.

[54] DÍEZ ESTELLA, F., 2019, op. cit., pág. 234.

una empresa – puede considerarse como irrelevante[55]. En este sentido, en el caso Microsoft, el Tribunal de Apelación estadounidense señaló: "*Los veloces cambios tecnológicos llevan a sectores en los que las empresas compiten, a través de la innovación, por un dominio temporal del mercado, del cual pueden ser desplazados por la siguiente oleada de nuevos desarrollos de productos*"[56].

4.3. Singularidades que plantea *Big Data* en la delimitación del mercado relevante y la posición dominante

Para dictaminar si existe alguna de las conductas prohibidas por el derecho de defensa de la competencia (colusión, abuso de la posición de dominio o concentración del mercado derivada de una fusión o adquisición de empresas), en el análisis *antitrust*, resulta decisivo determinar cuál es el mercado relevante -de producto y geográfico- en el que opera la empresa o empresas de que se trate; pues, una vez identificado, será posible predicar o no una posición dominante[57]. Ello es relevante no sólo en orden a determinar si ha existido un abuso de posición dominante, sino también para valorar la compatibilidad de una operación de concentración con las normas sobre competencia y, en general, para la aplicación de las normas *antitrust*.

En diversas ocasiones, el TJUE y la Comisión han aclarado que el concepto mercado relevante "*comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos*" en "*la zona geográfica en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia en ella prevalentes son sensiblemente distintas a aquéllas*"[58].

Para delimitar el mercado relevante de producto, se suele atender al grado de sustituibilidad presente entre los diferentes tipos de productos que existan, considerando que integran un mismo mercado de producto todos aquellos que son similares e intercambiables según sus características, utilidades o precios[59]. En este sentido, los rasgos caracterizadores de los mercados digitales y, en especial los posibles mercados de datos, determinan que muchas técnicas utilizadas actualmente en el análisis *antitrust*, enfocadas en los precios, no son adecuadas por ofrecerse el servicio de forma gratuita. De hecho, los métodos clásicos presuponen

---

[55] DÍEZ ESTELLA, F., La regulación de los mercados en la era digital: ¿Quo vadis, Europa?, en *Revista CEF Legal, núm. 229*, 2020, op. cit., pág. 16.
[56] Sentencia de la Corte de Apelación del Distrito de Columbia, caso U.S. of America, Appellee, *v.* Microsoft Corp., Appellant, 253 F.3d 34 (D.C. Circuit 2001).
[57] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., op. cit., pág. 179.
[58] Comunicación de la Comisión Europea de 9 de diciembre de 1997 (DOCE C372/5), sobre la definición del mercado de referencia, recogiendo la doctrina consolidada del Tribunal de Justicia, entre otras en la STJCE de 14 de febrero de 1978, caso *United Brands*.
[59] MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., op. cit. [edición electrónica].

el intercambio de un bien o servicio por un precio, por lo que no resultaría idóneo en la identificación de un mercado en el que el servicio se ofrece a cambio de datos o información[60]. Si los consumidores tienen la expectativa de obtener un servicio a precio cero, el hecho de que se cobre una tarifa -aunque fuere mínima-, conduciría a un número significativo de usuarios a cambiarse a otras plataformas que siguen ofreciendo el mismo servicio de forma gratuita[61]. El precio no es, por tanto, un indicador fiable a la hora de medir la sustitución de servicios en entornos *online* donde los proveedores compiten a través de la calidad y la innovación, y no vía precios[62].

Si es cierto que los mercados de datos existen y pueden delimitarse, una posible opción para su medición podría ser la equiparación de un incremento en la recolección de datos personales como una subida de los precios (*data is the new currency in the Internet*) o como una degradación de la calidad de los servicios[63]. Sin embargo, la evaluación del grado de sustitución del producto por esta vía parece complicada, teniendo en cuenta que la falta de transparencia de las políticas de privacidad *online* hace que los usuarios no se percaten del aumento en la cantidad de datos recopilados y ello los sitúe en una posición de desventaja en la relación comercial, ya que no tienen influencia en la determinación de la cantidad y el tipo datos que desean compartir, ni en lo que obtendrán a cambio. En su lugar, los proveedores de los servicios *online* deciden unilateralmente qué tipo y cantidad de datos se extraerán e imponen a los usuarios aceptar los términos y condiciones o abstenerse de utilizar los servicios en una oferta de "tomarlo o dejarlo" (*take-it-or-leave-it offer*).

En la literatura sobre competencia la definición de un posible "mercado de datos" ha sido muy discutida. Algunos autores defienden la necesidad de que la

---

[60] *Vid*. HERRERO SUÁREZ, C., op. cit. pág. 6, señala que el criterio tradicionalmente utilizado del test del monopolista hipotético o *SSNIP test* tiene difícil aplicación en servicios gratuitos, ya que se limita a identificar el mercado como un conjunto más pequeño de productos o servicios sustituibles dentro del cual un hipotético monopolista puede imponer un significativo (entre un 5 y un 10%) y no transitorio (un año) aumento en el precio que, en situación de competencia normal, llevaría a un elevado número de clientes a cambiarse a otro producto.

[61] GRAEF, I., Data as Essential Facility: Competition and Innovation on Online Platforms, Thesis submitted with a view to obtaining the degree of Doctor of Laws, *KU Leuven Faculty of Law*, 2015-2016, pág. 109.

[62] *Vid.* OCDE, Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era, op. cit., pp. 16 y ss, han propuesto otros criterios como el *test SSNDQ*, centrado en la valoración de los usuarios en respuesta a una "pequeña pero significativa y no transitoria disminución de la calidad". Igualmente, respecto a la evaluación de la sustitución en el lado de los anunciantes, *Vid*. VERHAERT, J., The challenges involved with the application of article 102 TFEU to the new economy: a case study of Google, en *European Competition Law Review* 2014, vol. 35, nº. 6, 2003, pp. 269-270. Disponible en la dirección web: https://papers.ssrn.com/sol3/Data_Integrity_Notice.cfm?abid=2340958, sugieren utilizar criterios basados en encuestas y entrevistas para evaluar si los anunciantes seguirían empleando los servicios de publicidad de una plataforma determinada si el número de usuarios del otro lado disminuye de un 5 a un 10 %, mientras que los costes de la publicidad siguen siendo los mismos.

[63] HERRERO SUÁREZ, C., op. cit. pp. 6-7.

definición de mercado de datos refleje la distinción entre la recopilación de datos en un momento dado y el uso de información ampliada en una fecha posterior, ya que las concepciones estáticas del mercado de productos basadas en la colección de datos momentánea no apreciarían el aspecto competitivo de creación de valor de *Big Data*[64]*.*

Atendiendo a las actuales normas de competencia, sólo se permitiría una definición de un mercado de datos en caso de que estos se negocien realmente, como un producto en sí mismo. Ejemplos de ello son las actividades de licencias de datos y la venta de información personal recopilada por los corredores de datos a otras empresas. Por lo tanto, con arreglo a los principios vigentes en materia de competencia, el mercado pertinente de los servicios *online* -como motores de búsqueda, redes sociales y plataformas de comercio electrónico- no puede adoptar los datos como objeto definitorio si no existe una transacción económica entre los proveedores y los usuarios o si los proveedores de las plataformas *online* no venden ni comercializan datos a terceros[65]. En tales circunstancias, los principios del derecho de la competencia sólo permiten una definición de mercado basada en los servicios que ofrecen las plataformas *online*. Incluso si se considera que los usuarios pagan por los servicios gratuitos con sus datos personales, la definición del mercado bajo las normas existentes se centra en el tipo de producto o servicio ofrecido, en lugar de en los medios de pago[66].

Otra cuestión controvertida ha sido la de si los mercados de doble o múltiple cara deben analizarse de forma conjunta o si deben distinguirse mercados separados para cada uno de los lados de la plataforma. La Comisión parece considerar ambas partes conjuntamente mediante un "ecosistema empresarial" en el que no se puede mirar a un lado del mercado de forma aislada al otro. Tanto los productos gratuitos como los de pago se considerarían conjuntamente como parte de un conglomerado de servicios que es relevante para determinar la totalidad de

---

[64] COSTA-CABRAL, F. y LYNSKEY, O., op. cit., pp. 11-50, y JONES HARBOUR, P. y KOSLOV, T., Section 2 in a Web 2.0 World: An Expanded Vision of Relevant Product Markets, en *Antitrust Law Journal*, vol 76(3), 2010, pág. 773. Disponible en la dirección web: https://www.jstor.org/stable/40843729?seq=1. En sentido similar, FORREST, K. B., op. cit. pág 12, alega que "*los datos en posesión de una empresa y su capacidad algorítmica para analizarlos es el propio producto que ésta oferta en el mercado. De modo que, la mercantilización potencial de un conjunto de datos serviría como variable para definir este mercado*".

[65] GRAEF, I., op. cit., pág. 88.

