

EL BIG DATA Y EL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

**TFG presentado por Sabela Corral
Canda**

Curso académico 2020/2021

Tutor Ángel García Vidal

RESUMEN

Este trabajo tiene como objetivo la realización de un análisis de un fenómeno de gran importancia actual como es el Big Data, desde la perspectiva del Derecho de la competencia, centrándose en la figura del abuso de posición dominante, principalmente en el ámbito de la Unión Europea. Con la finalidad de alcanzar este objetivo, habrá que configurar y caracterizar el concepto del Big Data y cuál ha sido su influencia en los mercados, introduciendo nuevas características en los mismos. Esta novedad contará con importancia no sólo en la definición del mercado, sino también en cómo las empresas se hacen con la posición dominante, y cómo las mismas abusan de dicha posición. Todos estos cambios deberán ser tenidos en cuenta por las autoridades de la competencia y legisladores, a la hora de adoptar medidas para condenar estos abusos y se debatirá la necesidad de cuestionar si el enfoque tradicional de aplicación de las normas de Derecho de la competencia se adapta a las nuevas necesidades de los mercados.

PALABRAS CLAVE

Big Data/ Abuso de posición dominante/ Datos/ Competencia/ Acceso

ABSTRACT

The aim of this research work is to analyze a phenomenon of great current importance such as Big Data, from the perspective of competition law, focusing on the abuse of dominance, mainly in the European Union. In order to achieve this, it will be necessary to characterize the concept of Big Data and which was its influence on markets, introducing new features in them. This is important not only in the definition of the market, but also in how companies achieve the position of dominance and how they abuse of that position. All of these changes must be considered by competition authorities and legislators, when adopting measures to condemn the abuses, and the need to question whether the traditional approach to the application of antitrust enforcement is adapted to the new needs of the markets will be debated.

KEYWORDS

Big Data/ Abuse of dominance/ Data/ Competition/ Access

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	5
II. CONCEPTO DE BIG DATA.....	6
1. DEFINICIÓN DE BIG DATA: LAS CUATRO V'S.....	6
2. EL IMPACTO DEL BIG DATA EN LA ECONOMÍA ACTUAL.....	10
III. LA POSICIÓN DE DOMINIO Y EL BIG DATA.....	13
1. EL PODER DE MERCADO.....	13
2. MERCADO DE REFERENCIA.....	14
3. BIG DATA COMO INDICADOR DE POSICIÓN DOMINANTE.....	18
3.1. Características de los mercados de datos que pueden favorecer la posición dominante.....	18
3.2. Cuestiones a evaluar para determinar si los datos generan poder de mercado.....	21
3.2.1. Disponibilidad y accesibilidad de los datos.....	21
3.2.2. Economías de escala y de alcance.....	24
IV. FORMAS DE ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO POR USO DE DATOS.....	26
1. EL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE.....	26
2. ABUSOS DE EXCLUSIÓN.....	27
2.1. Acuerdos de exclusividad.....	27
2.2. Descuentos.....	29
2.3. Precios predatorios.....	30
2.4. Prácticas de vinculación o <i>tying</i>	32
2.5. Negativa a contratar.....	34
2.6. Estrechamiento de márgenes.....	37
3. ABUSOS DE EXPLOTACIÓN.....	38
3.1. Precios excesivos.....	38
3.2. Condiciones no equitativas, abusivas o injustas.....	39

3.3. Discriminación de precios.....	40
4. NUEVAS CONDUCTAS.....	41
V. SOLUCIONES.....	44
VI. CONCLUSIONES.....	47
BIBLIOGRAFÍA.....	48

I. INTRODUCCIÓN

Podemos afirmar que nos encontramos envueltos en la sociedad de la información, concepto que hace referencia a una sociedad que se basa y evoluciona gracias al uso de las TIC. Debido a esto, la generación diaria de datos ha aumentado exponencialmente, de manera que el Big Data se ha convertido en un fenómeno global que ha provocado un gran impacto en la economía, principalmente porque ha cambiado la forma en la que las empresas elaboran sus estrategias de negocio, de manera que podemos decir que se ha ido avanzando hacia un modelo de sociedad y, concretamente, de economía, dirigida por los datos.

La posesión de una gran riqueza informativa por la obtención de datos por las empresas implica un mayor conocimiento del mercado y nuevas formas de interactuar en él con clientes y competidores. Es por ello que es importante prestar atención para que la competencia no se vea afectada.

Como podemos observar, la revolución de los datos afectará también al ámbito jurídico, que deberá adaptarse a los cambios producidos por la gestión masiva de información. Por ello, en este trabajo me centro, concretamente, en cómo afecta en la figura anticompetitiva del abuso de posición de dominio el uso de datos, principalmente en el marco nacional y de la Unión Europea.

Es necesario para ello perfilar el concepto del Big Data y cuáles son las características de los datos que consistirán en indicadores de posición de dominio, así como aquellas que afectarán al mercado, como que sean mercados multilaterales, los efectos de red o el “*multi-homing*”, así como la disponibilidad o accesibilidad y cómo afectan las economías de escala o de alcance en los mercados de datos.

Además, se analizarán distintas figuras de abuso de la posición de dominio, definiendo en qué consiste cada una de ellas, evaluando algunas de las particularidades que se dan en cada uno de los distintos tipos de abuso en los mercados de datos o en aquellos en los que los datos son un insumo. Finalmente, se abordará la importancia de aplicar las medidas adecuadas al caso concreto y el debate de si las medidas del Derecho de la competencia son adecuadas en estos casos.

II. CONCEPTO DE BIG DATA

1. DEFINICIÓN DE BIG DATA: LAS CUATRO V'S

¿Qué es lo que denominamos como Big Data o “macrodatos”? El Big Data, aunque es un concepto vago e impreciso, puede aplicarse para toda aquella información que no puede ser procesada o analizada utilizando procesos o herramientas tradicionales¹. Esta definición es intencionadamente subjetiva e incorpora una definición en movimiento sobre como de grande debe ser un conjunto de datos para que sean considerados “datos masivos” o Big Data (por ejemplo, no definimos el Big Data en términos de ser mayor que una cierta cantidad de terabytes). Se asume que la tecnología avanza con el tiempo, y el tamaño de los conjuntos de datos que pueden ser considerados como Big Data también aumenta².

Debido a la falta de claridad de esta definición se utilizan las características básicas del Big Data para precisar el concepto. Estas características son aquellas denominadas por la mayoría de los autores y autoridades como las cuatro V's, que son: volumen, variedad, velocidad y valor, aunque a estas características se le puede añadir una quinta, que es la veracidad.

El volumen de los datos se intuye ya por la denominación como Big Data o macrodatos. Como señala Carmen Herrero, la característica del volumen de datos “significa la acumulación de grandes cantidades de datos y su incremento exponencial, como consecuencia de la ubicuidad de la actividad en red y su capacidad de generar continuamente datos digitales”³. De hecho, como ya he mencionado, la definición del Big Data fue creada en relación con su volumen, que ya no cabía en la memoria de los ordenadores y para cuyo procesamiento era necesaria la modernización de las herramientas.

¹ BARRANCO FRAGOSO, R., “¿Qué es el Big Data?”, *IBM DEVELOPER*, 18.06.2012. <https://developer.ibm.com/es/technologies/data-science/articles/que-es-big-data/> (consultada por última vez 22/02/2021).

² MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE, ““Big Data: the next frontier for innovation, competition and productivity””, 05.2011, https://www.mckinsey.com/~/media/McKinsey/Business%20Functions/McKinsey%20Digital/Our%20Insights/Big%20data%20The%20next%20frontier%20for%20innovation/MGI_big_data_exec_summary.aspx (consultada por última vez 20/05/2021)

³ HERRERO SUÁREZ, C., “La economía de los grandes datos o Big Data desde el Derecho de la competencia: ¿nuevos problemas? ¿nuevas soluciones?”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 23, 2018, pág. 3.

Cuando se habla de grandes cantidades de datos o datos masivos se refiere a esas cantidades utilizando como términos los *petabytes* o *exabytes*. En 2012, en el mundo se generaban más de 2.5 *exabytes* de datos diariamente, equivaliendo cada exabyte a 1 quintillón de *bytes*⁴, además que se considera que el 90 % de los datos generados en el mundo hoy en día se produjeron en los últimos dos años.

Estos datos no sólo se generan por los usuarios mediante sus dispositivos móviles o mediante las redes sociales (Facebook registró 2.500 millones de usuarios activos en enero de 2020⁵), o por los datos relativos a la localización geográfica, mediante coordenadas del GPS, sino también el sector público crea numerosos datos relativos a la sanidad, registros de la población, etc.

Sin embargo, los estudios muestran que el volumen de información que los individuos han creado por sí mismos no es nada en comparación con toda la información generada sobre ellos de forma digital, es decir, por las máquinas. Esta es la información generada máquina a máquina (*M2M machine-to-machine*⁶) y que está íntimamente relacionada con el fenómeno del Internet de las cosas y su desarrollo supondrá estar más conectados y, por tanto, un volumen de datos aún mayor.

El gran volumen de los datos no sólo ha dado la denominación a esta tecnología, sino que además se cuestiona si a una escala inferior se podría sacar partido a los datos para la extracción de nuevas percepciones o crear nuevas formas de valor, para la transformación de los mercados, las organizaciones, las relaciones entre los ciudadanos y los gobiernos, etc⁷, o si el valor de los datos y su utilidad proviene de que sean a gran escala.

La segunda característica para definir el Big Data es la velocidad, es decir, la rapidez en la que se generan continuamente esos datos para cuyo acceso y análisis se requiere la creación de nuevas formas de procesamiento, ya que los sistemas tradicionales se han quedado obsoletos. Para ello se utilizará la llamada minería de datos que combina

⁴ BARRANCO FRAGOSO, R., “¿Qué es el Big Data?”, cit.

⁵ “Digital 2020 Global Digital Overview”, *We are social and Hootsuite*, 20.1.2020, <https://wearesocial.com/blog/2020/01/digital-2020-3-8-billion-people-use-social-media> (consultada por última vez 23/02/2021)

⁶ BARROSO FRAGOSO, R., “¿Qué es el Big Data?”, cit.

⁷ MAYER-SCHÖNBERGER V., CUKIER K. *Big Data. La revolución de los datos masivos*, Edición digital: Titivillus, 2013, pags. 6 y ss (9).

tres disciplinas científicas entrelazadas: la estadística, la inteligencia artificial y el “*machine learning*” (algoritmos que pueden aprender de datos para hacer predicciones).

Esta velocidad es fundamental en determinados tipos de negocios en los que se requiere que las aplicaciones y algoritmos sean capaces de acceder a gran velocidad a esos datos para poder analizarlos en tiempo real, pues es indispensable para incorporar datos en *streaming* a los procesos de negocio y para la correcta toma de decisiones, que la información sea correcta y esté actualizada. Este sería en el caso del “*nowcasting*” que es la capacidad de las empresas de utilizar la velocidad a la que se obtienen y procesan los datos para descubrir las futuras tendencias antes que los demás. El “*nowcasting*” no sólo permite a las empresas descubrir tendencias de usuarios, sino también la conducta de potenciales competidores, para así responder más rápido⁸.

Como tercera característica del Big Data debemos nombrar la variedad de los datos. Cuando se habla de la variedad de los datos se refiere tanto a la tipología, formato o estructuras en las que se presentan los datos. La posibilidad de recabar datos de una pluralidad de fuentes va a permitir a las empresas acceder no sólo a la información “tradicional” de sus clientes como dirección, edad o género, sino a otro tipo de contenidos, como, por ejemplo, hábitos alimenticios, orientaciones ideológicas, historial de adquisiciones, etc⁹. Las fuentes son múltiples y pueden consistir tanto en acciones humanas, como de máquinas (Internet de las cosas), además pueden ser primarias o secundarias (si los datos habían sido recogidos por otra persona). La variedad también puede hacer referencia al periodo de tiempo en el que se recogieron los datos¹⁰.

Lo que implica la variedad es que se van a gestionar diferentes tipos y fuentes de datos que se pondrán en contacto entre ellos y supondrá la obtención de nueva información. De esta manera se logrará predecir información sobre los usuarios que han creado esos datos, pudiendo elaborar un perfil y permitiendo predecir gustos y preferencias por las empresas, lo que afectará positivamente al lado publicitario de los mercados de doble cara.

La cuarta característica y probablemente lo que genera que el Big Data tenga tal relevancia en la actualidad es el valor de los datos. Y es que, el análisis de los datos y la

⁸ Rubinfeld, D. L. y Gal, M. S. “Access Barriers to Big Data”, *Arizona Law Review*, 2017, pág. 20.

⁹ HERRERO SUÁREZ, C., “La economía de los grandes datos o Big Data desde el Derecho de la competencia: ¿nuevos problemas? ¿nuevas soluciones?”, cit. 4.

¹⁰ RUBINFELD, D. L. y GAL, M. S. “Access Barriers to Big Data”, cit. 8.

extracción de información crean conocimiento que puede ser utilizado como fuente de innovación, competitividad y productividad¹¹. Este valor se deriva de las otras tres V's que ya he descrito, y es que el valor proviene del gran volumen de datos a partir de los cuáles se obtienen correlaciones que no podrían haberse obtenido de grupos de datos inferiores, aun utilizando un algoritmo más complejo.

También proviene de la variedad de datos, que al combinarse pueden dar lugar a una información valiosa para las empresas, y también de la velocidad en la que se obtienen y procesan los datos, pues puede suponer una ventaja competitiva tener determinada información antes que otras entidades.