[66] GRAEF, I., op. cit., pág. 89. A modo de ejemplo, en la operación de concentración de Facebook y WhatsApp, *Vid.* Decisión de la Comisión de 3 de octubre de 2014, Asunto M.7217, *Facebook/WhatsApp*, párrafo 70-72, la Comisión no investigó ninguna definición de mercado centrada en datos o servicios de análisis de datos, ya que ninguna de las partes implicadas estaba activa en tales mercados; pues, en el momento de la fusión, Facebook sólo utilizaba la información sobre sus usuarios para la prestación de servicios de publicidad dirigida y no vendía datos a terceros ni ofrecía ningún servicio de análisis de datos y, por su parte, WhatsApp no recopilaba datos personales que fueran valiosos para fines publicitarios y los mensajes enviados a través de la empresa de mensajería se almacenaban en los dispositivos móviles de los usuarios o en la nube elegida. En consecuencia, la Comisión no vio ninguna razón para considerar la existencia de un mercado potencial de datos personales.

mercados implicados en la plataforma donde participan: los propios propietarios de la plataforma, consumidores y anunciantes, entre otros[67]. A este respecto, la Comisión -ateniéndose a las circunstancias del caso concreto- no siempre ha empleado el mismo criterio en la determinación del mercado relevante. Por ejemplo, las decisiones de fusión de Microsoft/Yahoo! y Facebook/WhatsApp son dos ejemplos en los que la Comisión se basó en las funcionalidades de las plataformas *online* para delimitar por separado cada uno de los mercados implicados[68]. Por el contrario, en la investigación sobre abuso de la posición dominante contra Google, la Comisión distingue dos mercados interrelacionados con respecto a su servicio de motor de búsqueda (al que categorizó como servicio general u horizontal): por un lado, el mercado de publicidad *online* y, por otro, los servicios de comparación de precios (considerando ambos como servicios especializados o verticales)[69]. Así mismo, en la fusión entre Microsoft/Linkeldn y en el caso *Bundeskartellamt v.* Facebook -analizado en el punto 4.4.2.2-, se prestó especial atención al mercado de servicios de redes sociales[70].

En otro orden de cosas, algunos autores señalan que la afectación de la competencia efectiva en los mercados de datos debería evaluarse por la vía de los obstáculos de acceso al mercado, analizando la posible implicación de cada fase del proceso de creación de valor de *Big Data* (véase la sección 2.3) en el alzamiento de

[67] GRAEF, I., op. cit., pág. 93.

[68] *Vid.* Decisión de la Comisión Europea de 18 Febrero de 2010, Asunto COMP/M.5727, Microsoft/Yahoo! Search Business, par. 85-87, donde la Comisión no entró a valorar si la búsqueda *online* era un mercado relevante y se limitó a investigar la legalidad de la fusión en el mercado de la publicidad *online*. Por su parte, en la *Vid*. Decisión de la Comisión Europea de 3 de octubre de 2014, Asunto M.7217, Facebook/WhatsApp, la Comisión identificó dos mercados relevantes separados: uno de prestación de servicios a los usuarios y otro de servicios ofrecidos a los anunciantes. Si bien, el análisis de la eventual anticompetitividad se centró en el lado de la publicidad *online* (plataforma-anunciantes) y no entró a valorar el mercado de servicios de red social (plataforma-usuarios).

[69] *Vid*. Decisión de la Comisión de 27 de junio de 2017, Asunto 39740, Google Searchs (Shopping), donde la Comisión investigó si la presunta manipulación por parte de Google de los resultados ofrecidos por su motor de búsqueda general u horizontal (Google Search) favorecía el posicionamiento de sus propios servicios especializados o verticales de comparación de precios (Google Shopping) y si ello constituía un abuso con arreglo al art. 102 TFUE; concluyendo finalmente que Google había explotado de forma abusiva su posición de dominio en el mercado de búsqueda horizontal, al dar un tratamiento privilegiado a sus propios servicios verticales de comparación de precios mediante la modificación del funcionamiento de sus algoritmos de búsqueda, en los trece EEMM del Espacio Económico Europeo en los que Google Shopping está presente. *Vid*. URÍA MENÉNDEZ, La decisión de la Comisión Europea en el asunto *Google Search.* La última frontera del derecho de la competencia, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez, ISSN: 2174-0828/46-2017/96-103*, 2017, pág. 96.

[70] *Vid.* Decisión de la Comisión Europea de 6 de diciembre de 2016, Asunto COMP/M.8124, Microsoft/LinkedIn., se basó en la funcionalidad del servicio prestado para delimitar el mercado relevante, dictaminando que el uso profesional de la red social LinkedIn la diferenciaba de otras redes sociales de uso personal. *Vid*. HERRERO SUÁREZ, C., op. cit. pp. 11 y 12 (nota nº. 32).

barreras de entrada[71]. Por lo que respecta a la recopilación de datos, se examina si el hecho de que una empresa tenga acceso exclusivo a datos únicos -*v. gr.* acceso a publicaciones y reacciones de los usuarios en una red social dominante-, merma la capacidad del resto de plataformas para replicar tales datos y su obtención se hace cada vez más difícil sin incurrir en costes sustanciales. Es decir, debe realizarse un análisis de las circunstancias fácticas caso por caso a la hora de evaluar si idénticos datos podrían obtenerse con medios similares en otra parte del mercado[72].

Al respecto, debemos tener presente que los nuevos mercados digitales, y en especial los de doble cara, cuentan con características completamente diferentes a las de los mercados clásicos. Por ejemplo, es frecuente la presencia de efectos de red (*network effects*), es decir, el valor de los productos o servicios reside en el número de usuarios de una plataforma. Cuantos más usuarios haya, la plataforma será más atractiva para empresas –p.ej. anunciantes que buscan un público más amplio–, lo que a su vez atraerá a nuevos usuarios[73]. Además, este efecto se ve reforzado con la utilización de mecanismos de IA y aprendizaje automático (*Machine Learning)*, ya que cuantos más usuarios tenga una plataforma, más datos tiene a su alcance y los algoritmos utilizados para predecir intenciones y preferencias proporcionan mayor exactitud en sus resultados. Este proceso se conoce como "bucle de retroalimentación" (*positive feedback loops*) y puede ayudar a reforzar posiciones de dominio y a excluir al resto de competidores, puesto que cuanto más precisa y personalizada sea la identificación de los usuarios, más valor tendrá la plataforma para los anunciantes, que estarán menos dispuestos a cambiarse a otro proveedor y pagarán más por alcanzar a sus potenciales compradores[74]. Lo cual a su vez beneficia a las plataformas que, al ofrecer servicios gratuitos, su principal fuente de ingresos proviene de la publicidad y esa gratuidad de los servicios a su vez atraen a más usuarios, como si de un "círculo virtuoso" se tratara.

Sin embargo, los mercados digitales también presentan factores que *a priori* parecen impedir que mercado se concentre en pocos operadores. En primer lugar, los costes de cambiarse de una plataforma a otra son mínimos y el usuario descontento con un producto o servicio no tardará en cambiarse a otro con similares prestaciones. Esto se conoce como multiconexión o *multihoming,* es decir, la utilización de una pluralidad de proveedores simultáneamente. Lo cual obliga a las empresas a competir vía innovación y mejora continua del producto[75]. En segundo lugar, la rápida obsolescencia, bajo coste y amplia accesibilidad de los datos dificultan que una empresa pueda adquirir poder de mercado, a menos que

[71] JONES HARBOUR, P. y KOSLOV, T., op. cit., y RUBINFELD, D. L. y GAL, M. S., op. cit.
[72] MAGGIOLINO, M. y FERRARI, G., Can Digital Data be Replaced? Data, en *Competition Policy International*, 2020, pág. 41. Disponible en la dirección web: https://www.competitionpolicyinternational.com/can-digital-data-be-replaced-data-substitutability-is-the-key/.
[73] HERRERO SUÁREZ C., op. cit. pp. 4-5.
[74] HERRERO SUÁREZ C., op. cit. pp. 5-6.
[75] DÍEZ ESTELLA, F., op. cit. 2019, pp. 232-262, y HERRERO SUÁREZ C., op. cit. pág. 5.

sean continuamente actualizados y organizados. Por esta razón, el valor de *Big Data* no reside en el volumen, sino en la habilidad de una empresa para analizarlo; adquiriendo mayor importancia la utilización de algoritmos y tecnologías de lectura de información que los meros datos. Además, también existe la posibilidad de acceder a las informaciones a través de su adquisición a terceros (*Data brokers*), de ahí que la captación de datos por parte de una empresa no impida el acceso de otras[76].

Así mismo, el dinamismo del entorno digital obliga a las empresas a estar continuamente innovando y mejorando sus servicios y productos *online*, de modo que, una empresa que dominaba el mercado en un momento dado por agrupar un elevado número de usuarios, puede ser sustituida por otra en cuestión de poco tiempo[77]. De hecho, en la fusión Facebook/WhatsApp, la Comisión defendió la facilidad de los usuarios para acceder a los mercados de aplicaciones digitales[78]. Aparecen entonces visiones contrapuestas dentro de la doctrina. Por un lado, quienes opinan que la mera acumulación de datos no determina la creación de obstáculos artificiales a la libre competencia[79]. Y, por otro lado, algunas autoridades de la competencia que alertan sobre el elevado grado de concentración del mercado provocado por los efectos de red y el uso de técnicas de IA [80].