Por otro lado, el Big Data está necesariamente relacionado con los “Big Analytics”, que son los instrumentos utilizados para el análisis de los datos y que entre ellos cuentan con una relación de simbiosis, de manera que los datos masivos perderían valor si no se pudieran analizar rápidamente, y los algoritmos no tienen utilidad alguna sin datos, ya que su capacidad de aprendizaje aumenta cuando procesan una mayor cantidad de los mismos. La mayor exactitud en las predicciones producida por el “*machine learning*” y las redes basadas en los datos se convierten en una ventaja competitiva para las compañías que las utilizan¹².

Por último, Puyol Moreno incluye una característica añadida, que es la denominada veracidad. Este autor afirma que la veracidad hace referencia al nivel de fiabilidad asociado a ciertos tipos de datos y considera que conseguir unos datos de alta calidad es un reto fundamental del Big Data, pero que incluso los mejores métodos de limpieza de datos no pueden eliminar la imprevisibilidad inherente a algunos datos, como el tiempo, la economía o las futuras decisiones de compra de un cliente¹³.

Frente a una realidad de datos escasos en la que se pretende evitar el error y garantizar una buena calidad y veracidad de los datos recogidos, autores como Cukier y Mayer, afirman que el aumento de la escala en la recogida de datos implicará la necesidad de asumir la confusión, entendiendo confusión como el aumento de la probabilidad de error en la medida en que se añaden más datos. Cuando la cantidad de datos es

¹¹ HERRERO SUÁREZ, C., “La economía de los grandes datos o Big Data desde el Derecho de la competencia: ¿nuevos problemas? ¿nuevas soluciones?”, cit. 4.

¹² STUCKE, M. y GRUNES, A., *Big Data and Competition Policy*, Oxford University Press, 2016, págs. 15 y ss (23).

¹³ PUYOL MORENO, J., “Una aproximación al Big Data”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 14, 2014, págs. 471 y ss (488)

enormemente mayor y variada, la exactitud ya no sigue siendo el objetivo en algunos casos, siempre y cuando podamos captar la tendencia general. El error debe ser asumido porque una escala grande cambia las expectativas de precisión y la capacidad práctica de alcanzar la exactitud. La mayor cantidad de información a pesar de que los datos no sean de calidad permite afinar los pronósticos, por lo que nos permite entender mejor el mundo¹⁴.

2. EL IMPACTO DEL BIG DATA EN LA ECONOMÍA ACTUAL

La utilización del fenómeno del Big Data de forma extendida ya tiene una gran importancia en la sociedad actual, como predijo el informe de McKinsey Global Institute del año 2011¹⁵, pero su importancia en la economía se consolida con el paso del tiempo, el aumento de la cantidad de datos generados, así como la mejora en su análisis.

La implementación del uso del Big Data se ha extendido en el mundo empresarial mediante el proceso denominado “datificación”, por el cuál las entidades recogen y combinan datos, estimándose que se obtienen diariamente unos 2.3 trillones de gigabytes de datos. La información recogida no consiste únicamente en datos personales, sino que también hay datos anónimos y agregados, pero sin duda la mayor parte de los datos generados por los usuarios difícilmente queda completamente anonimizada¹⁶.

Los datos masivos se han convertido en la nueva clase de activo para las empresas y la mejor forma de explotar este activo es digitalizar los datos¹⁷. La digitalización de los datos y su consiguiente correlación da lugar a este activo intangible esencial para las empresas pues crea un valor añadido comparable a los derechos de autor, las patentes, la propiedad intelectual y el fondo de comercio¹⁸. Teniendo esto en cuenta, se discute si en

¹⁴ MAYER-SCHÖNBERGER V., CUKIER K. *Big Data. La revolución de los datos masivos*, cit. 28.

¹⁵ MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE, *Big Data: The next frontier for innovation, competition and productivity*, 05.2011, https://www.mckinsey.com/~media/McKinsey/Business%20Functions/McKinsey%20Digital/Our%20Insights/Big%20data%20The%20next%20frontier%20for%20innovation/MGI_big_data_exec_summary.aspx (consultada por última vez 20/05/2021)

¹⁶ EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, “Privacy and competitiveness in the age of Big Data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy”, 03.2014, págs. 9 y ss.

¹⁷ MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE, “The Age of Analytics: Competing in a Data-driven World”, 12.2016, págs. 25 y ss <https://www.mckinsey.com/~media/McKinsey/Industries/Public%20and%20Social%20Sector/Our%20Insights/The%20age%20of%20analytics%20Competing%20in%20a%20data%20driven%20world/MGI-The-Age-of-Analytics-Full-report.pdf> (consultada por última vez 01.04.2021)

¹⁸ EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, “Privacy and competitiveness in the age of Big Data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy”, 03.2014, págs. 9 y ss

un futuro la propiedad de los datos por los consumidores les brindará el poder de decidir si licenciar sus datos y por cuánto¹⁹.

El valor de la riqueza informativa con la que cuentan las empresas radica principalmente en un mayor conocimiento del mercado y los consumidores a los que se dirigen. Esto permite que las empresas puedan tener en consideración las transacciones comerciales de los usuarios online, sus opiniones y valoraciones para adaptarse a las necesidades de sus clientes, mediante la mejora de los servicios ofrecidos y el desarrollo de los productos. También podrán segmentar a sus clientes en grupos para ofrecerles unos productos y/o servicios más personalizados. Además, con la información obtenida podemos hacer previsiones sobre el comportamiento futuro del mercado y de los clientes, de manera que las compañías pueden construir sus estrategias de ventas y la explotación de nuevas oportunidades de negocio en base a la tendencia mostrada por los datos.

La máxima expresión del valor de los datos lo podemos encontrar en empresas como Facebook, Twitter o LinkedIn, que ofrecen sus servicios a precio cero, o más bien, la moneda de cambio podría considerarse que son los datos de los usuarios. Este tipo de empresas son las que conforman los mercados de doble cara, que se desarrollarán posteriormente, en los que las compañías tienen, por un lado, unos clientes que entregan sus datos a cambio del uso libre del servicio, y de otro lado, se encuentran los clientes que pagan por obtener los datos entregados por los usuarios del servicio, generalmente empresas publicitarias.

Para conseguir estas ventajas es fundamental la correcta evaluación de los datos, pues lo esencial del Big Data, según Baquero, es el análisis: cómo explotar la información, “porque tener datos por tener no cuenta con utilidad real”²⁰. Así, son las empresas líderes en el análisis de datos como Apple, Alphabet/Google, Amazon, Facebook, Microsoft, GE, Baidu, Alibaba Group y Tencent las que se han desmarcado siendo consideradas las entidades más valiosas del mundo²¹. Estas empresas punteras tienen ventaja respecto al resto gracias a la cantidad de datos que procesan, su capacidad de analítica y a su perspectiva de datos, pudiendo gracias a ello añadir nuevas líneas de negocio, de manera

¹⁹ MAYER-SCHÖNBERGER V., CUKIER K. *Big Data. La revolución de los datos masivos*, cit. 81.

²⁰ BAQUERO, C. “Big Data es pura tecnología”. En Soraya Paniagua. Datos, IoT, Makers, Medios Sociales y Aprendizaje Social. 16.07.2012. <http://www.sorayapaniagua.com/2012/07/16/carlos-baquero-de-gmv-big-data-es-pura-tecnologia/> (consultada por última vez 1/04/2021).

²¹ CHUI, M. y MANYIKA J., “Competition at the digital edge: ‘Hyperscale’ businesses,” McKinsey Quarterly, 03.2015. <https://www.mckinsey.com/industries/technology-media-and-telecommunications/our-insights/competition-at-the-digital-edge-hyperscale-businesses>

que los límites tradicionales entre sectores son cada vez más borrosos. Un ejemplo de esto es como Apple usó sus datos e infraestructura únicos, así como su plataforma de productos, para hacerse hueco en el mundo de las finanzas mediante Apple Pay²².

A pesar de las ventajas que proporciona a la productividad de las empresas el Big Data, así como los beneficios para sus consumidores y usuarios por la mejora y personalización de los servicios, no podemos olvidar los riesgos del uso masivo de datos, sobre todo aquellos de carácter personal. Aunque la faceta negativa de este fenómeno se suele fijar en la lesión al derecho a la privacidad, por falta de consentimiento consciente en la cesión de datos, los riesgos no se limitan a esta, sino que debemos añadir los problemas que pueden generar en el derecho de defensa de la competencia o Derecho antitrust²³.

²² MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE, “The Age of Analytics: Competing in a Data-driven World”, 12.2016, págs. 27 y ss <https://www.mckinsey.com/~media/McKinsey/Industries/Public%20and%20Social%20Sector/Our%20Insights/The%20age%20of%20analytics%20Competing%20in%20a%20data%20driven%20world/MGI-The-Age-of-Analytics-Full-report.pdf> (consultada por última vez 01.04.2021)

²³ HERRERO SUÁREZ, C., “La economía de los grandes datos o Big Data desde el Derecho de la competencia: ¿nuevos problemas? ¿nuevas soluciones?”, cit.

III. LA POSICIÓN DE DOMINIO Y EL BIG DATA

1. EL PODER DE MERCADO

El abuso de posición dominante consiste en un conjunto de obligaciones que le son otorgadas a aquellas empresas que cuentan con una posición de dominio. Estas conductas prohibidas vienen establecidas en el art. 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea²⁴ y en el art. 2 de la Ley de Defensa de la Competencia²⁵. La existencia de prohibición o no depende, precisamente, de la existencia de una posición de dominio, pues la misma estrategia adoptada por una empresa sin esta posición, no tiene el mismo efecto para la competencia²⁶.

A efectos prácticos, el poder de mercado y la posición de dominio son prácticamente equivalentes. Podemos decir que una empresa se encuentra en una posición de dominio si cuenta con poder de mercado suficiente de forma duradera y es relativamente libre de restricciones por los competidores, reales y potenciales, así como por parte de los consumidores²⁷. Por lo tanto, para saber si una empresa está incurriendo en una conducta prohibida hay que determinar si cuenta con poder de mercado, que se puede definir como “la habilidad de una empresa para, unilateralmente, fijar precios por encima o calidad por debajo, del nivel competitivo”²⁸. El poder de mercado puede ser resultado de una serie de factores, como la innovación, las barreras de entrada, los derechos de propiedad intelectual, así como la legislación existente.

La Comisión definió la dominación como la situación de poder económico en que se encuentra una empresa y que permite a ésta impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de referencia, confiriéndole la posibilidad de comportarse con un alto grado de independencia frente a sus competidores, clientes y consumidores²⁹.

²⁴ De aquí en adelante se hará referencia a este como “TFUE”.

²⁵ De aquí en adelante se hará referencia a esta como “LDC”.

²⁶ OECD (2020), *Abuse of dominance in digital markets*, www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf, pág. 13.

²⁷ OECD (2020), *Abuse of dominance in digital markets*, www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf, pág. 13.

²⁸ OECD (2019), *Practical approaches to assessing digital platform markets for competition law enforcement: Background note by the Secretariat for the Latin American and Caribbean Competition Forum*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF\(2019\)4/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF(2019)4/en/pdf).

²⁹ Comunicación de la Comisión – Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, DOC45, de 24 de febrero 2009, apartado 10, pág. 2.

2. EL MERCADO DE REFERENCIA

Para determinar si existe posición de dominio por una determinada empresa es necesario que se lleve a cabo la definición de mercado de referencia, esta permite determinar y definir los límites de la competencia entre empresas, así como establecer el marco dentro del cual se va a aplicar posteriormente la política de competencia, así como medir los indicadores de posición de dominio. La delimitación del mercado de referencia tiene importancia para detectar abusos, puesto que ayuda a conocer si una empresa cuenta o no con el poder de mercado que se requiere como presupuesto para que incurra o no en esta conducta anticompetitiva³⁰.

Para la definir el mercado hay que tener en cuenta, en primer lugar, el mercado geográfico de referencia que comprende una zona en la que las empresas desarrollan su actividad y las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y puede distinguirse de otras zonas geográficas por la diferencia en las nombradas condiciones³¹.

Por otro lado, hay que hacer analizar un momento determinado del mercado, aquel en el que supuestamente la empresa ha realizado un comportamiento anticompetitivo. El mercado puede cambiar con el tiempo y la comprobación de las conductas puede producirse en un momento posterior, cuando el mercado ha cambiado³².

Finalmente, el mercado de producto de referencia, que comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables por razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos³³.

Para la definición del mercado se van a utilizar como referencia las fuentes principales de presiones en los asuntos de competencia: la sustituibilidad de la demanda, en la que se utiliza el test SSNIP (*small-but-significant-non-transitory increase-in-price*)³⁴, que permite saber cómo afectaría una pequeña subida en los precios a la sustitución de determinados productos por otros del mercado; y la sustituibilidad en la

³⁰RODRÍGUEZ RODRIGO, J., “Big Data, poder de mercado y abuso de posición de dominio”, GARCÍA VIDAL, A., (director), *Big Data e Internet de las cosas: Nuevos retos para el Derecho de la competencia y de los bienes inmateriales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2020, págs. 305 y ss. (313-314).

³¹ Comunicación de la comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/c 372/03), apartado 8, pág. 2.

³² RODRÍGUEZ RODRIGO, J., “Big Data, poder de mercado y abuso de posición de dominio”, cit. 314.

³³ Comunicación de la comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/c 372/03), apartado 21, pág. 4.

³⁴ RODRÍGUEZ RODRÍGO, J., “Big Data, poder de mercado y abuso de posición de dominio”, cit. 315.

oferta³⁵, que consiste en la posibilidad de fabricación de productos a corto plazo sin grandes costes adicionales, por variaciones pequeñas, pero permanentes en los precios. Por ejemplo, cuando una empresa produce diferentes calidades del mismo producto, estas se agruparán en el mismo mercado de referencia, si los proveedores pueden ofrecer y vender las distintas calidades inmediatamente, sin costes significativos, con un aumento ligero en el precio³⁶.

En los mercados digitales existen una serie de cuestiones específicas que hay que tener en cuenta a la hora de definir los mercados de referencia.

En primer lugar, en los mercados digitales determinar la sustituibilidad centrándose exclusivamente en el precio como la única dimensión puede resultar erróneo, dado que esto no es siempre lo más importante en este tipo de mercados, sobre todo teniendo en cuenta que hay un gran número plataformas digitales que ofrecen sus servicios a precio cero. Por lo tanto, para la definición de los mercados habría que tener en cuenta características que los consumidores valoren como la innovación o la calidad, trayendo a la definición de los mercados una competencia no relacionada con los precios³⁷. En estos casos, el test SSNIP requiere una especial adaptación, utilizando en su lugar el test SSNDQ (*small, but-significant non-transitory decline in quality*)³⁸, para valorar el impacto que tiene en la demanda incrementos pequeños y duraderos de calidad del producto, estableciendo de esta manera cuáles serían los productos sustitutivos y, por tanto, el mercado de referencia, dándose siempre y cuando el cambio de calidad pueda ser cuantificado³⁹.

Para la definición del mercado de referencia habrá que tener en cuenta el ámbito en el que participa la empresa, relacionado con la cadena de valor de los datos. Así podemos diferenciar tres categorías de compañías: operadores que recopilan datos; empresas que necesitan los datos para ofrecer sus bienes o prestar servicios; y, finalmente,

³⁵ Comunicación de la comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/c 372/03), apartado 13, pág. 2.

³⁶ Comunicación de la comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/c 372/03), apartado 21, pág. 4.

³⁷ OECD (2020), *Abuse of dominance in digital markets*, www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf

³⁸ STUCKE, M. y GRUNES, A., *Big Data and Competition Policy*, cit. 117.

³⁹ RODRÍGUEZ RODRIGO, J., “Big Data, poder de mercado y abuso de posición de dominio”, cit. 318.

las compañías que, al margen de todo sector concreto de actividad, se benefician del acceso o reutilización de los datos⁴⁰.

Hay que tener en cuenta que los mercados digitales o los mercados relacionados con los datos suelen caracterizarse por la existencia de empresas que intervienen en varios mercados con roles diferentes, pero con fuertes interrelaciones en su actuación en ambos. Serían los denominados mercados de doble cara, que dan lugar a un debate sobre si debe haber una definición conjunta de ambos lados del mercado, o si la definición será por separado de cada lado. La OCDE considera que o bien se cuenta con poder de mercado en la totalidad del mercado multilateral, o no tiene poder de mercado en absoluto, pues no es posible ser dominante en un lado del mercado y soportar presiones en el otro lado. En el caso de que se definieran por separado, es necesario siempre tener en cuenta las fuertes correlaciones entre ambas⁴¹.

Mientras que algunos profesionales consideran que es necesaria la definición del mercado de obtención de datos como un producto separado, otros consideran que, si se utiliza el test de sustituibilidad en la definición de este tipo de mercados, nos damos cuenta de que los datos por sí mismos no son el producto relevante en la venta de publicidad en línea, sólo son un insumo, pues no son realmente vendidos a los consumidores. Por ello, no se puede definir el mercado en virtud de la obtención de datos de los consumidores.

En relación con las compañías cuyo objeto social es la obtención e intercambio de datos, algunos profesionales defienden que el mercado de referencia se define teniendo en cuenta únicamente los datos⁴² sugiriendo que la recopilación de datos debía tener su propio mercado a efectos del análisis de la competencia. Sin embargo, es posible que estas empresas, posteriormente procesen estos datos para suministrar otro producto, o bien sean vendidos a otra empresa para que los procese y preste un servicio, como es la publicidad en línea. En este caso, los datos serían un insumo, mientras que el verdadero producto relevante serían los servicios publicitarios⁴³. Estos pertenecerían a un mercado

⁴⁰ RODRÍGUEZ RODRIGO, J., “Big Data, poder de mercado y abuso de posición de dominio”, cit. 316.

⁴¹ OECD (2018) Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms www.oecd.org/competition/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms.htm, pág. 43.

⁴² RODRÍGUEZ RODRIGO, J., “Big Data, poder de mercado y abuso de posición de dominio”, cit. 316.

⁴³ SOKOL, D.D. y COMERFORD, R., “Antitrust and regulating Big Data”, *George Mason Law Review* 119, University of Florida Levin College of Law Research Paper No. 16-40, vol 23:5, 2016.

distinto y no están interconectados, por lo que se van a definir como mercados de referencia por separado⁴⁴.

Una vez definido el mercado relevante, hay que conocer si una compañía cuenta o no con posición dominante. La cantidad de poder de mercado para considerar que una empresa se encuentra en posición de dominio es imprecisa y habrá que tener en cuenta un variado número de indicadores para poder determinarlo. Además, la medida del poder de mercado puede ser diferente en función del mercado del que se trate.

Es posible que el indicador de poder de mercado y posición dominante con mayor relevancia sean las cuotas de mercado. La Comisión ha considerado que unas cuotas de mercado bajas existen cuando la empresa, en el mercado de referencia, tiene una cuota de mercado inferior al 40%. A pesar de la importancia de las cuotas, la Comisión no llega a una conclusión definitiva sobre la posición dominante sin examinar todos los factores en conjunto⁴⁵. En los mercados digitales, la cuota de mercado de servicios con precio cero, por ejemplo, podría incorporar otras medidas diferentes, como la cuota de usuarios, o la cuota de interacciones o transacciones, que podría ser de relevancia para la parte del mercado que paga⁴⁶.

Los otros factores a tener en cuenta son las barreras de entrada, la rentabilidad de los negocios o la sustituibilidad. Este último factor implica que ni hay una cantidad importante de productos sustitutivos de los de la empresa dominante, ni competidores potenciales con capacidad de entrada en el mercado. La empresa podrá adoptar decisiones con independencia de los competidores y consumidores. Para tener esta cuestión en cuenta tiene importancia la elasticidad de los consumidores a otras ofertas, como el precio, aunque en los mercados digitales muchas veces la elasticidad dependerá de otras cuestiones como la calidad de los servicios, siendo esta variable más difícil de cuantificar y evaluar⁴⁷.

⁴⁴ European Data Protection Supervisor, *Privacy and competitiveness in the age of Big Data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*, marzo 2014, pág. 27.

⁴⁵ Comunicación de la comisión – Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, apartado 14, pág. 3.

⁴⁶ OECD (2020), *Abuse of dominance in digital markets*, www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf, pág. 20.

⁴⁷ OECD (2020), *Abuse of dominance in digital markets*, www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf, pág. 17.

3. BIG DATA COMO INDICADOR DE POSICIÓN DOMINANTE

Habrá que analizar cada caso concreto para evaluar la “ventaja de datos” con la que cuenta cada empresa y para este análisis se observarán las características particulares que podemos encontrar en mercados online que pueden ser o no conducentes a poder de mercado, antes de determinar si los propios datos contribuyen a la creación del poder de mercado⁴⁸.

3.1. Características de los mercados de datos que pueden favorecer la posición dominante

La primera característica que voy a tratar es que los mercados dirigidos por los datos se caracterizan por ser mercados de doble cara o mercados multilaterales. Estos mercados se caracterizan por tener varias fuentes de entrada, son mercados como los buscadores de información en internet o los mercados de redes sociales. En estos, una empresa actúa como lugar de encuentro o intermediación entre dos o más agentes a los que ofrece dos tipos de productos, siendo en este caso uno de los productos, los datos⁴⁹. Por un lado, se encuentran los usuarios que entran a las plataformas y, por otro lado, están las empresas que desean publicitar sus productos en esas páginas. Es posible que los usuarios consuman los servicios de la plataforma de forma gratuita, sin embargo, la gratuidad aquí es relativa, puesto que realmente pagan con la cesión de sus datos al titular de la plataforma, esto puede proporcionar más rentabilidad que el propio dinero que pudiesen llegar a pagar los usuarios⁵⁰.

Estos mercados cuentan también con efectos de red o externalidades, que pueden ser directos o indirectos. Los efectos directos consisten en que los beneficios obtenidos por el uso de un servicio por los usuarios, depende del número de otros usuarios que utilizan el mismo servicio, cuantas más personas usan las redes de telecomunicación, más usuarios serán alcanzados, por lo que serán más útiles. A mayores, los efectos también pueden ser indirectos, es decir, cuando el beneficio obtenido por los usuarios de un grupo depende del número de usuarios del otro grupo usando el servicio. Podrán producirse efectos de red directos e indirectos en un mismo mercado, un ejemplo de ello son las redes

⁴⁸ Autorité de la concurrence and Bundeskartellamt, *Competition Law and Data*, pág. 52.

⁴⁹ ALCARAZ, F., “Mercados de doble cara (I): Características y estrategia”, *Blog New Deal*, 17.10.2017, <http://blognewdeal.com/fuensanta-alcaraz/mercados-de-doble-cara-i-caracteristicas-y-estrategia/> (consultada por última vez 1/04/2021).

⁵⁰ RODRÍGUEZ RODRIGO, J., “Big Data, poder de mercado y abuso de posición de dominio”, cit. 311.

sociales, en las que el valor de la red otorgado por los usuarios dependerá del número de usuarios que lo utilizan (efectos directos), y además un mayor número de usuarios también va a suponer un mayor valor para los publicistas (efectos indirectos)⁵¹. Los anuncios dirigidos a los usuarios por la mejor elaboración del perfil, gracias a la cantidad de datos, no supone que los usuarios le vayan a otorgar un mayor valor a la red social, sin embargo, los beneficios económicos obtenidos por la plataforma por el mayor número de publicistas, sí que puede suponer que esta aumente la calidad de sus servicios y esto atraerá a un mayor número de usuarios. Este es el llamado efecto “bola de nieve”⁵².

Los mercados de doble cara y los efectos de red pueden tener tanto un efecto negativo en la competencia, como un efecto positivo. Por un lado, la obtención y explotación de los datos pueden reforzar los efectos de red, de manera que, cuando aumenta la cesión de datos por los usuarios de una plataforma, pueden cada vez tener más datos que sus competidores, lo que dará lugar a una mayor calidad de los productos o servicios y podrá dar lugar a un aumento en su cuota de mercado, que podrá implicar su posición dominante en el mercado. Los mercados de doble cara suelen ser altamente concentrados, con características de oligopolio natural y elevados costes de entrada, como consecuencia de necesitar desarrollar ambos mercados para competir. Llevan implícito un riesgo estructural pues se plantea el problema del único ganador (*winner takes it all*) que se produce cuando el valor de la red es muy alto, los costes de multiconexión elevados y poca la diferenciación de la demanda entre los usuarios⁵³. Pero también, pueden ser beneficiosos para la innovación y un crecimiento más rápido de los nuevos competidores en el mercado⁵⁴, de manera que los efectos de red se contemplan como elemento desestabilizador de posiciones de poder de mercado si los nuevos entrantes atraen a un número significativo de usuarios por la innovación⁵⁵.

La segunda característica es el “*multi-homing*” o multiconexión, que consiste en utilizar varios proveedores para obtener el mismo tipo de servicio. Muchos consideran

⁵¹ Autorité de la concurrence and Bundeskartellamt, *Competition Law and Data*, pág. 28.

⁵² ALCARAZ, F., “Mercados de doble cara (I): Características y estrategia”, *Blog New Deal*, 17.10.2017, <http://blognewdeal.com/fuensanta-alcaraz/mercados-de-doble-cara-i-caracteristicas-y-estrategia/> (consultada por última vez 1/04/2021).

⁵³ HERRERO SUÁREZ, C., “La economía de los grandes datos o Big Data desde el Derecho de la competencia: ¿nuevos problemas? ¿nuevas soluciones?”, cit. 8.

⁵⁴ Autorité de la concurrence and Bundeskartellamt, *Competition Law and Data*, pág. 28.

⁵⁵ HERRERO SUÁREZ, C., “La economía de los grandes datos o Big Data desde el Derecho de la competencia: ¿nuevos problemas? ¿nuevas soluciones?”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 23, 2018, pág. 6.

que el “*multi-homing*”, beneficia a la competencia pues es un factor de desestabilización de posiciones de poder de mercado, pero esto sólo se producirá si se da una situación de “*multi-homing*” perfecta, que es inusual. Por otro lado, si existen varios proveedores del mismo tipo de servicio, el que sea mayoritario obtendrá cada vez un mayor número de datos, lo cual podrá suponer un aumento en los costes de cambio, pues las empresas con más información sobre las preferencias de los consumidores podrán realizar ofertas mejor perfiladas. En los mercados en los que el producto o servicio se ofrece gratuitamente los usuarios se fijarán más en la calidad de los mismos, pues es la única dimensión de la competencia, y esto dificultará que los nuevos participantes en el mercado puedan competir de forma efectiva, además de incrementar los costes de cambio.

Por tanto, aunque el “*multi-homing*” y los bajos costes de cambio podrían mejorar la competencia, esta característica apenas llega a tener impacto en los mercados basados en los datos, básicamente porque los usuarios deberían usar a los proveedores rivales con suficiente frecuencia, lo cual es difícil que ocurra debido a los efectos de red y la concentración característica de estos mercados⁵⁶.

Finalmente, cabe hablar del dinamismo de este tipo de mercados, es decir, que un mercado sea dinámico e innovador puede suponer que aquellas compañías situadas en una posición dominante puedan ser fácilmente desbancadas por otras. Este dinamismo supone que se reducirán las barreras de entrada, favoreciendo la competencia y evitando que el poder de mercado de una empresa pueda ser prolongado en el tiempo. Este dinamismo también se refiere a que los datos pronto se quedan obsoletos y pierden su utilidad, por lo que tener inmensas bases de datos no supone una ventaja significativa a menos que éstas sean continuamente actualizadas y cuidadosamente organizadas⁵⁷.