4.4. Conductas prohibidas por el Derecho de la competencia y actuaciones de las empresas en relación con *Big Data*

4.4.1. Prácticas colusorias

Cuando hablamos de prácticas colusorias, nos referimos a cualquier tipo de acuerdo, práctica concertada o conducta conscientemente paralela –p.ej. en la fijación, directa o indirecta, de precios u otras condiciones; limitación o control de las producciones; repartos de mercado; etc.– entre dos o más empresas que tengan por objeto o produzcan el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado comunitario (art. 101 TFUE) o nacional (art. 1.1 LDC). En otras palabras, se requieren tres elementos para afirmar que se da este tipo de conducta: existencia de colusión, producción de una restricción de la competencia y afectación total o parcial al comercio entre EEMM o al mercado nacional[81]. Es importante recordar que los arts. 101.3 y 1.3 LDC contemplan una excepción que, de verificarse, determinaría la validez del acuerdo, decisión o práctica. Es decir, la prohibición no será aplicable en aquellos acuerdos

[76] HERRERO SUÁREZ C., op. cit. pág. 5.
[77] DÍEZ ESTELLA, F., op. cit. 2019, pág 337.
[78] Decisión de la Comisión de 3 de octubre de 2014, Asunto M.7217, Facebook/WhatsApp, párrafo 132.
[79] HERRERO SUÁREZ C., op. cit. pp. 3-4, y SOKOL, D. y COMERFORD, R., op. cit.
[80] ACCC, Digital Platforms Inquiry: Final Report, 2019. Disponible en la dirección web: https://www.accc.gov.au/system/files/Digital%20platforms%20inquiry%20-%20final%20report.pdf; y OCDE, Consumer Data Rights and Competition, op. cit., pág. 34.
[81] MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., op. cit. [edición electrónica].

restrictivos de la competencia que contribuyan a mejorar la producción o comercialización de bienes o servicios, o a promover el progreso técnico o económico. Esta excepción supone la valoración de los efectos anticompetitivos o procompetitivos del concierto que, por su resultado final beneficioso, haga admisible cierto grado de limitación o restricción de la competencia[82].

De modo que, en el tema que nos ocupa, habrá que analizar las eficiencias que proporcionan este tipo de conductas empresariales en los mercados digitales, puesto que el uso de *Big Data* no solo entraña riesgos, también tiene el potencial de mejorar la organización y los procesos de producción dentro de las empresas y la creación de nuevos modelos de negocio. De hecho, la significativa disponibilidad y rápido procesamiento de información digital sobre precios, calidades o condiciones de compra *online* favorecen la transparencia de los mercados digitales. Sin embargo, ésta también puede acarrear un falseamiento de la competencia, al propiciar conductas colusorias entre competidores. Es frecuente que las empresas compartan datos entre ellas (*Data sharing*) en aras de prestar un servicio más eficaz y competitivo, pero este enfoque podría revestir carácter anticompetitivo desde el prisma de la prohibición de intercambios de información del artículo 101 del TFUE, si no cumple con ciertas garantías legales [83].

Por ejemplo, el desarrollo tecnológico de sistemas dinámicos de fijación de precios que se actualizan continuamente gracias a *Big Data* lo permite. A través de aplicaciones de IA o programas informáticos –como los algoritmos para la fijación de precios (*pricing bots*)– las empresas son capaces de monitorizar los precios o descuentos de empresas rivales y ajustar los propios en cuestión de segundos. Por esta razón, las empresas competidoras tendrán menores incentivos a bajar el precio. Aparecen, entonces, interrogantes en torno a si estas técnicas constituyen una práctica facilitadora (*facilitating practices*), entendida como aquella conducta que ayuda a las empresas a coordinar precios o llevar a cabo conductas anticompetitivas[84]. Es decir, estas herramientas pueden favorecer la colusión de precios explícita, tácita o incluso derivada de la programación automática de los algoritmos -sin intervención humana y sin acuerdo de coordinación previo-[85]. El algoritmo actuaría como una conducta de intercambio de información o tendría una función similar a las cláusulas de alineación simultánea. Aunque esta última opción parece algo más cercana a la ciencia ficción que a la realidad.

---

[82] BAHAMONDE DELGADO, R., op. cit. pág. 59. Así mismo, los artículos 101.3 TFUE y 1.3 LCD declaran que no será necesaria ninguna decisión administrativa previa al respecto, siempre que reúnan los siguientes requisitos: a) Permitan a los consumidores o usuarios participar adecuadamente de sus ventajas; b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos; y c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar totalmente la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

[83] DÍEZ ESTELLA, F., 2020, op. cit., pág. 19 y HERRERO SUÁREZ, C., op. cit. pág. 7.

[84] HERRERO SUÁREZ, C., op. cit. pág. 7.

[85] ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., Cuando el carterista es un robot. Colusión en mercados digitales mediante algoritmos de precios, en *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Tomo 38, 2017-2018, pp. 77-103.

Si bien es cierto, al estudiar el artículo 101 TFUE vemos que su aplicación únicamente se circunscribe a la existencia de, al menos, un concierto o entendimiento entre empresas. De modo que resulta difícil extender una conducta colusoria a los casos de mera coordinación de precios fruto de las propias fuerzas o estructuras de mercado. Además, las aplicaciones de IA y el empleo de programas informáticos proporcionan enormes beneficios a las empresas al incrementar su productividad y reducir sus costes, lo que redunda en mejores precios para el consumidor[86].

En el marco de acuerdos de distribución verticales ya se han experimentado casos en los que los algoritmos de precios han servido para ejecutar una concertación previa entre operadores. Como, por ejemplo, la sanción a GUESS en el caso COTY, en el que el fabricante recurría a técnicas de *geo-blocking* para detectar posibles descuentos realizados por los distribuidores por debajo del precio mínimo fijado[87]. También, cabe destacar la Sentencia *Eturas* del TJUE de 21 de enero de 2016, que dictamina que "*las empresas que utilizan estos medios son responsables de cualquier infracción cometida mediante programas de inteligencia de precios cuando éstos hayan sido configurados expresamente, por indicación de aquéllas, para ejecutar o facilitar una concertación prohibida. Pero, además, la especial estructura de los mercados digitales y la especialización necesaria para la programación de algoritmos de precios favorecen en estos casos la posible responsabilidad, como facilitadores de la infracción, tanto de los proveedores de los programas que incorporan algoritmos de precios (a saber, Uber, Accenture, Webtaxi) como de la propia plataforma en la que operan las empresas que los utilizan (Eturas)*"[88].

Una vez más, las dificultades de aplicar las nociones y herramientas tradicionales del Derecho de la Competencia en esta novedosa forma de colusión llevan a replantearnos si son lo suficientemente adecuadas para enfrentar el reto actual. A ello hay que añadir otras cuestiones que se han suscitado recientemente, como la relativa a la culpabilidad del sujeto infractor, ¿es posible hablar de conducta antijurídica si el precio "concertado" es fruto de un proceso automatizado? [89]

En su Informe de 2019, la Comisión examina el lugar que ocupan los datos y el empleo de algoritmos en los nuevos mercados digitales. Si bien, no hace mención alguna a si las decisiones automatizadas adoptadas mediante técnicas de IA pueden constituir una práctica colusoria contraria al artículo 101 TFUE. En

[86] DÍEZ ESTELLA, F., 2020, op. cit., pág. 30.
[87] Decisión de la Comisión Europea, de 17 de diciembre de 2018, Asunto AT.40428 – GUESS. Disponible en: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40428/40428_1205_3.pdf
[88] *Vid*. STJUE (Sala Quinta) de 21 de enero de 2016, asunto C-74/14, Eturas UAB, ECLI:EU:C:2016:42, DÍEZ ESTELLA, F., 2020, op. cit., pág. 31 y ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., op. cit. pág. 84.
[89] DÍEZ ESTELLA, F., 2020, op. cit., pág. 30 y PÉREZ HERNÁNDEZ, A., Algoritmos y derecho de la competencia: un estudio sobre la alineación automática de precios, en *Revista de Derecho Mercantil*, nº. 311, 2019, pp. 8 y ss.

cualquier caso, y pese a las dificultades de actuación a las que las autoridades de competencia se enfrentan, la Comisión ha resaltado la conveniencia de que las empresas consideren las normas de Derecho de la competencia en la programación y uso de sus algoritmos de fijación de precios (*antitrust compliance by design*)[90].

4.4.2. Abuso de la posición dominante

4.4.2.1. Conductas de abuso de posición dominante en los mercados digitales

El juego de la competencia también puede verse distorsionado por medio de la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o parte del mercado comunitario (arts. 102 TFUE) y nacional (2 LDC). De ahí que, los elementos integrantes de este tipo de prohibición sean: la existencia de una posición dominante, la realización de un comportamiento abusivo y la afectación total o parcial del mercado en cuestión[91].

La normativa *antitrust* no proporciona un concepto jurídico de posición de dominio, dejando su definición a la ciencia económica[92]. Además, la identificación de esta posición debe realizarse con respecto a un supuesto concreto y requiere, en primer lugar, de la delimitación del mercado relevante de producto y geográfico y, en segundo lugar, la identificación de la posición que ocupa la empresa en el mercado antes definido[93]. Lo cual, como ya analizamos anteriormente, se vuelve una tarea complicada al intentar aplicar criterios clásicos de medición a los mercados digitales. Por otra parte, para calificar de antijurídica la conducta se requiere que exista un comportamiento abusivo de la posición de dominio en ese mercado de referencia, es decir, "*cuando la empresa se comporta de una manera diferente a como lo haría si estuviera en un mercado plenamente competitivo*" [94]. En consecuencia, la mera existencia de una posición de dominio no implica necesariamente la presencia de un abuso anticompetitivo, puesto que el poder de mercado adquirido como consecuencia de las mejores dotes de gestión –consiguiendo producir gran cantidad de bienes a bajo coste y de alta calidad– no

[90] HERRERO SUÁREZ, C., op. cit. pág. 8.
[91] MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., op. cit. [edición electrónica].
[92] Desde este punto de vista, se considera que un operador económico se encuentra en posición de dominio cuando goza de una situación de supremacía frente a los competidores derivada de su capacidad para actuar de manera autónoma en un mercado sin tener en cuenta a sus competidores, proveedores o clientes. En este sentido, *Vid*. STJUE de 14 de febrero de 1978, asunto C-27/76, United Brands, op. cit. {65, la define como "*posición de poder económico de la que disfruta una empresa que le permite impedir el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante al posibilitarle en medida apreciable comportamientos independientes respecto a sus competidores y clientes y, en definitiva, de los consumidores"*.
[93] MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., op. cit. [edición electrónica].
[94] MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., op. cit. [edición electrónica].

debe ser objeto de cesura, ya que competir a través de la innovación o la organización del trabajo es completamente lícito[95]. De ahí que, en el contexto de los mercados digitales, esta cuestión resulte de lejos controvertida, obligando igualmente a analizar los efectos anticompetitivos o procompetitivos que el uso de *Big Data* acarrea.