Estas características de los mercados digitales y basados en los datos suponen que una alta cuota de mercado no necesariamente representa una posición de dominio, de manera que la acumulación de datos puede dar lugar o no a una barrera de entrada para los competidores⁵⁸. La mayor parte de los autores están de acuerdo que habrá que analizar caso por caso el efecto de estas características sobre la competencia y la situación de cada compañía en cada caso.

⁵⁶ Autorité de la concurrence and Bundeskartellamt, *Competition Law and Data*, pág. 30.

⁵⁷ HERRERO SUÁREZ, C., “La economía de los grandes datos o Big Data desde el Derecho de la competencia: ¿nuevos problemas? ¿nuevas soluciones?”, cit. 7.

⁵⁸ RODRÍGUEZ RODRIGO, J., “Big Data, poder de mercado y abuso de posición de dominio”, cit. 321.

3.2. Cuestiones a evaluar para determinar si los datos generan poder de mercado

Como ya he avanzado, los datos tienen un impacto sobre la competencia en los mercados. Se va a discutir si existe o no la posibilidad de alcanzar posición dominante en los mercados relacionados con los datos debido a la disponibilidad y facilidad de acceso a los datos, así como mediante el alcance y escala de los mismos.

3.2.1. Disponibilidad y accesibilidad de los datos

Cabe tratar cuestiones relacionadas con la disponibilidad y accesibilidad de los datos. El acceso a los datos y a la información basada en ellos constituye un activo estratégico y valioso para las empresas⁵⁹. Si los datos fueran universalmente accesibles, ninguna empresa podría obtener una ventaja competitiva a costa de la obtención de los mismos, pues todas tendrían las mismas oportunidades en su recopilación y ninguna empresa accedería a una posición dominante por las bases de datos que cada una posee. Algunas características de los datos reducen el riesgo de que las empresas ganen poder de mercado y actúen en contra de la efectiva competencia, esto será, por ejemplo, la facilidad de acceso, la no rivalidad o alta disponibilidad de datos.

En primer lugar, decir que los datos sean no rivales significa que el uso de los datos por una compañía o por una persona no impide que otras los obtengan en paralelo, pero esto no implica que todas las empresas tengan acceso a los mismos. Existen puntos de acceso únicos a datos únicos que pueden dar lugar a situaciones en las que los datos no puedan ser replicados fácilmente. Este puede ser el caso en que los datos fueran creados como resultado de la interacción distintiva entre usuarios⁶⁰ o si uno de los competidores empezase a obtener datos con anterioridad a los demás, que sería un conocimiento único que daría lugar a ventaja competitiva.

Por otro lado, hay autores que cuestionan la no rivalidad en sí misma, pues el valor de los datos va a disminuir a medida que son utilizados y conocidos por otras compañías, provocando que la discusión sobre si la no rivalidad de los datos es real⁶¹.

⁵⁹ HERRERO SUÁREZ, C., “La economía de los grandes datos o Big Data desde el Derecho de la competencia: ¿nuevos problemas? ¿nuevas soluciones?”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 23, 2018, pág. 8.

⁶⁰ RUBINFELD, D. L. y GAL, M. S. “Access Barriers to Big Data”, 2017, pág.13.

⁶¹ STUCKE, M. y GRUNES, A., *Big Data and Competition Policy*, cit. 45.

Aunque se entienda que los datos no son rivales, esto no necesariamente implica que las empresas tengan un fácil acceso a los mismos, y afirmar categóricamente que las barreras de entrada son bajas en los mercados de Big Data es una visión estrecha del panorama, pues las mismas podrían elevarse en distintos momentos de la cadena de valor de los datos, es decir, tanto en su recopilación, almacenamiento o análisis, y se elevarán tanto para las empresas que pretenden su obtención de forma directa, como para aquellas que buscan acceder a ellos a través de terceros.

Las empresas que deciden acceder por sí mismas a la información y crear sus propias bases de datos, tendrían que llevar a cabo unas inversiones significativas, por los costes fijos elevados de la recopilación y almacenamiento de datos masivos, lo cual puede prevenir a las empresas pequeñas y potenciales competidores a entrar y competir efectivamente en el mercado.

Además, el acceso a la mayoría de los datos se lleva a cabo a través de los usuarios de las empresas, jugando aquí un papel importante los efectos de red. Se deberá crear una plataforma que atraiga suficientes usuarios que le proporcionen una base de datos semejante a la de sus competidores. Sin embargo, construir una cartera de clientes suficiente puede no ser sencillo, pues la calidad del servicio depende precisamente de la misma⁶². Esto va a reforzar la posición de dominio de las empresas que ya compiten en el mercado, suponiendo una barrera de entrada para los potenciales participantes.

El acceso a los datos a través de terceros consiste en acudir a unos intermediarios de los datos, los llamados “*brokers del data*”⁶³, que venden a otras empresas la información a la que han accedido e incluso, en ocasiones, llegan a proveer de servicios de análisis de datos. El uso de sus servicios puede suponer un acceso menos costoso a las bases de datos, pues se comparten los costes fijos entre los distintos clientes. Sin embargo, este modo de obtención de datos también tiene una serie de inconvenientes.

Los datos obtenidos por los “*brókers del data*” cuentan con una variedad y volumen limitado, que se obtienen principalmente mediante el rastreo de cookies, pero no crean un perfil tan definido como se podría llevar a cabo si recogiesen directamente la información, por lo tanto, esos datos no son sustitutivos. Además, los intermediarios incurren en unos gastos específicos que cargarán a sus clientes y cuentan con

⁶² Autorité de la concurrence and Bundeskartellamt, *Competition Law and Data*, pág. 38.

⁶³ RODRÍGUEZ RODRIGO, J., “Big Data, poder de mercado y abuso de posición de dominio”, cit. 326.

posibilidades limitadas para compartir los datos, por las barreras de carácter legal y contractual, pues mediante este tipo de disposiciones podría haberse prohibido compartir los datos con terceros sin el consentimiento de quienes han cedido la información⁶⁴.

Finalmente, los incentivos de los operadores para vender o compartir los datos con competidores pueden ser insuficientes, pues, debido al amplio valor de los datos, su venta no compensa económicamente los beneficios que podrían alcanzar por la ventaja competitiva de contar con unos datos a los que los competidores no tienen acceso, consolidando una posición dominante gracias a ellos.

También hay que evaluar la gran disponibilidad de los datos, por la amplia labor de digitalización de los datos, que ha dado lugar a la conclusión de que “los datos están en todas partes” (“*data is everywhere*”⁶⁵). Esta declaración pretende decir que por el gran volumen de datos existente actualmente y dado que su valor deriva de la información que de ellos se obtiene, lo que importa no es la base de datos que tengamos, pues por la disponibilidad, podremos acceder a la misma información de una base de datos diferente.

Sin embargo, se discute si es posible que dos empresas accedan bases de datos diferentes que generen información diferente, no sustituible, y que dé lugar a una posición dominante de una sobre la otra, por tener una información más valor.

Las autoridades de la competencia, en diversos casos de fusiones, han considerado que existe sustituibilidad entre los datos que pueden llegar a obtener grandes empresas fusionadas como, por ejemplo, Facebook/WhatsApp, con los datos que pueden obtener el resto de empresas del mercado, de manera que no se considera que este tipo de fusiones puedan suponer una situación de posición dominante en relación con el uso de datos que pueda constreñir la competencia y la posibilidad de acceder a datos por sus competidores. Sin embargo, el uso de datos bien como activo de una empresa, bien como el producto principal de un mercado, todavía está en proceso de desarrollo, y es posible que datos que ahora mismo parezcan sustituibles, no lo sean en el futuro y viceversa⁶⁶.

⁶⁴ Autorité de la concurrence and Bundeskartellamt, *Competition Law and Data*, pág. 41.

⁶⁵ Autorité de la concurrence and Bundeskartellamt, *Competition Law and Data*, pág. 42.

⁶⁶ Autorité de la concurrence and Bundeskartellamt, *Competition Law and Data*, pág. 46.

3.2.2. Economías de escala y de alcance

Cabe destacar que el Big Data conduce a cada vez mayores economías de escala y alcance de los datos debido al circuito de retroalimentación⁶⁷, y esta característica puede influir a la competencia de los mercados y a la posición dominante de las empresas.

Respecto a la escala, existen teorías que argumentan que la escala no dará lugar a una posición de dominio para quienes tienen grandes volúmenes de datos, puesto que se defiende que demasiados datos supondrán un crecimiento marginal decreciente de las ganancias. Llegado a determinado punto las predicciones hechas por algoritmos no mejoran en calidad, por haber tantos datos que den lugar a observaciones inusuales. Además, que la información extraída no depende sólo de la base de datos, sino también de la calidad del algoritmo que los analiza y la habilidad de las empresas que explotan la información⁶⁸. Finalmente, también se afirma que el acceso a una base de datos de gran volumen no supone que vaya a ser relevante, pues lo más importante es que los datos se renueven, pues estos pierden rápidamente su valor⁶⁹.

A pesar de esto, podemos observar que las grandes empresas siguen buscando obtener una cantidad de datos cada vez mayor y más actualizada con independencia de esta hipotética pérdida de ganancias. Aunque podría justificarse por los bajos costes marginales que recoger datos supone, también hay argumentos que afirman las ventajas competitivas de la escala.

En primer lugar, la posibilidad de pérdida de valor marginal por el aumento del volumen de datos depende del uso de las empresas de los mismos. Por otro lado, sería necesario determinar cuántos datos se requieren para que la empresa incurra en pérdidas. Esta cantidad podría ser tan alta que antes de que suponga un inconveniente económico, podría garantizar una posición aventajada sobre los competidores que diera lugar a un dominio del mercado durante un largo período de tiempo⁷⁰.

Finalmente, en relación con la obsolescencia de los datos, hay que tener en cuenta que hay determinados datos cuyo valor no se deteriora debido al paso del tiempo, por

⁶⁷ SOKOL, D.D. y COMERFORD, R., “Antitrust and regulating Big Data”, cit.

⁶⁸ HERRERO SUÁREZ, C., “La economía de los grandes datos o Big Data desde el Derecho de la competencia: ¿nuevos problemas? ¿nuevas soluciones?”, cit. 7.

⁶⁹ Autorité de la concurrence and Bundeskartellamt, *Competition Law and Data*, pág. 47 y ss.

⁷⁰ Autorité de la concurrence and Bundeskartellamt, *Competition Law and Data*, pág. 51.

ejemplo, la edad, nombre o fecha de nacimiento de una persona. Tener a disposición estos datos podrá generar ventaja sobre los competidores.

Junto a la escala habrá que tener en cuenta la economía de alcance, esto quiere decir que la obtención de datos de fuentes variadas, por ofrecer distintos tipos de productos, y su combinación podría dar lugar a una información más completa de los individuos, que permitirá crear unos servicios más individualizados que dará lugar a una situación de poder de mercado.

En adición a la tradicional escala y alcance de las economías, que se relaciona con las características del Big Data de volumen y variedad, afirmar que la velocidad de la recopilación de datos puede crear las llamadas “economías de velocidad”, es decir, contar con los sistemas necesarios para obtener los datos rápidamente. Si la escala, el alcance y velocidad de obtención de datos tiene magnitud suficiente, es posible que el coste de obtener la información suponga que las barreras de entrada sean prohibitivas, generando a las empresas en cuestión un sustancial y duradero poder de mercado⁷¹.

⁷¹ RUBINFELD, D. L. y GAL, M. S. “Access Barriers to Big Data”, 2017, pág. 15.

IV. FORMAS DE ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO POR USO DE DATOS

1. EL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

Tras analizar la posición de dominio y como esta se condiciona por los datos cabe hablar del abuso de dicha posición conforme a lo establecido en el art. 102 del TFUE, así como en el art. 2 de la LDC. La figura del abuso de posición de dominio está formada, según Díez Estella, por dos elementos, “una situación en la que la estructura de la competencia está debilitada como resultado de la presencia misma de la empresa en cuestión (posición dominante); y una conducta por parte de tal empresa que tiene el efecto de poner en peligro el mantenimiento del grado de competencia existente en el mercado, o el incremento de tal competencia (abuso)”⁷².

Ni el artículo de la ley nacional ni el artículo del TFUE definen qué es un abuso, sino que se limitan a establecer una lista *numerus apertus*⁷³ de conductas abusivas. Se considera que “los conceptos de posición dominante y explotación abusiva de dicha posición se encuentran entre los más indeterminados y menos claros, tanto en Derecho comunitario como en el Derecho nacional de los Estados miembros”⁷⁴. “Ante la necesidad de englobar las diversas manifestaciones de dominación económica sobre los diversos mercados, la noción de abuso de posición dominante ha de ser relativamente flexibles y para decidir si una acción determinada cae en el ámbito del art. 102 TFUE es necesario considerar:

- a) Si existe una posición dominante, mantenida por una o más empresas en el Mercado común o en parte sustancial del mismo.
- b) Si existe abuso de tal posición dominante.
- c) Si el comercio entre Estados miembros puede quedar afectado por ello”⁷⁵.

Sobre los tipos de abusos que se formulan en el art. 102 del TFUE (siendo la enumeración del art. 2 de la LDC una réplica prácticamente literal de este), aunque se pueden dividir en cuatro categorías, la mayoría se decanta por la diferenciación entre

⁷² DÍEZ ESTELLA, F., “El abuso de posición dominante en el derecho comunitario y español de defensa de la competencia”, en GARCÍA CRUCES J.A., (director), *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad Tomo I*, Tirant lo Blanch Tratados, Valencia, 2014, págs. 255 y ss. (259).