En definitiva, no se prohíbe que una empresa adquiera posición de dominio en el mercado, sino que abuse de dicha posición; salvo cuando la adquisición del dominio haya venido a través de prácticas anticompetitivas, como podrían ser conductas de competencia desleal basadas en el engaño o la infracción de normas y que, por tanto, son relevantes para el Derecho de defensa de la competencia[96].

A este respecto, el principal parámetro utilizado por las autoridades de defensa de la competencia para medir la posición de dominio ha sido la cuota de mercado, aunque también pueda atenderse a otros criterios basados en la estructura del mercado o la existencia de barreras que dificulten la entrada a nuevos operadores (ventajas de costes y tecnológicas, imagen de marca, dificultades de acceso a financiación, etc.)[97]. En este contexto, se ha planteado si la acumulación de datos personales susceptibles de ser utilizados es un criterio suficiente por sí mismo para determinar si una empresa tiene posición de dominio en el mercado. Pues bien, los últimos pronunciamientos parecen dar cabida a nuevas formas de valorar las conductas empresariales en la prestación de servicios gratuitos a los usuarios. Encontramos el caso *Bundeskartellamt* contra Facebook –al fundamentar la posición de dominio en los efectos de red y la forma en que están concebidos los términos y condiciones del servicio– y el caso Google, donde la acumulación de datos sirve para justificar la dominancia[98].

Algunas de las posibles conductas abusivas que se han planteado, a través de la infracción de normas de protección de datos o de defensa de los consumidores, son:

- La falta de protección de la privacidad en determinados mercados puede ser el resultado de una posición de dominio que, más tarde, es aprovechada para obtener una ventaja competitiva acumulando grandes cantidades de datos

[95] BAHAMONDE DELGADO, R., op. cit. pág. 61.
[96] En este sentido, *Vid.* FRAMIÑÁN, J., op. cit. pp. 1-24, analiza hasta qué punto la manipulación engañosa de información o las políticas de privacidad poco transparentes, que son utilizadas para sortear la libertad de autorizar el tratamiento de datos personales de los usuarios, permiten adquirir una posición de dominio en el mercado y constituyen un abuso de la posición dominante.
[97] MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., op. cit. [edición electrónica] y *Vid.* STJCE de 13 de febrero de 1979, asunto 85/76, Hoffman-La Roche *v.* Comisión, ECLI:EU:C:1979:36.
[98] La Comisión consideró que la acumulación de datos por parte de Google no era replicable por sus competidores y constituía una barrera de entrada al favorecer su posición de dominio en el mercado de buscadores *online*, que más tarde aprovecharía para situar sus propios productos y servicios en mejor posición que los de la competencia, constituyendo esta acción un abuso con arreglo al art. 102 TFUE. *Vid*. Decisión de la Comisión de 27 de junio de 2017, Asunto 39740, Google Searchs (Shopping).

personales de los clientes de cara a utilizarlos para sí misma o venderlos a terceros [99]. Un ejemplo de ello es el anterior caso *Bundeskartellamt* contra Facebook, que estudiamos a continuación.

- Asimismo, se ha destacado la utilización de datos como instrumento de discriminación de precios. Es decir, una empresa con poder de mercado podría utilizar la información que le facilitan los usuarios, y que le permiten conocer sus pautas de compra, para establecer precios diferentes organizando grupos de consumidores en función del precio que están dispuestos a pagar en base a la información recopilada[100].

- La negativa a conceder acceso a los usuarios a sus propios datos. Considérese, por ejemplo, la negativa del fabricante de un producto, que se nutre de los datos de sus usuarios (p.ej. datos de mapas de navegación que se utilizan para construir sistemas de IA implantados en vehículos autónomos), a proporcionarles tales datos. Estaríamos ante una conducta de cierre de mercado (*foreclosure*) en un mercado secundario.[101]

- La limitación a terceros al acceso a determinados datos o negativa la suministrarlos, también podrían suponer una conducta excluyente[102]. En este sentido, algunos ejemplos que se han aportado son la celebración de contratos de exclusiva con proveedores de datos o las conductas *tying* o *bundling,* práctica consistente en subordinar la celebración de un contrato con un determinado operador a la aceptación de prestaciones adicionales, que no guardan relación con el objeto principal del contrato y que suponen el nacimiento de otra relación contractual con un nuevo operador, diferente del inicial[103]*.*

- Por último, también se ha planteado si las políticas de descuentos de fidelidad suponen un abuso o no de la dominancia. Son muchas las empresas que cuentan con esquemas de fidelización, ofreciendo a los consumidores beneficios en términos de puntos, descuentos u otras ofertas, a cambio de membresía y uso (a menudo sin precio). A primera vista, parece una estrategia de marketing diseñada para atraer y retener clientes. Sin embargo, las empresas utilizan cada vez más estos esquemas para recopilar datos, de cara a desarrollar perfiles de los consumidores y orientar la publicidad, manteniendo así el dominio en el mercado e impidiendo la entrada de nuevos competidores. En particular, la preocupación de algunas autoridades se centra en el poco control de los consumidores sobre la

---

[99] Por ejemplo, *Vid.* ROBERTSON, V., op. cit., pág. 165 señala que "*los consumidores regularmente no obtienen una voz real en cuestiones de privacidad como parte de la calidad de un producto en línea, ya que por lo general no son capaces de eludir ciertos proveedores de servicios digitales prevalentes*".

[100] HERRERO SUÁREZ, C., op. cit. pág. 9.

[101] DÍEZ ESTELLA, F., 2020, op. cit., pág. 19.

[102] AUTORITAT CATALANA DE LA COMPETENCIA, La Economía de los Datos. Retos para la competencia, REF. N.º: ES 12/2016, 2016, pp. 19 y ss.; AUTORITÉ DE LA CONCORRENCE & BUNDESKARTELLAMT, Competition Law and Data, op. cit., pp. 17 y ss.; y OCDE, Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era, op. cit. pp. 20 y ss.

[103] HERRERO SUÁREZ, C., op. cit. pág. 9.

forma en que estas empresas utilizan esos datos y sobre la falta de claridad proporcionada con relación a su recopilación y uso.[104]

4.4.2.2. El precedente alemán en el plano europeo: el caso Facebook

En marzo de 2016, el *Bundeskartellamt* (Autoridad Nacional de la Competencia alemana; en adelante, BKA), basándose en la ley alemana de defensa de la competencia (art. 19.1 del *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, en adelante GWB; que es el equivalente nacional al art. 102 del TFUE), inició formalmente un procedimiento contra Facebook[105]. En febrero de 2019, el BKA emitió una decisión administrativa determinando que Facebook había abusado de su posición dominante en el mercado de las redes sociales en Alemania a través de la violación de las normas de protección de datos. Concretamente, mediante la recopilación de datos sin límite generados con la sola acción de visitar páginas web de terceros ("*off Facebook"* o fuera de Facebook) y la consiguiente fusión de esta información con el perfil de Facebook del usuario para ser empleado con fines comerciales y a efectos de publicidad selectiva[106]. En esencia, la autoridad prohibió a la red social utilizar los términos de uso que forzaban a los usuarios a dar su consentimiento para que Facebook recopilara sus datos personales procedentes de sitios web y aplicaciones de terceros (incluyendo servicios de propiedad de Facebook, como WhatsApp e Instagram) y los asignara a las cuentas de usuario individuales.

---

[104] OCDE, Consumer Data Rights and Competition, op. cit., pág. 16.

[105] Bundeskartellamt, *Background information on the Facebook proceeding*, 2017, disponible en: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Diskussions_Hintergrundpapiere/2017/Hintergrundpapier_Facebook.pdf?__blob=publicationFile&v=6 ; y Bundeskartellamt, *Preliminary assessment in Facebook proceeding: Facebook's collection and use of data from third-party sources is abusive*, Press release 19 de diciembre de 2017, disponible en: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2017/19_12_2017_Facebook.html?__blob.publicationFile=&v.3%20[hereinafter%20Press%20Release%202017=.

[106] Bundeskartellamt, *Decision of the Bundeskartellamt B6-22/16 regarding Facebook*, 2019, disponible en: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=5 ; Bundeskartellamt, *Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources*, Background information on the Bundeskartellamt's Facebook proceeding, 2019, disponible en: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook_FAQs.html?nn=3600108 ; Bundeskartellamt, *Facebook, Exploitative business terms pursuant to Section 19(1) GWB for inadequate data processing,* Case Summary 2019, disponible en https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.html?nn=3600108 ; y Bundeskartellamt, *Bundeskartellamt / Digital Economy*, Press Release 7 de febrero de 2019, disponible en https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html?nn=3600108.

Los términos de uso estuvieron claramente en el centro de las investigaciones y fueron clave en el proceso. Las acusaciones del BKA se basaron en que Facebook situaba a los consumidores en una posición de "tomarlo o dejarlo" (*take-it-or-leave-it offer*) y constató que estas prácticas de datos servían a la red social para afianzar su posición dominante. Es decir, a cambio del servicio, los usuarios deben aceptar que un significante volumen de datos personales sea recopilado en la red social y en terceras páginas web -sin límites- o directamente abstenerse de utilizar el servicio en absoluto.

En segundo lugar, también fue clave en la acusación de abuso de posición dominante, la violación de la ley de protección de datos. Si bien la autoridad reconoce que el tratamiento de datos personales es necesario en cierta medida para la correcta prestación del servicio a sus usuarios, así como para la venta de espacios publicitarios a terceros con el fin de monetizarlo, afirma que el artículo 6.1.b del RGPD (necesidad contractual) no es suficiente para justificar la excesiva recopilación de tales datos "fuera de Facebook"[107]. Considera que no hay necesidad de fusionar datos de diferentes fuentes externas en la medida en que Facebook lo hace, no existiendo -en opinión de la autoridad- base jurídica para el tratamiento de estos datos en el art. 6.1.f RGPD (cláusula de intereses legítimos).

Así mismo, el poder de mercado de Facebook y la facultad de imponer unilateralmente las condiciones de servicio a sus usuarios jugaron un papel importante en el resultado. La autoridad concluye que sólo el "consentimiento voluntario" es válido como base jurídica legítima (véase el art. 6.1.a del RGPD), pero los términos de uso utilizados por la red social -incluyendo políticas de datos y *cookies*- no estaban a la altura del estándar de citado precepto, ya que los usuarios debían aceptarlos totalmente o abstenerse de utilizar la red social en absoluto[108]. De hecho, los usuarios se ven obligados *de facto* a aceptar, ya que los efectos directos de la red ejercen un notable peso en tal decisión. Es decir, los usuarios buscarán la red social en la que estén registrados su mayoría de amigos, por lo que carecen de alternativas adecuadas. El término "consentimiento voluntario" parece poco preciso, teniendo en cuenta que el RGPD no utiliza esta terminología. En su lugar, el artículo 4.11 del RGPD establece que el consentimiento debe ser toda manifestación de la voluntad libre, específica, informada e inequívoca. Así, el BKA acusa a Facebook de exigir un consentimiento de largo alcance y convertirlo en un requisito incondicional para el registro (art. 7.4 del RGPD[109]). En consecuencia, el BKA alega que estas infracciones de la ley de protección de datos deben concebirse como una manifestación del poder de mercado, considerando que la posición dominante de Facebook facilita la comisión de estas violaciones (causalidad normativa) y permite a la empresa obtener una ventaja competitiva frente a sus

[107] Bundeskartellamt, Case Summary 2019, op. cit., pág. 10.
[108] Bundeskartellamt, Case Summary 2019, op. cit., pág 11
[109] De acuerdo con esta disposición, "*al evaluar si el consentimiento se ha dado libremente, se tendrá en cuenta en la mayor medida posible el hecho de si, entre otras cosas, la ejecución de un contrato, incluida la prestación de un servicio, se supedita el consentimiento al tratamiento de datos personales que no son necesarios para la ejecución de dicho contrato*".

competidores, aumentando con ello las barreras de entrada en el mercado de las redes sociales[110].

Facebook apeló la decisión del BKA ante el Tribunal Regional Superior de Düsseldorf, que suspendió el auto en agosto de 2019[111]. La suspensión del auto de ejecución eximió a Facebook de la aplicación de la decisión administrativa, pero el BKA recurrió ante el Tribunal Federal de Justicia de Alemania (*Bundesgerichtshof*). Este último órgano emitió un auto en junio de 2020, revocando la decisión suspensiva de los efectos ejecutivos adoptada por el Tribunal Regional de Düsseldorf[112]. En consecuencia, Facebook debe modificar su política de tratamiento de datos en el plazo de doce meses, como impuso en un primer momento el BKA[113].

El *Bundesgerichtshof* basó su decisión en que la falta de opciones disponibles para los usuarios de Facebook no solo afecta a su autonomía personal y derecho de autodeterminación informativa protegidos por el RGPD, sino que también supone un abuso relevante para el Derecho de competencia, puesto que la ausencia de opciones alza barreras que impiden que los usuarios se cambien de proveedor. Adicionalmente, determina que la posición de mercado de Facebook se caracteriza principalmente por sus efectos de red, ya que los beneficios de los usuarios y anunciantes aumentan a medida que el número total de personas conectadas crece. En este sentido, el *Bundesgerichtshof* indica que la posición de mercado de

---

[110] Bundeskartellamt, Case Summary 2019, op. cit., pág. 11.

[111] En particular, el Tribunal no aceptó que una posible violación de las normas de privacidad desencadenara automáticamente una violación de las normas antimonopolio como abuso de posición dominante. Además, el tribunal opinó que los usuarios deciden de forma autónoma si están de acuerdo con los términos y condiciones de Facebook al inscribirse en el servicio y consideró que la recopilación de datos de Facebook no era abusiva porque los consumidores podían seguir proporcionando iguales datos a otras redes sociales. Además, constató que el BKA no había conseguido demostrar cómo las prácticas de datos de Facebook perjudicaban la competencia. *Vid*. Decision of the Higher Regional Court of Düsseldorf in interim proceedings, 26 August 2019, Case VI-Kart 1/19 (V), *Facebook/Bunderskartellamt* (versión traducida al inglés por: www.d-kart.de) ; SCHLIMPERT, D., "Victory for Facebook as Düsseldorf court suspends the Bundeskartellamt's decision", CMS Law-Now, 30 de Agosto de 2019 (disponible en: https://www.cms-lawnow.com/ealerts/2019/08/victory-for-facebook-as-duesseldorf-court-suspends-the-bundeskartellamts-decision).

[112] *Vid.* Courtesy translation of Press Release No 080/2020 published by the Bundesgerichtshof (Federal Court of Justice) on 23/06/2020 provided by the Bundeskartellamt (disponible en: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2020/23_06_2020_BGH_Facebook.html?nn=3591568), donde el Tribunal Federal afirma: "*los términos de uso de Facebook no permiten a los usuarios decidir si desean tener una experiencia más personalizada -lo que implica permitir que Facebook vincule los datos generados tanto dentro como fuera de la plataforma- o, en cambio, prefieren un nivel de personalización basado únicamente en los datos que ellos mismos comparten en facebook.com*".

[113] VEGA, G., "Golpe de la justicia alemana a Facebook por abusar de su dominio al recopilar datos", ELPAÍS, 24 de junio de 2020 (disponible en: https://elpais.com/tecnologia/2020-06-24/golpe-de-la-la-justicia-alemana-a-facebook-por-abusar-de-su-dominio-al-recopilar-datos.html).

Facebook podría ser desafiada únicamente si un competidor logra captar dentro de un tiempo razonable a un número suficiente de usuarios para que su red resulte atractiva. Además, el acceso a una mayor base de datos aumenta las posibilidades de financiar la red social utilizando los beneficios generados por los contratos publicitarios cuyo rendimiento también depende del alcance y la calidad de los datos disponibles. Por todo ello, el acceso a datos personales, a juicio de la Corte, es un parámetro válido para medir la posición de mercado[114].

4.4.3. Control de concentraciones entre empresas

Un último bloque dentro del Derecho de defensa de la competencia viene representado por el control de concentraciones empresariales, especialmente, fusiones y adquisiciones de empresas. Su régimen jurídico se recoge, a nivel comunitario, en el Reglamento (CE) n.º 139/2004, del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (en adelante, RCC) y, a nivel interno, en los artículos 7 a 10 y 55 a 60 de la LDC[115].

Por concentración se entiende toda operación que suponga un cambio duradero de la estructura de control de la totalidad o parte de una o varias empresas como consecuencia de la fusión de varias empresas anteriormente independientes, la adquisición por una empresa del control sobre la totalidad o parte de una o varias empresas o la creación de una empresa en común (empresa en participación o *joint venture*) o la adquisición del control conjunto sobre una o varias empresas, cuando éstas desarrollen de manera permanente las funciones de una entidad económica autónoma (arts. 3 RCC y 7 LCD)[116]. La regla general es la concentración libre y no sometida a la previa autorización administrativa, salvo aquellas operaciones que, por su dimensión o su trascendencia en el mercado, puedan afectar gravemente a la competencia y por tanto requieran someterse al control y autorización de la Comisión, a nivel europeo (arts. 1.2 y 4 RCC), o de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), a nivel nacional (arts. 8 y 9.1 LDC)[117].

La Comisión ha prestado considerable atención al papel que desempeña *Big Data* en concentraciones de empresas digitales, destacando a nivel europeo los casos de Google/DoubleClick, Facebook/Whatsapp, Microsoft/LinkedIn, Microsoft/Yahoo! y Apple/Shazaam[118]. Si bien la Comisión termina autorizando

[114] Courtesy translation of Press Release No 080/2020 published by the Bundesgerichtshof, op. cit.
[115] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., op. cit. pág. 181.
[116] MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., op. cit. [edición electrónica].
[117] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., op. cit. pp. 182-183 y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., op. cit. [edición electrónica].
[118] Decisión de la Comisión Europea de 11 de marzo de 2008, Caso COMP/M.4731 - Google/DoubleClick. ; Decisión Facebook/WhatsApp, op. cit. ; Decisión Microsoft/Yahoo!, op. cit. ; Decisión Microsoft/LinkedIn, op. cit. ; y Decisión de la Comisión Europea de 6 de septiembre de 2018, Caso M.8788, Apple/Shazaam, conforme al art. 8.1 del Reglamento (CE) 139/2004, disponible en: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8788_1279_3.pdf

todos ellos, se plantea si es preciso revisar los criterios sustantivos utilizados en el control de concentraciones para adaptarlos a casos en los que los umbrales centrados exclusivamente en el volumen de negocios (art. 1 RCC) excluyan situaciones en las que una plataforma dominante, motivada por las perspectivas de obtener acceso a una variedad de fuentes de datos adicionales y beneficiarse así de fuertes efectos de red, adquiera pequeñas empresas emergentes e innovadoras, con un volumen de negocio relativamente pequeño, pero una base de usuarios creciente y con un gran potencial de ejercer presión competitiva[119]. De esta manera, el incremento en la concentración del volumen de datos puede ser tal que impida acceder al mercado a otros competidores[120].