⁷³ Sentencia del 13 de febrero de 1973, Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission of the European Communities, C-6/72, EU:C:1973:22, apartado 26.

⁷⁴ Sentencia de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Comisión de las Comunidades Europeas, C-85/76, EU:C:1979:36, apartado 4.

⁷⁵ DÍEZ ESTELLA, J., “Big Data, poder de mercado y abuso de posición de dominio”, cit. 260.

abusos recogida en la sentencia *Continental Can* en la que se afirma que el abuso de posición dominante no está constituido únicamente por aquellas conductas que producen un daño directo a los competidores (abusos explotativos); sino que también se entiende que es un abuso el hecho de que una empresa en posición dominante refuerce dicha posición hasta el punto de que el grado de dominación así alcanzado obstaculice sustancialmente la competencia, dejando subsistir únicamente a las empresas cuyo comportamiento dependa de la empresa dominante⁷⁶ (abusos de exclusión).

Será esta última la distinción que tendré en cuenta para determinar cuáles son las formas de abuso en los mercados digitales y, concretamente, para determinar el abuso utilizando el fenómeno del Big Data. Es importante en los mercados digitales tener en cuenta nuevos tipos de abusos debido a los nuevos modelos de negocios y estrategias que se han venido desarrollando.

2. ABUSOS DE EXCLUSIÓN

Este tipo de abusos buscan eliminar determinados agentes económicos o generan una desventaja respecto a sus rivales. Restringen el bienestar de los consumidores de manera indirecta pues no tendrán acceso a los beneficios propios de un proceso competitivo eficiente.

2.1. Acuerdos de exclusividad

El contrato de exclusividad celebrado por empresas con posición dominante en el mercado que consiste en tratar de excluir a sus competidores bien asegurándose que su proveedor le vende sólo a la empresa dominante o bien obligando a sus clientes a que sólo le compren a la misma, impidiendo las ventas de sus competidores⁷⁷. Los efectos de este tipo de contratos dependerán de las circunstancias en las que se celebren, pudiendo en determinados casos ser beneficiosos para la competencia y para el bienestar de los competidores.

Es posible que se establezca por la empresa en situación de dominio la obligación de contratar exclusivamente que impone al cliente de un determinado mercado, de manera que excluyen que estos contraten con las empresas competidoras, negándoles la

⁷⁶ Sentencia del 13 de febrero de 1973, *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission of the European Communities*, C-6/72, EU:C:1973:22, apartado 27.

⁷⁷ OECD (2020), *Abuse of dominance in digital markets*, www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf pág. 37.

posibilidad de que dichas empresas accedan a los efectos de red o de escala. Para convencer a los usuarios de la contratación exclusiva la empresa dominante debería compensarles, total o parcialmente, por la pérdida de la competencia resultante de la exclusividad.

En los mercados digitales tendrán una especial relevancia, puesto que se puede presentar de tal manera que se excluyen las oportunidades de los rivales a obtener datos similares dificultando a los consumidores la adopción de sus tecnologías o plataformas⁷⁸. Esto puede darse si se limita la portabilidad de los datos o la facilidad con la que los consumidores pueden usar varios servicios a la vez (refiriéndose esto al “*multi-homing*”), de manera que las empresas en el mismo mercado que la dominante no podrá competir con dicha empresa, pues al no beneficiarse de los efectos de red se producirá un aumento en sus costes⁷⁹.

Por otro lado, en relación con los contratos celebrados con los proveedores que no podrán contratar con el resto de sus competidores, el efecto que se produce será el aumento de los costes para sus rivales, y puede suponerles la expulsión absoluta del mercado si el input del proveedor es esencial para la producción. Como estrategia anticompetitiva dirigida por los datos, esta práctica permitirá tanto el acceso a los datos como la limitación de acceso a terceros, pues mediante estos contratos se cederá en exclusiva la información recopilada o permite que la parte que quiere obtener la información estar presente en el portal o en el hardware a través del que se produce la captación⁸⁰.

Este tipo de acuerdo fue utilizado por Google que firmó un acuerdo millonario de exclusividad con Apple para mantenerse como motor de búsqueda predeterminado en los sistemas operativos de los distintos dispositivos de la marca, posición que le otorgaría control sobre los datos de las búsquedas de todos sus usuarios. Este acuerdo desencadenó

⁷⁸ Autorité de la concurrence and Bundeskartellamt, *Competition Law and Data*, pág. 19.

⁷⁹ OECD (2020), *Abuse of dominance in digital markets*, www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf pág. 38.

⁸⁰ Autoritat Catalana de la Competència, *La Economía de los Datos. Retos para la competencia*, http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxiu/actuacions/Eco-Datos-y-Competencia-ACCO.pdf pág. 27.

un juicio antimonopolio contra el buscador y que podría suponer que el Gobierno estadounidense obligase a Google a romper dicho acuerdo de exclusividad con Apple⁸¹.

Otro abuso del gigante informático sobre el que investigó la Comisión son las prácticas en materia de publicidad puesto que gran parte de sus ingresos se derivan de la intermediación de publicidad derivada de acuerdos con un número limitado de terceros, los denominados “socios directos”, que se comprometen a la exclusividad, de manera que estos terceros se obligan a no tener anuncios de búsqueda de los competidores de Google, así como se les exigen otras condiciones que preocupan a las autoridades de la Comisión Europea⁸².

2.2. Descuentos

La concesión de descuentos en sí misma no es una conducta anticompetitiva, sino que puede ser una actividad muy beneficiosa que permite a las empresas desarrollar su actividad en el mercado. Hay que analizar si los descuentos se establecen con la intención de que su efecto sea la concesión de una ventaja no basada en ninguna contraprestación económica que la justifique, y que prive al consumidor de la posibilidad de elegir sus fuentes de abastecimiento⁸³ o que su intención sea impedir el acceso de competidores al mercado.

Especial problema presentan los descuentos de fidelidad, cuya intención no es otra que impedir mediante la concesión de una ventaja financiera, que los clientes se abastezcan en los fabricantes competidores y este tipo de descuentos producen el efecto de aplicar distintas condiciones para prestaciones equivalentes a las empresas con las que mantienen relaciones comerciales, pues por la misma cantidad de producto pagan un precio diferente, dependiendo de si se aprovisionan exclusivamente en la empresa dominante o tengan varias fuentes de abastecimiento⁸⁴.

Es posible que los descuentos de fidelidad se conviertan, de facto, en contratos de exclusividad, si se entiende de los patrones de conducta de los consumidores que estos

⁸¹ LARA D., “Apple pretende desarrollar su propio buscador web para no depender de Google”, *EL PAÍS*, 28.10.2020, <https://elpais.com/economia/2020-10-28/apple-pretende-desarrollar-su-propio-buscador-web-para-no-depender-de-google.html> (consultada por última vez 3/6/2021).

⁸² Defensa de la competencia: La Comisión sigue avanzando en las investigaciones sobre las prácticas de Google en materia de publicidad y comparación de precios que supuestamente vulneran la normativa de la UE. 14 de julio de 2016. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2532_es.htm

⁸³ DÍEZ ESTELLA, J., “Big Data, poder de mercado y abuso de posición de dominio”, cit. 260.

⁸⁴ STJUE de 13 de febrero de 1979 (*Hoffmann-La Roche & Co. AG*)

serían diferentes en el caso de que no se hubiera proporcionado dicho descuento de fidelidad, por otro lado, es posible que este mecanismo se convierta de alguna manera en una imposición de un “impuesto” sobre el consumo de los productos rivales⁸⁵. Esto último es muy común en los mercados digitales de manera que la empresa dominante ofrece a los consumidores la posibilidad de acceder a descuentos solo en el caso de que consuman exclusivamente su producto, en caso de que se abastezcan también por empresas rivales, entonces el aumento del coste de los productos será sustancial. Este tipo de descuentos pueden ser especialmente dañinos si se refieren a competidores concretos⁸⁶.

Esta conducta anticompetitiva se va a ver perfeccionada por las empresas debido a la explotación en el uso de datos, pues la monitorización de las compras y el impacto que diversos descuentos y promociones producen sobre los clientes. De esta manera el uso de estos mecanismos producirá una mayor personalización de los descuentos y aprovechamiento de las circunstancias personales de los clientes y de los diferentes estados de la relación con el mismo, generando no sólo un daño para los competidores con menos datos, sino también una discriminación de precios entre clientes.

2.3. Precios predatorios

En el mercado es habitual llevar a cabo conductas agresivas como estrategia comercial con la finalidad de expulsar a competidores del mercado, aunque esto suponga el sufrimiento de uno mismo. Un ejemplo de estas conductas consistirá en que una empresa aplique una conducta predatoria incurriendo deliberadamente en pérdidas o renunciando a beneficios a corto plazo (esto constituye el “sacrificio”), con la intención de excluir o promover la exclusión de uno o varios de sus competidores reales o potenciales, para así reforzar o mantener su poder de mercado, pudiendo esto repercutir negativamente sobre los consumidores⁸⁷, cuando esta empresa se encuentra en una posición dominante una vez el competidor abandona el mercado, podrá recuperar las pérdidas sufridas mediante una estructura de precios supracompetitivos⁸⁸.

⁸⁵ OECD (2016), *Fidelity Rebates – Background note by the Secretariat*, [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2016\)5&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2016)5&docLanguage=En)

⁸⁶ OECD (2020), *Abuse of dominance in digital markets*, www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf pág. 38.

⁸⁷ Comunicación de la Comisión – Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, DOC45, de 24 de febrero 2009, Apartado 63, pág. 10.

⁸⁸ DÍEZ ESTELLA, J., “Big Data, poder de mercado y abuso de posición de dominio”, cit. 311.

Es posible que sea difícil diferenciar cuando una determinada conducta constituye una estrategia de mercado especialmente agresiva o cuando simplemente es abusiva. En la sentencia del caso AKZO⁸⁹ se establece un test por el que se permite distinguir en qué situaciones se considerará que efectivamente el establecimiento de precios ha sido abusivo. En primer lugar, cuando los precios sean inferiores a la media de los costes variables, mediante los cuales la empresa busca eliminar a un competidor, la empresa dominante no tiene ningún interés en aplicar dichos precios, salvo eliminar a sus rivales y poder subir los precios aprovechándose de la situación monopolística. Por otro lado, los precios inferiores a la media de los costes totales (suma de costes fijos y costes variables), pero superiores a la media de los costes variables, se considerarán abusivos si se fijan de acuerdo con un plan que busca, de nuevo, eliminar la competencia efectiva del mercado.

Sin embargo, en los mercados digitales donde los costes marginales son bajos, los modelos de negocio se basan en plataformas multilaterales y tienen una gran importancia los efectos de red y la escala, difícilmente el uso de los costes para determinar la existencia de una conducta abusiva de carácter predatoria no será suficiente.

Como alternativa, los presuntos precios predatorios en los mercados multilaterales se evaluarán en términos de si la rentabilidad se basa en que construyen una base de usuarios, o si es rentable porque niega a los competidores las ventajas derivadas de la escala. Además, si fuera necesaria la evaluación de la recuperación posterior, puede suponer un reto, puesto que estudiar si la recuperación ha tenido lugar puede ser difícil en los mercados digitales en los que los precios fluctúan rápida y frecuentemente. Por ello, se propone que se tenga en cuenta una perspectiva a largo plazo por las estrategias y dinámicas de inversión de muchas firmas digitales, por lo tanto, si hay una rentabilidad a largo plazo, las pérdidas a corto y medio plazo quedan justificadas⁹⁰.

Por otro lado, cabe decir que es posible la utilización de la práctica de los precios predatorios para obtener la posición dominante no en el mercado dominado, sino en otro conexo⁹¹, que se sancionará igualmente por el art. 102 del TFUE.

⁸⁹ Sentencia de 3 de julio de 1991, AKZO Chemie BV c Comisión de las Comunidades Europeas, C-62/86, EU:C:1991:286, apartados 71 y 72.

⁹⁰ OECD (2020), *Abuse of dominance in digital markets*, www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf pág. 33.

⁹¹ Sentencia del TJCE, de 14 de noviembre de 1996, Tetra Pak International SA c. Comisión, C-333/94 P, EU:C:1996:436.

2.4. Prácticas de vinculación o *tying*

Una empresa dominante puede intentar excluir a sus competidores mediante la vinculación de productos o venta vinculada y es una práctica incluida en el art. 102 TFUE y el art. 2.2e) LDC. Mediante la vinculación, las empresas suelen obligar a quienes compran un producto (producto vinculante) a comprar otro producto también de la empresa dominante (producto vinculado). Esta práctica supone un riesgo cuando es efectuada por la empresa con posición de dominio, pues perjudica a los consumidores pues existe la posibilidad de que se produzca un cierre competitivo del mercado⁹². Esta específica forma de abuso tiene una especial relevancia en lo que se denomina “abuso en los mercados conexos”, de manera que la empresa con posición dominante en el mercado del producto vinculante impone a los clientes otro producto o servicio de un mercado en el que no tiene tal poder de mercado, de manera que no podría imponerse de igual manera⁹³.

En los mercados de carácter digital las vinculaciones de productos son bastante comunes y más sutiles, por lo que el análisis de las situaciones de forma individualizada ganará importancia para saber si realmente se está produciendo una conducta anticompetitiva. No siempre existe una obligación contractual por parte del consumidor de comprar ambos productos, sin embargo, puede darse la situación en la que el producto vinculante no es compatible con ningún producto complementario desarrollado por los competidores, viéndose en cierta medida “empujados” a comprar ambos productos a la empresa dominante. A efectos prácticos la preinstalación de un producto complementario podría tener las mismas consecuencias⁹⁴.

En los mercados de Big Data, también es posible el uso de estos mecanismos por una empresa dominante para desarrollar o aumentar su poder en un mercado diferente anticompetitivamente. Por ejemplo, las ventas vinculadas son posibles cuando una empresa con una base de datos valiosa condicione el acceso a la misma a la contratación de sus servicios de análisis de datos. Muchas ventas atadas pueden aumentar la eficiencia bajo ciertas circunstancias, sin embargo, es posible que también reduzcan la competencia

⁹² Comunicación de la Comisión – Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, DOC45, de 24 de febrero 2009, apartados 47 y siguientes, pág. 9.

⁹³ DÍEZ ESTELLA, J., “Big Data, poder de mercado y abuso de posición de dominio”, cit. 319.

⁹⁴ OECD (2020), *Abuse of dominance in digital markets*, www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf pág. 44.

si la empresa dueña de la valiosa base de datos se posiciona en el mercado del análisis de datos en una situación dominante⁹⁵.

Tiene importancia este fenómeno en relación con la obtención de datos, puesto que en aquellos casos en los que una empresa tiene una posición dominante o incluso el monopolio del mercado relevante, tenga acceso exclusivo a los datos generados por los usuarios, por lo tanto, podría utilizar esos datos para realizar ofertas a los usuarios en los mercados adyacentes que fuera poco probable que un rival pudiese igualar⁹⁶.

Un ejemplo de este tipo de estrategia será la del caso Google Android, en el que la Comisión Europea sancionó a Google por llevar a cabo conductas anticompetitivas, entre las cuales esta empresa requirió a los fabricantes de smartphones como condición para brindarles la licencia de su Playstore, necesaria para comercializar el producto, que estos instalasen previamente en los smartphones la app de motor de búsqueda de Google. La Comisión Europea consideró que Google habría buscado asegurar que sus aplicaciones estuvieran instaladas en todos los smartphones Android comercializados y las búsquedas serían realizadas mediante este buscador, utilizando la empresa su posición de dominio para excluir o dificultar la entrada a sus rivales en el mercado de telefonía móvil. Mediante esta venta atada Google expande su ecosistema de Big Data que recibía de forma constante la empresa mediante las búsquedas realizadas por los usuarios (a través de Google Search app), sus descargas de aplicaciones (a través de Google Play Store) y su actividad de navegación online (a través de Chrome)⁹⁷.

El uso de estas estrategias no puede asumirse siempre que sea dañina, pero sí que es posible que se produzcan situaciones de daño. Este daño podrá darse tanto al mercado relevante, como en el mercado conexo, así como a los propios consumidores. Si tenemos en cuenta la importancia de los efectos de red en los mercados dirigidos por datos, es posible que las ventas vinculadas se lleven a cabo con la mera finalidad de evitar que sus competidoras se beneficien de dichos efectos y no puedan competir efectivamente en el mercado.

Por otro lado, también podrá utilizarse esta estrategia cuando las barreras de entrada en uno de los mercados sean altas, y haya dos productos que sean

⁹⁵ Autorité de la concurrence and Bundeskartellamt, *Competition Law and Data*, pág. 20.

⁹⁶ Autorité de la concurrence and Bundeskartellamt, *Competition Law and Data*, pág. 20.

⁹⁷ ZÚÑIGA DÍAZ, G., "Big Data y los desafíos que plantea al Abuso de Posición de Dominio", *Revista de Actualidad Mercantil*, núm. 6, 2019, págs. 208 y ss.

complementarios, de manera que uno no se pueda consumir sin el otro, de manera que no habrá demanda de un producto sin que haya demanda del otro. Así, los competidores que quieran producir alguno de ellos, tendrán necesariamente que producir los dos, lo cual puede ser inasumible por las barreras de entrada sustanciales en uno de los mercados⁹⁸.

2.5. Negativa a contratar

En nuestro ordenamiento jurídico, así como en la mayoría de los ordenamientos de nuestro entorno, se reconoce el principio de autonomía de la voluntad privada, que garantiza, en este caso, la libertad de las empresas de contratar con quién consideren oportuno, sin que ninguna autoridad les pueda imponer ninguna obligación a este respecto. Sin embargo, existen ciertas excepciones a la regla general que se derivan tanto del art. 102 del TFUE como del art. 2 de la LDC, que consiste en que las empresas en posición de dominio tendrán una cierta obligación de contratar, constituyendo el rechazo al suministro, a facilitar información o proveer un input, una conducta abusiva⁹⁹.

El abuso de posición de dominio se producirá en el caso de que la empresa en dicha posición se niegue a contratar con sus rivales para darles acceso al input, tecnología o red de distribución que poseen o tienen acceso en exclusiva si negar el acceso a ese recurso impide la posibilidad del resto de empresas a competir en el mercado relevante, puesto que es aquello que se denomina una infraestructura esencial.

Existen discusiones doctrinales sobre si realmente negarse al suministro es verdaderamente un abuso, cuando la empresa toma dicha decisión en virtud de razones de eficiencia y no para excluir a sus competidores del mercado. Además, se considera que, aunque esta conducta constituya verdaderamente un abuso, una obligación de compartir el insumo demasiado estricta puede tener efectos negativos en el mercado, puesto que es posible que el incentivo de la empresa en posesión del insumo para innovar y mejorar el producto quede minorado si sabe que va a tener que compartir el resultado de la inversión con sus competidores. De la misma forma, si las potenciales empresas rivales saben que tendrán acceso a la tecnología de su competidor, no harán el esfuerzo

⁹⁸ OECD (2020), *Abuse of dominance in digital markets*, www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf pág. 45.

⁹⁹ DÍEZ ESTELLA, J., “Big Data, poder de mercado y abuso de posición de dominio”, cit. 292.

de desarrollar por sí mismas una nueva tecnología mejorada. Todo esto repercutirá en los consumidores¹⁰⁰.

Se discute si las bases de datos propiedad de las empresas podrían considerarse una infraestructura esencial y que fuera de aplicación la doctrina de las infraestructuras esenciales, por la cual se considera que, si una empresa tiene dicha infraestructura esencial para competir, además de tener la posición de dominio en el mercado de acceso, también tendría posición de dominio en el mercado anexo¹⁰¹. El mercado de acceso se referiría al mercado de los datos y el anexo sería el otro mercado al que se dirige la empresa, por constituir generalmente mercados de doble cara.

Para saber si una negativa de contratar es una conducta abusiva habrá que conocer si la infraestructura es esencial y por ello se deberá atender a una serie de circunstancias. En primer lugar, determinar si se considera que es una infraestructura necesaria¹⁰². Para saberlo se atenderá a la Comunicación sobre orientaciones en la aplicación del actual artículo 102 TFUE de la Comisión, en cuyo apartado 83 determina que la Comisión atenderá a “si el suministro del insumo denegado es objetivamente necesario para que los operadores puedan competir eficazmente en el mercado”¹⁰³. Hay quién afirma que las bases de datos de determinados competidores dominantes son prerequisites para ser capaces de competir en ciertos mercados. Sin embargo, no está claro que denegar la provisión de datos a un competidor pueda constituir un abuso por negativa a contratar propio del Derecho de la competencia. Las bases de datos son colecciones de información que es posible que se puedan obtener de otras fuentes, o que la importancia de las bases más que los datos de por sí sea la manera en la que estos son procesados y analizados¹⁰⁴. En ciertas ocasiones compartir estas bases de datos supone un desincentivo que empeorará la eficacia de la competencia, además, de que los datos puede que mejoren la calidad de un producto o servicio, sin que ello suponga que sean indispensables para competir.

¹⁰⁰ OECD (2020), *Abuse of dominance in digital markets*, www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf pág. 26.

¹⁰¹ RODRÍGUEZ RODRIGO, J., “Big Data, poder de mercado y abuso de posición de dominio”, cit. 337.

¹⁰² RODRÍGUEZ RODRIGO, J., “Big Data, poder de mercado y abuso de posición de dominio”, cit. 340.

¹⁰³ Comunicación de la Comisión- Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, DO C45, 24 de febrero 2009, apartado 83.

¹⁰⁴ OECD (2020), *Abuse of dominance in digital markets*, www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf pág. 27.

Otra cuestión analizable es que no haya productos sustitutivos o alternativos y haya obstáculos técnicos, legales o económicos que hagan imposible o irrazonablemente difícil para cualquier entidad que busque operar en el mercado anexo desarrollar los productos o servicios¹⁰⁵. Por lo tanto, existe una imposibilidad de duplicación¹⁰⁶, es decir, tiene que ser una infraestructura que sea imposible replicar por los competidores, puesto que en ese caso no se podría entender que es una estructura esencial que deba compartir con sus competidores para que la competencia sea efectiva. En el mercado de los datos, habría que analizar caso por caso cada uno de los competidores y cómo afectan las características propias de los datos a cada mercado.

También habrá que tener en cuenta la capacidad de acceso de terceros¹⁰⁷, aquí nos referimos a la no rivalidad de los datos, que permite su repetida obtención y uso sin pérdida de valor, por lo tanto, sí que podrían ser cedidos y compartidos por las empresas si se consideraran infraestructura esencial. Aunque hay que tener en cuenta que el acceso a los datos de una compañía puede crear preocupaciones sobre la privacidad pues forzar a compartir determinados datos podría violar leyes de privacidad si las compañías intercambian datos de sus consumidores sin solicitar el consentimiento previamente¹⁰⁸. Por lo tanto, es necesario conocer antes la viabilidad¹⁰⁹ del contrato antes de considerar que la negativa al mismo sea una conducta anticompetitiva.

Existen algunos casos en Estados Unidos en los que se discutió si la negativa al acceso a los datos suponía o no un abuso por constituir estos una infraestructura esencial. Uno de ellos fue *Power Ventures vs Facebook*, habiendo la primera de ellas creado un modelo de negocio que permitía a los usuarios administrar los datos de sus distintas redes sociales en una sola plataforma llamada Power.com. Facebook prohibió a dicha empresa acceder a los datos de su plataforma por considerar que violaba los términos y condiciones de su servicio por lo que Power Venture demandó a Facebook por prácticas anticompetitivas. La corte estadounidense determinó que no había infracción porque Facebook tenía derecho a manejar su plataforma bajo sus propios términos y condiciones y hacerlos exigibles, por lo que no estaba obligada la red social a darle acceso a sus

¹⁰⁵ Autorité de la concurrence and Bundeskartellamt, *Competition Law and Data*, pág. 18.

¹⁰⁶ RODRÍGUEZ RODRIGO, J., “Big Data, poder de mercado y abuso de posición de dominio”, cit. 341.

¹⁰⁷ RODRÍGUEZ RODRIGO, J., “Big Data, poder de mercado y abuso de posición de dominio”, cit. 346.

¹⁰⁸ Autorité de la concurrence and Bundeskartellamt, *Competition Law and Data*, pág. 18.

¹⁰⁹ OECD (2020), *Abuse of dominance in digital markets*, www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf pág. 29.

datos¹¹⁰. A pesar de que no hay pronunciamientos de la UE al respecto, parece que la tendencia es de no considerar las bases de datos como infraestructuras esenciales, y las autoridades deberán de ser diligentes en determinar si el acceso es esencial, pues es posible que las medidas correctivas desincentiven la inversión de los agentes económicos.

2.6. Estrechamiento de márgenes

Esta forma de abuso de posición dominante es una muestra de que la lista de abusos recogida en el art. 102 TFUE, así como la del art. 2 de la ley nacional, no es una lista cerrada, sino que caben conductas no incluidas en ella. Podemos definir el estrechamiento de márgenes como un margen insuficiente entre el precio de un producto ascendente A y el precio de un producto descendente¹¹¹ A+B del que A es componente esencial.

Se han distinguido los siguientes elementos esenciales para que se pueda llevar a cabo una práctica de estrechamiento de márgenes:

- (i) que existan dos mercados verticalmente relacionados, en los que el insumo del mercado ascendente es esencial para operar en el mercado descendente;
- (ii) el insumo debe estar controlado por una empresa verticalmente integrada y, por lo tanto, presente en los dos mercados, siendo al mismo tiempo proveedor y competidor de las empresas del mercado descendente. Además, esta empresa ha de contar con posición dominante en el mercado ascendente; y
- (iii) la existencia de un margen insuficiente en la prestación de servicios en el mercado descendente.

Ante tal situación la empresa con posición dominante en el mercado del insumo va a fijar un precio sobre este que impide a los competidores del mercado descendente ser tan eficientes como ella para operar con un margen de beneficio razonable¹¹².

Este tipo de abuso puede adquirir diferentes formas. En primer lugar, está la subvención cruzada, en cuyo caso la empresa con poder en el mercado ascendente puede establecer precios elevados a las empresas del mercado descendente y establece precios

¹¹⁰ ZÚÑIGA DÍAZ, G., “Big Data y los desafíos que plantea al Abuso de Posición de Dominio”, cit. 222.

¹¹¹ Se utiliza el término de mercado descendente cuando nos referimos al mercado para el que el insumo denegado es necesario para fabricar un producto o prestar un servicio.

¹¹² DIEZ ESTELLA, J., “Big Data, poder de mercado y abuso de posición de dominio”, cit. 325.

bajos para el producto del mercado descendente. Como resultado, los costes de sus rivales serán más elevados y sus precios no serán competitivos. Esta conducta podría considerarse también como precios predatorios¹¹³.

Por otro lado, se puede llevar a cabo mediante la discriminación por la que se ofrecen precios bajos o mejores condiciones no relacionados con los precios en el mercado descendente en comparación con otros rivales. Considerándose esta una estrategia anticompetitiva en algunas jurisdicciones.

Las autoridades deberán centrarse en los casos que implican inputs esenciales y cuando se provoca la salida de competidores igual de eficientes, aunque haya casos en los que el estrechamiento de márgenes no cumple este criterio, pero producen daño a los consumidores.