Si bien es cierto, la concentración de diferentes fuentes de datos, como resultado de una fusión corporativa o de otro tipo, no supone necesariamente una mejora de la capacidad de las empresas para explotar esos datos, ya que es necesaria una infraestructura técnica capaz de analizarlos. En este punto, el análisis competitivo de una concentración implica la evaluación del mercado relevante, el poder de mercado, las eficiencias, los efectos red, etc. De forma que podamos averiguar -para el caso concreto- hasta qué nivel la acumulación de *Big Data* entre la empresa adquirente y la adquirida constituye una barrera de entrada competitiva en el mercado de referencia, o si simplemente constituye un recurso esencial que las empresas deben compartir y dar acceso para garantizar la competencia en el mercado[121].

En consecuencia, han aparecido algunas propuestas como la introducción de un umbral de notificación complementario, basado no en el volumen de negocios, sino en el valor de la transacción[122]. Sin embargo, en el Informe, la Comisión sostiene que aún es demasiado pronto, por la falta de consenso entre los expertos[123].

Si bien es cierto que en el análisis *ex post* de conductas restrictivas por abuso de posición dominante es más viable evaluar el papel que los datos ejercen en el mercado y su potencial anticompetitivo; el análisis del control de concentraciones es siempre prospectivo, y predecir *ex ante* qué papel van a jugar los datos en el futuro del mercado en el que la operación se evalúa, se vuelve una tarea un tanto compleja. A lo cual se suma que, en el cambiante ecosistema digital, hacer este tipo de predicciones es difícil y llevar a cabo una intervención demasiado temprana puede suponer un riesgo para el desarrollo de mercado y la innovación.[124]

Por todo ello, en principio, podríamos deducir que la adquisición de datos por sí misma no se considera perniciosa para la competencia, sino que es preciso un análisis caso por caso del tipo de datos que se adquieren, de la finalidad y uso que

[119] CRÉMER, J., DE MONTJOYE, Y. A. y SCHWEITZER, H., op. cit. pp. 110-123 ; DÍEZ ESTELLA, F., op. cit, 2020, pág. 28; y HERRERO SUÁREZ, C., op. cit., pág. 8.
[120] HERRERO SUÁREZ, C., op. cit., pág. 8.
[121] DÍEZ ESTELLA, F., op. cit, 2020, pág. 26.
[122] HERRERO SUÁREZ, C., op. cit., pág. 8.
[123] CRÉMER, J., DE MONTJOYE, Y. A. y SCHWEITZER, H., op. cit., pág. 124.
[124] DÍEZ ESTELLA, F., op. cit, 2020, pág. 28.

se pretende hacer de ellos, de su carácter irreplicable o escaso y del grado en que estos afectan al nivel de concurrencia del mercado[125].

5. Conclusiones

Los mercados digitales y, en especial, el uso generalizado de tecnologías basadas en *Big Data* llevan aparejados una serie de riesgos y problemas regulatorios que el Derecho debe prever y legislar. En primer lugar, surgen problemas de información asimétrica asociados al desequilibrio existente en la relación comercial entre los usuarios y el proveedor de la plataforma, que en muchas ocasiones son fruto de la llamada "paradoja de la privacidad" y la falta de transparencia en los términos y condiciones de uso de las plataformas. Este primer riesgo conduciría a un segundo, que se refiere a la posibilidad de que la explotación de largas bases de datos personales -obtenidos como consecuencia del desequilibrio anterior- pueda derivar en conductas prohibidas por el Derecho de defensa de la competencia. En este sentido, habrá que tener presente, por un lado, las características propias de los datos, como bienes no excluibles ni rivales, y por tanto considerar si los conjuntos *Big Data* son únicos o replicables por los competidores; y, por otro lado, el dilema de compensar los beneficios que su uso aporta en términos de progreso científico y técnico frente al riesgo de suponer una posible lesión para los derechos de privacidad o autonomía informativa de los usuarios.

Si el Derecho de defensa de la competencia es la herramienta legal orientada a tutelar o proteger la libertad de competencia –entendida como aquella situación en la que dos o más empresarios, libres para iniciar una actividad mercantil, concurren en el mismo ámbito del mercado para ofrecer bienes o servicios a una misma clientela–sancionando los abusos que constituyen obstáculos artificiales voluntariamente creados por los empresarios que son perjudiciales para el ordenado desarrollo de la competencia practicable en el mercado; debería dar respuesta a aquellas situaciones que, como consecuencia del uso de grandes volúmenes de datos, derivan en conductas anticompetitivas que pueden falsear la competencia. Aunque en ocasiones sea difícil la medición de ciertos elementos –claves en la determinación de la conducta prohibida– debido a la gratuidad de los servicios ofrecidos por las plataformas, los fundamentos y principios de esta rama del derecho no han cambiado.

Algunos autores defienden la inconveniencia de acudir al derecho *antitrust* para abordar problemas de privacidad, defendiendo que la legislación de protección de datos y consumo protegen situaciones y bienes jurídicos distintos a los preservados por la defensa de la competencia. Sin embargo, las ramas legales de competencia, consumo y protección de datos –a pesar de servir a intereses y objetivos distintos– parecen confluir a la hora de solventar los problemas que la economía digital nos presenta. En consecuencia, aunque el caso concreto pueda ser resuelto por la vía del Derecho de consumo o protección de datos, ello no impide la

[125] HERRERO SUÁREZ, C., op. cit. pág. 8.

aplicación de la normativa *antitrust* cuando la estructura competencial del mercado se ve afectada como consecuencia de las infracciones de aquellas normativas.

La comparación entre el caso de Facebook italiano y alemán es un ejemplo sobre este dilema regulatorio. Cada ANC abordó el problema con diferente perspectiva, partiendo también de que las competencias que tiene cada organismo en la materia son distintas. Por una parte, la AGCM, competente en materia de competencia y consumo, evitó tanto la compleja delimitación del mercado relevante como la cuestión de abuso de la posición de dominio de Facebook, sancionando a la red social mediante la legislación de consumo. Por el contrario, la falta de competencia en materia de consumo del BKA le llevó a encauzar el caso por la vía del derecho de competencia y la protección de datos. Unos mismos hechos, canalizados por diferentes vías de investigación, llevaron a diferentes soluciones. Teniendo en cuenta que el Derecho de consumo tiene por objeto sancionar las prácticas comerciales que perjudican a grupos pequeños de consumidores, en lugar de abordar cuestiones estructurales que afectan al grado de competencia en el mercado, las multas administrativas en materia de consumo son, en general, sustancialmente inferiores a las multas de competencia. Nos preguntamos entonces si las sanciones impuestas por la AGMC tendrán algún efecto disuasorio que hagan cambiar el comportamiento futuro de corporaciones multinacionales como Facebook y harán que aumente la transparencia de sus políticas de privacidad y *cookies*.

Además, la coexistencia o posible aplicación de diferentes ramas del derecho puede generar inseguridad jurídica para las empresas y crear cargas regulatorias iguales tanto para las compañías dominantes del mercado, como para los nuevos participantes. En particular, cabe la posibilidad de que una misma empresa sea sancionada varias veces por el mismo tipo de conducta en virtud de diferentes ramas jurídicas en diferentes jurisdicciones europeas.

Por otra parte, atendiendo al debate sobre si la intervención de las autoridades de la competencia en materia de protección de datos puede comprometer la innovación y el progreso técnico derivado de *Big Data*, algunas voces son críticas y consideran que la regulación debe llevarse a cabo con cautela de forma que se afecte en la menor medida posible a la innovación. Si bien, la Comisión Europea ve, en el hecho de que algunas prácticas basadas en *Big Data* produzcan lesiones a los derechos de los usuarios, una obligación de actuar. En esta línea, algunos autores defienden que el objetivo de garantizar la existencia de una competencia suficiente también implica protegerla frente a todo ataque contrario al interés público, aunque ello implique tener que acudir a otras ramas del Derecho que persiguen intereses distintos, puesto que el artículo 3 del TUE lo permite, al no superponer el fin de garantizar una "economía social de mercado altamente competitiva" sobre el resto de objetivos enunciados. A este respecto, la Estrategia de datos de la UE no solo pretende crear un mercado único de datos que favorezca su circulación libre y segura, también tiene como principal prioridad convertir a la UE en líder de una sociedad impulsada por los datos.