3. ABUSOS DE EXPLOTACIÓN

Los abusos de explotación son aquellas conductas en las que la empresa en posición de dominio se aprovecha de su poder de mercado para llevar a cabo diversos comportamientos en los que la empresa genera un efecto directo en perjuicio del consumidor o usuario final por imposición de términos injustos, sin que se altere la estructura del mercado en cuestión o se afecte a la actividad económica desarrollada por otros operadores¹¹⁴.

En los mercados tradicionales los métodos utilizados para identificar este tipo de conductas se refieren principalmente a los precios, sin embargo, en los mercados digitales y dirigidos por los datos, existen otras formas de explotación, como, por ejemplo, empeorando los términos de privacidad y colección de datos o impedir explícitamente a los consumidores la portabilidad de sus datos y contenidos de una a otra plataforma¹¹⁵.

3.1. Precios excesivos

Esta es una forma de abuso recogida en el art. 102 a) del TFUE y para determinar si se está produciendo la infracción es necesario comprobar una serie de criterios tales

¹¹³ OECD (2020), *Abuse of dominance in digital markets*, www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf pág. 35.

¹¹⁴ DIEZ ESTELLA, J., “Big Data, poder de mercado y abuso de posición de dominio”, cit. 286.

¹¹⁵ OECD (2020), *Abuse of dominance in digital markets*, www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf pág. 50.

como los costes de producción, los precios de prestaciones económicas equivalentes, los precios en mercados geográficos próximos, los precios históricos, etc.

En los mercados digitales y aquellos dirigidos por los datos masivos, muchas empresas utilizan estrategias de precios cero para atraer a los usuarios, por lo tanto, si los usuarios no pagan, no es posible esta práctica como tal. Podría entenderse que se imponen precios excesivos si consideramos que los usuarios pagan los productos y servicios con sus datos, en cuyo caso la imposición de términos abusivos en relación con los datos podría constituir un precio excesivo, pero determinar el valor monetario real de los datos de los usuarios es complejo y relativo, por lo que, esta conducta encajaría mejor en el abuso recogido en el siguiente apartado¹¹⁶.

3.2. Condiciones no equitativas, abusivas o injustas

Una empresa puede abusar de su posición de dominio sin que sea necesariamente por la vía del precio, mediante la imposición a los consumidores de una serie de conductas consideradas injustas o abusivas, estas lo serán cuando no sean proporcionales, es decir, si las obligaciones no son necesarias para el correcto cumplimiento del objeto del contrato¹¹⁷.

Serán abusivas determinadas condiciones impuestas a los usuarios en relación con la obtención y procesamiento de sus datos. A pesar de que las normas de protección de datos y las de la competencia tienen diferentes finalidades, las decisiones adoptadas por los competidores en relación con la obtención y uso de los datos personales puede tener implicaciones en la dimensión competitiva, sobre todo si las decisiones son tomadas por una empresa dominante en la que los datos es el principal insumo de sus productos o servicios. En estos casos hay una unión entre el dominio de la compañía, los procesos de obtención de datos y competición en los mercados relevantes, que justificará la aplicación de políticas de privacidad en procedimientos de la competencia¹¹⁸.

Un ejemplo se dio en Alemania cuando la autoridad de la competencia (*Bundeskartellamt*) comenzó una investigación por abuso de posición dominante en relación con sus prácticas relativas a los datos. Facebook obligaba a sus usuarios a aceptar que la empresa recogiera sus datos tanto en la red social como en un amplio rango de

¹¹⁶ ZÚÑIGA DÍAZ, G., “Big Data y los desafíos que plantea al Abuso de Posición de Dominio”, cit. 220.

¹¹⁷ Sentencia de 30 de enero de 1974, *Belgische Radio en Televisie and société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs c SC SABAM and NV Fonior*, C-127/73, EU:C:1974:25, apartado 15.

¹¹⁸ Autorité de la concurrence and Bundeskartellamt, *Competition Law and Data*, pág. 24.

sitios webs y apps de terceros. Esos datos posteriormente serían utilizados por Facebook para obtener beneficios por los anuncios online. La autoridad de la competencia alemana consideró que debido a que esta red social gozaba de posición de dominio en dicho país, de acuerdo con los estándares del Reglamento de Protección de Datos Europeo, estas conductas constituían un abuso y que Facebook ponía a los usuarios en una posición en la cual se veían obligados a aceptar las condiciones si querían seguir beneficiándose del servicio. Además, esta conducta le había servido a la empresa tecnológica para obtener beneficios y mantener su posición de dominio en el mercado europeo. Los términos impuestos por Facebook no eran necesarios ni indispensables para cumplir la finalidad del contrato¹¹⁹.

Otras conductas que podrían considerarse abusivas podría ser el empeoramiento de los términos de privacidad y recolección de datos, así como limitar explícitamente la portabilidad de los datos por los consumidores, lo cual implicarán una degradación de la calidad de los servicios.

La cuestión a tener en cuenta es si las conductas son injustas, desde una perspectiva económica, los efectos no relacionados con el precio pueden tener tanto impacto sobre el bienestar de los consumidores como el precio. A pesar de ello, incluir estos factores puede dar lugar a ambigüedades, sobre todo teniendo en cuenta que habrá que tener en cuenta las dimensiones de la competencia que son realmente relevantes para los consumidores, más que aquello sobre lo que los consumidores deberían preocuparse¹²⁰.

3.3. Discriminación de precios

Los precios discriminatorios consisten en una serie de prácticas que tienen en común el hecho de que una empresa dominante aplique a las mismas prestaciones condiciones económicas distintas en función de los clientes, lo que introduce un elemento de discriminación¹²¹. Este comportamiento aparece recogido en el art. 102 c) del TFUE.

¹¹⁹ OECD (2020), *Abuse of dominance in digital markets*, www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf pág. 51.

¹²⁰ OECD (2020), *Abuse of dominance in digital markets*, www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf pág. 51.

¹²¹ ARMENGOL Y GASULL, O., “La discriminación de precios como abuso de posición dominante”, en MARTÍNEZ LAGE, S. y PETITBÓ JUAN, A. (Directores), *El Abuso de Posición de Dominio*, Marcial Pons, Madrid, 2006, págs. 299 y ss. (300).

En este caso, los datos van a ser un mecanismo que faciliten la discriminación de precios. A través de la información recogida de los usuarios, las empresas pueden evaluar cuales son los precios que están dispuestos a pagar los clientes por un determinado producto, por lo que adaptarán los precios a los distintos grupos de clientes que se han podido identificar en virtud de los datos. Por tener posición de dominio, tendrán facilidades para modificar los precios independientemente.

Esta conducta por las empresas contará con diversos efectos tanto positivos como negativos. Por un lado, la discriminación de precios supone una ruptura de la igualdad entre consumidores. Además, aunque pudieran obtener los productos o servicios en otras plataformas, es posible que por la discriminación de precios haya un incremento de los costes de búsqueda, dificultando la sustitución. Finalmente, muchos consumidores pagarán precios más altos que los que hubieran pagado antes de que se llevara a cabo esta conducta anticompetitiva.

Por otro lado, es posible verle ventajas a la discriminación por precios, puesto que de la misma manera habrá usuarios que obtengan los productos a menor precios que si no se aplicara la discriminación, por lo que podría entenderse que mejora el bienestar social. Además, podría esta práctica reforzar la competencia en el mercado relevante, puesto que si una empresa propone precios más bajos a consumidores con preferencia hacia los productos de otras empresas se activará la competencia entre ambas¹²².

4. NUEVAS CONDUCTAS

Las condiciones únicas de los mercados digitales van a propiciar nuevas teorías del daño y nuevas formas de abusar de su posición dominante en el mercado relevante.

En primer lugar, está la “*forced free riding*” que se da cuando una plataforma se apropia de la innovación de otras firmas que dependen de la plataforma para acceder a los consumidores. Por ejemplo, algunos negocios online han acusado a Google de estas prácticas¹²³. Este tipo de conducta podría considerarse una cuestión de propiedad intelectual, más que de Derecho de la competencia, pero teniendo en cuenta que afecta a la innovación, esta conducta podría ser dañina, aunque carezca de violaciones de la propiedad intelectual, ya que desincentiva la innovación en el mercado, tanto por parte de

¹²² Autorité de la concurrence and Bundeskartellamt, *Competition Law and Data*, pág. 22.

¹²³ SHELANSKI, H. A., “Information, Innovation, and Competition policy for the Internet”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 161, 2013, págs. 1663 y ss. (1699).

las empresas que dependen de la plataforma, como por la plataforma en sí, que esperará a que los demás innoven con la finalidad de apropiarse de las mismas.

Otra versión de abuso por el “*forced free riding*” está relacionada con las plataformas de transacciones. Las empresas dominantes que llevan a cabo dichas transacciones utilizan los datos de los compradores y vendedores para introducir nuevos productos en el mercado, la conducta se convertirá en anticompetitiva en el caso de que se usen estos datos para expulsar a los competidores del mercado¹²⁴. Hay que destacar el parecido de esta conducta con la negativa a contratar o el estrechamiento de márgenes.

Una igualmente novedosa conducta que constituye un abuso es el “*self-preferencing*” que consiste en que una empresa dominante activa en múltiples mercados relacionados va a utilizar su posición dominante en uno de los mercados para favorecer sus productos en el mercado relacionado. Este tipo de conductas son de exclusión y guardan relación con la negativa a contratar, puesto que hacen referencia a un insumo de importancia¹²⁵, sin embargo, es dudosa la indispensabilidad del mismo.

La conducta mencionada fue la del caso Google Shopping, por el cual se determinó que la empresa tecnológica modificó el algoritmo de su motor de búsqueda, para que cuando un usuario realizaba una búsqueda relacionada con una adquisición de un producto, posicionaba más favorablemente los resultados de su propia plataforma comparativa de compras, sobre los demás. La Comisión consideró que era una conducta de autoposicionamiento por la cual Google buscaba extender su posición dominante en el mercado de búsqueda general, Google Search, al mercado de plataformas de comparación de compras (Google Shopping), buscando excluir a los rivales de este último haciendo que los usuarios tuvieran un peor acceso a los resultados de búsqueda relacionadas con esas empresas¹²⁶. Esta conducta genera debate porque las autoridades estadounidenses, por ejemplo, no encontraron problemas de competencia en la conducta descrita y es posible que lo más adecuado en estos casos sea atender a los casos concretos, sin establecer patrones de conducta generales.

¹²⁴ OECD (2020), *Abuse of dominance in digital markets*, www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf pág. 53.

¹²⁵ OECD (2020), *Abuse of dominance in digital markets*, www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf pág. 54.

¹²⁶ ZUÑIGA DÍAZ, G., “Big Data y los desafíos que plantea al Abuso de Posición de Dominio”, *Revista de Actualidad Mercantil*, núm. 6, 2019, págs. 208 y ss.

Finalmente, podemos resaltar el abuso mediante la política de privacidad vinculante que consiste en que la empresa dominante impone unos términos de obtención de datos a los consumidores que permite usar los datos de los consumidores en un gran número de circunstancias, entre ellas, podría usar los datos obtenidos en el mercado en el que cuenta con posición dominante para consolidar su posición en otro mercado en el que en principio no tendría tal posición. Con los datos del segundo mercado podría de la misma forma seguir reforzando su posición en el mercado original. Esta conducta podría considerarse tanto explotativa como de exclusión, siendo similar a la imposición de conductas abusivas a los consumidores en relación con los datos¹²⁷.

¹²⁷OECD (2020), *Abuse of dominance in digital markets*, www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf pág. 55.

V. SOLUCIONES

La perspectiva de las autoridades de la competencia en relación con los datos ha ido mutando a lo largo del tiempo, a medida que se iba entendiendo desde el punto de vista económico la importancia que los datos tenían y cómo estos podían implicar una ventaja competitiva en muchos sectores de la economía actual. De esta forma, las autoridades con una visión más laxa en cuanto a que la acumulación y procesamiento de datos no era demasiado relevante en cuanto a la adquisición de poder de mercado, han pasado a una visión más preocupada de los nuevos escenarios en cuanto a la acumulación y uso de datos para el ámbito de la competencia¹²⁸.

En atención a lo anterior, dos premisas han debido ser reconsideradas: que los datos masivos no sean una fuente de poder de mercado, pues actualmente se considera lo contrario; y que la privacidad es un elemento ajeno al Derecho de la competencia, pues en la actualidad afecta a la definición del mercado relevante y puede dar lugar a la existencia de nuevos ilícitos antitrust¹²⁹.

Debido a que la economía digital se caracteriza por un alto grado de innovación y dinamismo, además de ser una industria novedosa, es claro que hay incertidumbre sobre las consecuencias de cualquiera política de intervención o no intervención que puedan adoptar las autoridades de la competencia¹³⁰. La posibilidad de error no significa que no haya que intervenir, simplemente implica una mayor dificultad a la hora de conseguir el necesitado equilibrio entre los falsos positivos y los falsos negativos¹³¹.

La idea de un falso positivo consistiría en que la autoridad de la competencia considere que una actividad es anticompetitiva cuando en realidad es procompetitiva o benigna para la competencia, mientras que el falso negativo consiste en considerar competitiva una conducta que en realidad estaba perjudicando a la competencia¹³².

¹²⁸ Antón Juárez, I., “Marketplaces que personalizan precios a través del Big Data y de los algoritmos ¿esta práctica es legal en atención al derecho de la competencia europeo?”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 13, Nº. 1, 2021, págs. 42-69 (50).

¹²⁹ Antón Juárez, I., “Marketplaces que personalizan precios a través del Big Data y de los algoritmos ¿esta práctica es legal en atención al derecho de la competencia europeo?”, cit. 50.