En última instancia, y tratando de responder a la cuestión relativa a la necesidad -o no- de actualizar la normativa *antitrust*, adaptándola a los rápidos y complejos cambios que traen los mercados digitales, la conclusión alcanzada en el

punto 4 se resumen en que: puesto que los criterios de medición tradicionales –como los test para la determinación del mercado relevante, el volumen de negocio en las fusiones entre empresas o la cuota de mercado en los abusos de posición dominante, entre otros– no permiten solucionar los problemas y riesgos surgidos en el marco de la economía digital, ni tan siquiera admiten la definición de un mercado de datos; *a priori* hemos de concluir que la adquisición y el procesamiento de datos por sí solos no pueden considerarse prácticas perniciosas para la libre competencia. Sino que es preciso un análisis caso por caso, sobre: el tipo de datos que se adquieren, la fuente y licitud en su obtención, la finalidad y uso que se pretende hacer de ellos, su carácter irreplicable o escaso y el nivel en que estos afectan al nivel de concurrencia del mercado. Por ello, en esta tarea, será fundamental analizar si las nuevas características que presentan los mercados digitales suponen obstáculos connaturales o artificiales a la libre competencia y, en este último caso, ponderar los efectos anticompetitivos o procompetitivos que el uso de *Big Data* genera en las empresas y los mercados.

Como hemos podido comprobar, la complejidad de estos mercados, que agrupan distintos tipos de usuarios con demandas interrelacionadas, dificulta la aplicación de los instrumentos tradicionales de análisis. En este escenario, las autoridades de competencia se enfrentarán a problemas cada vez más complejos del entorno digital.

Quedan, además, otras muchas cuestiones abiertas, como la relativa a si las decisiones automatizadas adoptadas mediante técnicas de IA pueden constituir una práctica prohibida de colusión y qué tipo de responsabilidad se le puede exigir a una empresa que haya utilizado estas técnicas automáticas, que no requieren intervención humana. Para conocer la solución a todas estas cuestiones, habrá que esperar para ver si las proposiones de ley diseñadas por la Comisión –apodadas como Ley Mercados Digitales (*Digital Markets Act*) y Ley Servicios Digitales (*Digital Services Act*), que se debatirán próximamente a través del procedimiento legislativo ordinario en el Parlamento Europeo y el Consejo– dan finalmente una solución a todos estos interrogantes[126].

[126] COMISIÓN EUROPEA, Ley de Mercados Digitales: para unos mercados digitales justos y abiertos, disponible en: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-markets-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets_es y COMISIÓN EUROPEA, Ley de Servicios Digitales: para un entorno online seguro y responsable, disponible en: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act-ensuring-safe-and-accountable-online-environment_es

6. Bibliografía y decisiones judiciales o administrativas consultadas

6.1. Bibliografía

ACCC, Digital Platforms Inquiry: Final Report, 2019. Disponible en la dirección web: https://www.accc.gov.au/system/files/Digital%20platforms%20inquiry%20-%20final%20report.pdf;

ACQUISTI, A., TAYLOR, C. y WAGMAN, L., The Economics of Privacy, en *Journal of Economic Literature*, vol. 54(2), 2016, pp. 442-492, http://dx.doi.org/10.1257/jel.54.2.442

AHLBORN, C.; EVANS, D. S. y PADILLA, A. J., Competition Policy in the New Economy: Is European Competition Law Up to the Challenge?, en *European Competition Law Review*, vol. 22, nº. 5, 2001, pág. 156.

AUTORITAT CATALANA DE LA COMPETENCIA, La Economía de los Datos. Retos para la competencia, REF. N.º: ES 12/2016, 2016, pp. 19 y ss. Disponible en la página web: http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxius/actuacions/Eco-Datos-y-Competencia-ACCO.pdf

AUTORITÉ DE LA CONCORRENCE & BUNDESKARTELLAMT, Competition Law and Data, 2016. Disponible en la dirección web: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.html;jsessionid=C0B284AA96146DD3636607712B1EB488.2_cid387?nn=3591568

BAHAMONDE DELGADO, R.: *El Derecho de la Competencia y los acuerdos de transferencia de tecnología*. Thomson Reuters Aranzadi. Pamplona. 2016

BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*[27], vol. 1, Tecnos, Madrid, 2020.

BOTTA, M. y WIEDEMANN, K., The Interaction of EU Competition, Consumer, and Data Protection Law in the Digital Economy: The Regulatory Dilemma in the Facebook Odyssey, en *The Antitrust Bulletin*, vol. 64(3), 2019, pp. 432-433.

COMISIÓN EUROPEA, Estrategia Europea de datos, hacer de la UE una sociedad capacitada por los datos, disponible en: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-data-strategy_es#un-mercado-nico-de-datos

COMISIÓN EUROPEA, Ley de Mercados Digitales: para unos mercados digitales justos y abiertos, disponible en: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-markets-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets_es

COMISIÓN EUROPEA, Ley de Servicios Digitales: para un entorno online seguro y responsable, disponible en: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act-ensuring-safe-and-accountable-online-environment_es

COLANGELO, G. y MAGGIOLINO, M., Data Protection in Attention Markets: Protecting Privacy through Competition?, en *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 8, Issue 6, 2017, pp. 363-369.

COSTA-CABRAL, F. y LYNSKEY, O., Family ties: the intersection between data protection and competition in EU Law, en *Common Market Law Review*, vol. 54(1), 2017, pp. 11-50. Disponible en la dirección web: http://eprints.lse.ac.uk/68470/7/Lynskey_Family%20ties%20the%20intersection%20between_Author_2016_LSERO.pdf.

CRÉMER, J., DE MONTJOYE, Y. A. y SCHWEITZER, H., Competition Policy for the Digital Era, *European Comission*, Brussels, 2019, pp. 39-53. Disponible en la dirección web: http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf

CUSTERS, B., Informed Consent in Social Media Use—The Gap between User Expectations and EU Personal Data Protection Law, en *SCRIPTed*, vol. 10, 2013, pp. 456-457.

DE MAURO, A., GRECO, M. y GRIMALDI, M., A Formal Definition of Big Data Based on its Essential Features, en *Library Review*, vol. 65, nº. 3, 2016, pp. 122-135.

DÍEZ ESTELLA, F., La aplicación del Derecho de la competencia en la era digital (Casos Google, Facebook, Apple/Shazaam y el Informe de la Comisión Europea de abril de 2019), en *Anuario de derecho de la competencia*, Thomson Reuters-Civitas, 2019, pp. 231-262.

DÍEZ ESTELLA, F., La regulación de los mercados en la era digital: ¿Quo vadis, Europa?, en *Revista CEF Legal, núm. 229*, 2020, pág. 30.

DÍEZ ESTELLA, F., Los objetivos del Derecho Antitrust, en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, nº. 224, 2003, pp. 32 a 52.

EVANS, D. y NOEL, M., Defining Markets that involve Multi-Sided Platforms Businesses: An Empirical Framework with an Application Google's purchase of Double Click, 4 AEI Brookings Joint Center for Regulatory Studies, en *Working Paper 07-18*, 2007. Disponible en la dirección web: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id-1089073

FIKENTSCHER, W., Las tres funciones del control de la economía (Derecho antimonopolio), en *Revista de Derecho Mercantil,* nº. 172-173, 1984, pp. 459 y ss.

FORREST, K. B., Big Data and online advertising: emerging competition concerns, en *CPI Antitrust Chronicle*, 2019, pág. 10.

FRAMIÑÁN, J., Big Data, consentimiento para tratar datos personales y Derecho de Defensa de la competencia, en *Revista de Derecho Mercantil nº. 310/2018*, Editorial Civitas S.A., 2018, pág. 6 [edición electrónica].

GAL, M. y RUBINFELD, D., Data Standardization, en *New York University Law Review*, vol. 93, nº. 4, 2019, pp. 737-770. Disponible en la dirección web: https://www.nyulawreview.org/wp-content/uploads/2019/10/NYULAWREVIEW-94-4-GalRubinfeld-1.pdf.

GILBERT, P. y PEPPER, R., Privacy Considerations in European Menger Control: A Square Peg for a Round Hole, en *CPI Antitrust Chronicle*, vol. 5, 2015.

GRAEF, I., Data as Essential Facility: Competition and Innovation on Online Platforms, Thesis submitted with a view to obtaining the degree of Doctor of Laws, *KU Leuven Faculty of Law*, 2015-2016.

GRAGLIA, L.A., Is Antitrust Obsolete?, en *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 23, 1999, pp. 11-21.

HERRERO SUÁREZ, C., La economía de los grandes datos o Big Data desde el Derecho de la competencia: ¿nuevos problemas? ¿nuevas soluciones?, en *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución nº. 23,* 2018 [edición electrónica].

KEMP, K., Concealed Data Practices and Competition Law: Why Privacy Matters, en *University of New South Wales Law Research Paper nº. 19-53*, 2020. Disponible en la dirección web: http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3432769

JONES HARBOUR, P. y KOSLOV, T., Section 2 in a Web 2.0 World: An Expanded Vision of Relevant Product Markets, en *Antitrust Law Journal*, vol 76(3), 2010, pp. 769-797. Disponible en la dirección web: https://www.jstor.org/stable/40843729?seq=1.

MAGGIOLINO, M. y FERRARI, G., Can Digital Data be Replaced?, en *Competition Policy International*, 2020, pág. 37. Disponible en la dirección web: https://www.competitionpolicyinternational.com/can-digital-data-be-replaced-data-substitutability-is-the-key/.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., *Lecciones de Derecho mercantil*[17], vol. I, Civitas Thomson Reuters, 2019 [edición digital].

MUSGROVE, J., Both Sides Now: a brief reflection on the Two-Sided Market Debate, en *CPI Antitrust Chronicle*, vol. 6, Junio 2013.

OCDE, Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era, *Background note DAF/COMP(2016)14*, 2016.

OCDE, Consumer Data Rights and Competition, *Background note DAF/COMP(2020)1*, 2020.

OCDE, Exploring the Economics of Personal Data: A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value, *DSTI/ICCP/IE/REG(2011)2/FINAL*, 2013.

OCDE, Good practice guide on consumer data, *OECD Publishing* nº. 290, 2019. Disponible en la dirección web: https://read.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/good-practice-guide-on-consumer-data_e0040128-en#page1

PANIAGUA AZURERA, M., *Derecho mercantil: empresa, empresario, derecho de la competencia y de la propiedad industrial, derecho de sociedades, derecho preconcursal y concursal*[2], Iustel, Madrid, 2020, pág. 195.

PÉREZ HERNÁNDEZ, A., Algoritmos y derecho de la competencia: un estudio sobre la alineación automática de precios, en *Revista de Derecho Mercantil*, nº. 311, 2019, pp. 8 y ss.

POSNER, R. A., Antitrust in the New Economy, en *Working Paper nº. 106,* University of Chicago Law School, 2000.

PUYOL MONTERO, J.: *Aproximación jurídica y económica al Big Data*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 10.

OHLHAUSEN, M. K. y OKULIAR, A. P., Competition, Consumer Protection, and the Right to Privacy, en *Antitrust Law Journal*, vol. 80, nº. 1, 2015, pp. 121-156.

ROBERTSON, V., Excessive Data Collection: Privacy Considerations and Abuse of Dominance in the Era of Big Data, en *Common Market Law Review*, vol. 57, 2020, pág. 162. Disponible en la dirección web: https://ssrn.com/abstract=3408971

ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., Cuando el carterista es un robot. Colusión en mercados digitales mediante algoritmos de precios, en *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Tomo 38, 2017-2018, pp. 77-103.

RONCERO SÁNCHEZ, A., Big Data y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital, en *Revolución digital, derecho mercantil y Token economía*, Tecnos, 2019.

RUBINFELD, D. L. y GAL, M. S., Access Barriers to Big Data, vol. 59, en *Arizona Law Review*, 2017, pp. 345 y ss.

SCHLIMPERT, D., "Victory for Facebook as Düsseldorf court suspends the Bundeskartellamt's decision", CMS Law-Now, 30 de Agosto de 2019 (disponible en: https://www.cms-lawnow.com/ealerts/2019/08/victory-for-facebook-as-duesseldorf-court-suspends-the-bundeskartellamts-decision).

SOKOL, D. y COMERFORD, R., Does Antitrust Have a Role to Play in Regulating Big Data?, en *Cambridge Handbook of Antitrust, Intellectual Property and High Tech*, Cambridge University Press, 2016. Disponible en la dirección web: https://ssrn.com/abstract=2723693

STUCKE, M. y GRUNES, A. P., Big Data and Competition Policy, en *Oxford University Press*, Oxford, 2016, pp. 15 y ss.

URÍA MENÉNDEZ, La decisión de la Comisión Europea en el asunto *Google Search.* La última frontera del derecho de la competencia, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez, ISSN: 2174-0828/46-2017/96-103* , 2017, pág. 96.

VEGA, G., "Golpe de la justicia alemana a Facebook por abusar de su dominio al recopilar datos", ELPAÍS, 24 de junio de 2020 (disponible en: https://elpais.com/tecnologia/2020-06-24/golpe-de-la-la-justicia-alemana-a-facebook-por-abusar-de-su-dominio-al-recopilar-datos.html).

VERHAERT, J., The challenges involved with the application of article 102 TFEU to the new economy: a case study of Google, en *European Competition Law Review* 2014, vol. 35, nº. 6, 2003, pp. 269-270. Disponible en la dirección web: https://papers.ssrn.com/sol3/Data_Integrity_Notice.cfm?abid=2340958.

VESTAGER, M., "Competición en un mundo de *big data".* Discurso de la Comisaria de competencia, Margrethe Vestager, de 17 de enero de 2016. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-big)

6.2. Jurisprudencia consultada

- **Tribunal de Justicia de la Unión Europea:**

STJUE de 25 de octubre de 1977, asunto C-26/76, Metro *v.* Comisión (Metro I), Rec. 1977, p. 1875, apartado 21.

STJUE de 14 de febrero de 1978, asunto C-27/76, United Brands Company and United Brands Continentaal BV *v.* Comisión, ECLI:EU:C:1978:22, {130–62

STJCE de 13 de febrero de 1979, asunto 85/76, Hoffman-La Roche *v.* Comisión, ECLI:EU:C:1979:36.

STJUE de 23 de noviembre de 2006, asunto C-238/05, Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL *v.* Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc), ECLI:EU:C:2006:734, {63-72

STJUE de 6 de diciembre de 2012, asunto C-457/10 P, AstraZeneca *v.* Comisión Europea, ECLI:EU:C:2012:770, {132.

STJUE (Sala Quinta) de 21 de enero de 2016, asunto C-74/14, Eturas UAB, ECLI:EU:C:2016:42.

- **Tribunales nacionales:**

Sentencia de la Corte de Apelación del Distrito de Columbia, caso U.S. of America, Appellee, *v.* Microsoft Corp., Appellant, 253 F.3d 34 (D.C. Circuit 2001).

Decision of the Higher Regional Court of Düsseldorf in interim proceedings, 26 August 2019, Case VI-Kart 1/19 (V), *Facebook/Bunderskartellamt* (versión traducida al inglés por: www.d-kart.de).

6.3. Decisiones y comunicaciones administrativas

- **Órganos comunitarios:**

Comunicación de la Comisión Europea de 9 de diciembre de 1997 (DOCE C372/5), sobre la definición del mercado de referencia, recogiendo la doctrina consolidada del Tribunal de Justicia, entre otras en la STJCE de 14 de febrero de 1978, caso *United Brands*.

Decisión de la Comisión 82/724/CEE de 29 de octubre de 1982, Asunto IV/30.517 – Amersham Buchler, apartado 11.

Decisión de la Comisión 93/49/CEE de 23 de diciembre de 1992, Asunto IV/33.814 – Ford Volkwagen, apartado 23.

Decisión de la Comisión 94/986/CE de 21 de diciembre de 2001, Asunto COPM/IV/34.252 – Philips/Osram, apartado 27.

Decisión de la Comisión Europea de 11 de marzo de 2008, Caso COMP/M.4731 - Google/DoubleClick.

Decisión de la Comisión Europea de 18 Febrero de 2010, Asunto COMP/M.5727, Microsoft/Yahoo!

Decisión de la Comisión Europea de 3 de octubre de 2014, Asunto M.7217, Facebook/WhatsApp.

Decisión de la Comisión Europea de 6 de diciembre de 2016, Asunto COMP/M.8124, Microsoft/LinkedIn.

Decisión de la Comisión de 27 de junio de 2017, Asunto AT.39740, Google Searchs (Shopping)

Decisión de la Comisión Europea de 6 de septiembre de 2018, Caso M.8788, Apple/Shazaam, conforme al art. 8.1 del Reglamento (CE) 139/2004, disponible en: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8788_1279_3.pdf

Decisión de la Comisión Europea de 17 de diciembre de 2018, Asunto AT.40428 – GUESS. Disponible en:

https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40428/40428_1205_3.pdf

- **Órganos nacionales:**

AGCM, Decisión y nota de prensa de la AGCM de 29 de noviembre de 2018, en el caso Facebook Inc. y Facebook Ireland Ltd., disponible en la dirección web: https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2018/12/Uso-dei-dati-degli-utenti-a-fini-commerciali-sanzioni-per-10-milioni-di-euro-a-Facebook

Bundeskartellamt, *Decision of the Bundeskartellamt B6-22/16 regarding Facebook*, 2019, disponible en: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=5Bundeskartellamt,

Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources, Background information on the Bundeskartellamt's Facebook proceeding, 2019, disponible en: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook_FAQs.html?nn=3600108

Bundeskartellamt, *Facebook, Exploitative business terms pursuant to Section 19(1) GWB for inadequate data processing,* Case Summary 2019, disponible en https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.html?nn=3600108

Bundeskartellamt, *Bundeskartellamt / Digital Economy*, Press Release 7 de febrero de 2019, disponible en https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html?nn=3600108.

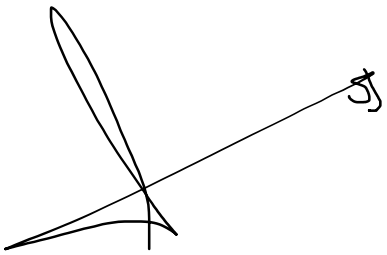
Bundeskartellamt, *Background information on the Facebook proceeding*, 2017, disponible en: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Diskussions_Hintergrundpapiere/2017/Hintergrundpapier_Facebook.pdf?__blob=publicationFile&v=6

Bundeskartellamt, *Preliminary assessment in Facebook proceeding: Facebook's collection and use of data from third-party sources is abusive*, Press release 19 de diciembre de 2017, disponible en: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2017/19_12_2017_Facebook.html?__blob.publicationFile=&v.3%20[hereinafter%20Press%20Release%202017=

Courtesy translation of Press Release No 080/2020 published by the Bundesgerichtshof (Federal Court of Justice) on 23/06/2020 provided by the Bundeskartellamt (disponible en:https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2020/23_06_2020_BGH_Facebook.html?nn=3591568).

FECHA DE ENTREGA: **17 de febrero de 2021**

FIRMA:



Lorea Sepúlveda Jiménez