¹³⁰ CRÉMER, J., DE MONTJOYE, Y., y SHWEITZER, H., *Competition policy for the digital era*, Report from the European Commission, <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf> pág. 50.

¹³¹ OECD (2020), *Abuse of dominance in digital markets*, www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf pág. 58.

¹³² STUCKE, M. y GRUNES, A., *Big Data and Competition Policy*, cit. 232.

Se ha sugerido que el enfoque actual es el de evitar los falsos positivos, por lo tanto, habría un riesgo de aplicación insuficiente de las medidas para favorecer la competencia¹³³, puesto que los costes por el error por falso positivo son más elevados que si simplemente no se interviene. La Escuela de Chicago, por ejemplo, cree que, si las agencias se equivocan al no intervenir, las fuerzas del mercado pueden corregir la situación, pero no podrían corregirla si hubiera intervenido el Gobierno¹³⁴.

Sin embargo, existe otra visión menos optimista sobre la capacidad del mercado, que afirma que si una plataforma online obtiene el abuso de posición de dominio, si las autoridades no intervienen a tiempo, es posible que tenga el alto coste de que la plataforma mantenga indefinidamente el poder de mercado, y que también lo obtenga en los mercados anexos o vecinos¹³⁵.

Es por ello que se han propuesto las medidas provisionales para la protección de la competencia, de manera que mediante una actuación preventiva se evita llegar a un escenario en el que el daño es difícil de deshacer¹³⁶. Estas medidas aparecerán recogidas tanto en la propuesta de Ley de Mercados Digitales como en la propuesta de Ley de Servicios Digitales, ambas del Parlamento Europeo con fecha de diciembre de 2020.

Debido a la necesidad de buscar soluciones a los problemas de la competencia que puedan surgir en este ámbito, se cuestiona si el mejor enfoque para los casos de abuso de posición de dominio en los casos de Big Data es la aplicación de las medidas del Derecho de la competencia y se ha sugerido que estas soluciones pueden ser excesivas en los casos de Big Data.

Por ejemplo, cuando se trata de un abuso por negativa a contratar con rivales, siguiendo la doctrina de las infraestructuras esenciales, obligar a contratar y compartir sus datos con los competidores puede ser una obligación que sobrepasa los límites de lo que el deber de contratar en otra situación de Derecho de la competencia podría exigir, y esta solución podría afectar gravemente la dinámica del mercado¹³⁷. Además, podría dar lugar

¹³³ OECD (2020), *Abuse of dominance in digital markets*, www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf pág. 58.

¹³⁴ STUCKE, M. y GRUNES, A., *Big Data and Competition Policy*, cit. 233.

¹³⁵ The Commission “Competition Law 4.0” Report, “A new competition framework for the digital economy”, 09.2019, Berlin, Federal Ministry for Economic Affairs and Energy, pág. 48.

¹³⁶ OECD (2020), *Abuse of dominance in digital markets*, www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf pág. 58.

¹³⁷ SOKOL, D.D. y COMERFORD, R., “Antitrust and regulating Big Data”, cit.

no sólo a problemas para la competencia, sino también por cuestiones de privacidad, al compartir datos de los usuarios.

Por otro lado, en un mercado tan incipiente, dinámico y con importancia de la innovación es necesario que las autoridades sean más cuidadosas de lo habitual para no ahogar la competencia y el desarrollo natural del mercado. Cuando una industria está aún desarrollándose, puede ser difícil distinguir entre una innovación procompetitiva de la empresa y cambios que fueron diseñados para reprimir la competencia¹³⁸.

Algunas alternativas propuestas será la adopción de medidas ex ante como los estudios de mercado, para favorecer la competencia antes de que surjan los problemas de abuso de posición dominante¹³⁹. Algunos expertos sugieren la creación de nuevos supervisores para promover la competencia en los mercados digitales. A pesar de todo, se sugiere que, en los casos de abuso de posición dominante en mercados digitales dirigidos por los datos, lo ideal es actuar atendiendo al caso concreto, sin adoptar medidas generales pues las necesidades de cada situación pueden ser diferentes.

¹³⁸ SOKOL, D.D. y COMERFORD, R., “Antitrust and regulating Big Data”, cit.

¹³⁹ OECD (2020), Using market studies to tackle emerging competition issues, www.oecd.org/daf/competition/using-market-studies-to-tackle-emerging-competitionissues-2020.pdf pág. 7.

VI. CONCLUSIONES

La digitalización de la economía y de las bases de datos por las empresas ha generado un gran número de cambios en las estrategias de negocios, que a su vez han implicado una gran cantidad de retos para las autoridades encargadas de regular y aplicar las normas de la competencia. La finalidad será conseguir que el uso de datos por las empresas no se convierta en una ventaja competitiva que constriña la competencia en los mercados correspondientes, sino que sean utilizados de forma competitiva, de manera que favorezca el dinamismo del mercado y una competencia eficiente por parte de los distintos rivales.

Para lograr una solución adecuada para los casos de abuso, será necesario tener en cuenta que en los mercados de datos o en los que los datos constituyen un insumo fundamental, habrá que analizar caso por caso la situación, puesto que una concepción global del problema no será suficiente. Cada una de las características de los mercados del Big Data, como la no rivalidad, la replicabilidad, los efectos de red o la portabilidad de los datos, pueden derivar tanto en una competencia eficiente, como en una situación de abuso de posición de dominio irreversible, y es por ello que, deberá abordarse cada caso teniendo en cuenta cómo afectan a las empresas involucradas.

Por otro lado, es necesario adaptar las medidas tradicionales que se utilizan en los casos de abuso de posición dominante a aquellos abusos que se den en los mercados de datos, o bien por la posesión de una gran cantidad de datos que dan una información sobre los clientes y usuarios que les otorguen una ventaja competitiva. La manera en la que se abusa de la posición dominante cuando se utilizan datos es distinta, por lo tanto, es importante que se adapten las medidas necesarias a estos cambios.

Finalmente, decir que es necesaria una mayor actuación por parte de las autoridades de la competencia para evitar abusos que se producen de forma cada vez más frecuente por empresas tecnológicas como Google o Facebook. Para ello podría ser necesario, por ejemplo, de adoptar medidas ex ante, tratando de evitar que las empresas adquieran esa posición dominante y favoreciendo la competencia. Pero también es posible que la cooperación entre las distintas autoridades internacionales sea un elemento clave para evitar los abusos de posición dominante en los mercados digitales y dirigidos por los datos, pues a pesar de los diferentes marcos normativos, existen cuestiones comunes que

les podrían ayudar a identificar los casos de abusos por estas empresas globales, y adoptar las medidas adecuadas.

BIBLIOGRAFÍA

ALCARAZ, F., “Mercados de doble cara (I): Características y estrategia”, *Blog New Deal*, 17.10.2017, <http://blognewdeal.com/fuensanta-alcaraz/mercados-de-doble-cara-i-caracteristicas-y-estrategia/> (consultada por última vez 1/04/2021).

Antón Juárez, I., “Marketplaces que personalizan precios a través del Big Data y de los algoritmos ¿esta práctica es legal en atención al derecho de la competencia europeo?”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 13, Nº. 1, 2021, págs. 42-69 (50).

ARMENGOL Y GASULL, O., “La discriminación de precios como abuso de posición dominante”, en MARTÍNEZ LAGE, S. y PETITBÓ JUAN, A. (Directores), *El Abuso de Posición de Dominio*, Marcial Pons, Madrid, 2006, págs. 299 y ss.

Autoritat Catalana de la Competència, *La Economía de los Datos. Retos para la competencia*, http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxiu/actuacions/Eco-Datos-y-Competencia-ACCO.pdf

Autorité de la concurrence and Bundeskartellamt, *Competition Law and Data*.

BAQUERO, C. “Big Data es pura tecnología”. En Soraya Paniagua. Datos, IoT, Makers, Medios Sociales y Aprendizaje Social. 16.07.2012. <http://www.sorayapaniagua.com/2012/07/16/carlos-baquero-de-gmv-big-data-es-pura-tecnologia/> (consultada por última vez 1/04/2021).

BARRANCO FRAGOSO, R., “¿Qué es el Big Data?”, *IBM DEVELOPER*, 18.06.2012. <https://developer.ibm.com/es/technologies/data-science/articles/que-es-big-data/> (consultada por última vez 22/02/2021).

CHUI, M. y MANYIKA J., “Competition at the digital edge: ‘Hyperscale’ businesses,” *McKinsey Quarterly*, 03.2015. <https://www.mckinsey.com/industries/technology-media-and-telecommunications/our-insights/competition-at-the-digital-edge-hyperscale-businesses>

Commission “Competition Law 4.0” Report, “A new competition framework for the digital economy”, 09.2019, Berlin, Federal Ministry for Economic Affairs and Energy.

Comunicación de la Comisión – Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, DOC45, de 24 de febrero 2009.

Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/c 372/03).

Defensa de la competencia: La Comisión sigue avanzando en las investigaciones sobre las prácticas de Google en materia de publicidad y comparación de precios que supuestamente vulneran la normativa de la UE. 14 de julio de 2016.
http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2532_es.htm

DÍEZ ESTELLA, F., “El abuso de posición dominante en el derecho comunitario y español de defensa de la competencia”, en GARCÍA CRUCES J.A., (director), *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad Tomo I*, Tirant lo Blanch Tratados, Valencia, 2014, págs. 255 y ss.

Digital 2020 Global Digital Overview, *We are social and Hootsuite*, 20.1.2020, <https://wearesocial.com/blog/2020/01/digital-2020-3-8-billion-people-use-social-media> (consultada por última vez 23/02/2021).

EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, “Privacy and competitiveness in the age of Big Data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy”, 03.2014, págs. 9 y ss.

HERRERO SUÁREZ, C., “La economía de los grandes datos o Big Data desde el Derecho de la competencia: ¿nuevos problemas? ¿nuevas soluciones?”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 23, 2018.

LARA D., “Apple pretende desarrollar su propio buscador web para no depender de Google”, *EL PAÍS*, 28.10.2020, <https://elpais.com/economia/2020-10-28/apple-pretende-desarrollar-su-propio-buscador-web-para-no-depender-de-google.html> (consultada por última vez 3/6/2021).

MAYER-SCHÖNBERGER V., CUKIER K. *Big Data. La revolución de los datos masivos*, Edición digital: Titivillus, 2013, pags. 6 y ss (9)

MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE, ““Big Data: the next frontier for innovation, competition and productivity”. 05.2011,

https://www.mckinsey.com/~media/McKinsey/Business%20Functions/McKinsey%20Digital/Our%20Insights/Big%20data%20The%20next%20frontier%20for%20innovation/MGI_big_data_exec_summary.ashx (consultada por última vez 20/05/2021).

MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE, “The Age of Analytics: Competing in a Data-driven World”, 12.2016, págs. 25 y ss <https://www.mckinsey.com/~media/McKinsey/Industries/Public%20and%20Social%20Sector/Our%20Insights/The%20age%20of%20analytics%20Competing%20in%20a%20data%20driven%20world/MGI-The-Age-of-Analytics-Full-report.pdf> (consultada por última vez 01.04.2021)

OECD (2016), *Fidelity Rebates – Background note by the Secretariat*, [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2016\)5&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2016)5&docLanguage=En)

OECD (2018) *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms* www.oecd.org/competition/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms.htm

OECD (2019), *Practical approaches to assessing digital platform markets for competition law enforcement: Background note by the Secretariat for the Latin American and Caribbean Competition Forum*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF\(2019\)4/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF(2019)4/en/pdf)

OECD (2020), *Abuse of dominance in digital markets*, www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf

OECD (2020), *Using market studies to tackle emerging competition issues*, www.oecd.org/daf/competition/using-market-studies-to-tackle-emerging-competitionissues-2020.pdf

PUYOL MORENO, J., “Una aproximación al Big Data”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 14, 2014, págs. 471 y ss.

RODRÍGUEZ RODRIGO, J., “Big Data, poder de mercado y abuso de posición de dominio”, GARCÍA VIDAL, A., (director), *Big Data e Internet de las cosas: Nuevos retos para el Derecho de la competencia y de los bienes inmateriales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2020, págs. 305 y ss.

Rubinfeld, D. L. Y Gal, M. S. “Access Barriers to Big Data”, *Arizona Law Review*, 2017.

SHELANSKI, H. A., “Information, Innovation, and Competition policy for the Internet”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 161, 2013, págs. 1663 y ss.

SOKOL, D.D. y COMERFORD, R., “Antitrust and regulating Big Data”, *George Mason Law Review 119, University of Florida Levin College of Law Research Paper No. 16-40*, vol 23:5, 2016.

STUCKE, M. y GRUNES, A., *Big Data and Competition Policy*, Oxford University Press, 2016.

ZÚÑIGA DÍAZ, G., “Big Data y los desafíos que plantea al Abuso de Posición de Dominio”, *Revista de Actualidad Mercantil*, núm. 6, 2019, págs. 208 y ss.

Sentencias:

Sentencia del 13 de febrero de 1973, *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission of the European Communities*, C-6/72, EU:C:1973:22.

Sentencia del 13 de febrero de 1973, *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission of the European Communities*, C-6/72, EU:C:1973:22.

Sentencia de 30 de enero de 1974, *Belgische Radio en Televisie and société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs c SC SABAM and NV Fonior*, C-127/73, EU:C:1974:25.

Sentencia de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Comisión de las Comunidades Europeas*, C-85/76, EU:C:1979:36.

Sentencia de 3 de julio de 1991, *AKZO Chemie BV c Comisión de las Comunidades Europeas*, C-62/86, EU:C:1991:286.

Sentencia del TJCE, de 14 de noviembre de 1996, *Tetra Pak International SA c. Comisión*, C-333/94 P, EU:C:1996:436.