

BIG DATA DESDE LA PERSPECTIVA DEL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO Y DEL CONTROL DE CONCENTRACIONES

BIG DATA FROM THE ABUSE OF DOMINANCE AND MERGER CONTROL PERSPECTIVE

PABLO VELASCO SANZO*

RESUMEN

Conforme ha crecido el uso y la importancia de los datos para el proceso competitivo, también lo ha hecho la atención que las autoridades de competencia de todo el mundo prestan al uso que las empresas hacen de los mismos, así como a los posibles problemas de competencia que se pueden generar. En concreto, los mercados digitales presentan una serie de características que pueden hacer que se incremente la concentración en el mercado, se creen barreras de entrada, y se fortalezca el poder de mercado que tienen algunas empresas, de manera que el mercado se incline a favor de una o de un reducido número de ellas. El presente artículo pretende analizar cuáles son las principales teorías del daño que pueden tener lugar en relación con la obtención y utilización del *Big data* desde la perspectiva el abuso de posición de dominio y del control de concentraciones.

Palabras clave: mercados digitales, *Big data*, competencia, abuso, concentraciones.

ABSTRACT

As the use and importance of data to the competitive process has grown, so has the attention that competition authorities around the world pay to the use that companies make of such data, as well as to the potential competition concerns that may arise. Specifically, digital markets present a series of characteristics that can increase market concentration, create entry barriers, and strengthen the market power of some companies, so that the market tips in favor of one or a small number of them. This article will assess which are the main theories of harm related to the collection and use of Big data from the abuse of dominance and merger control perspective.

Keywords: digital markets, Big data, competition, abuse, mergers.

* Inspector de Competencia en la Subdirección de Sociedad de la Información de la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). Las opiniones expresadas son, exclusivamente, a título personal y en ningún caso representan la postura oficial de la autoridad. Contacto: pablo.velasco@cnmc.es.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. DEFINICIÓN DE *BIG DATA* Y PRINCIPALES VENTAJAS E INCONVENIENTES.—1. Definición de *Big data* y clasificación.—2. Principales ventajas e inconvenientes.—2.1. Principales ventajas.—2.2. Principales inconvenientes.—III. TEORÍAS DEL DAÑO DESDE LA PERSPECTIVA DEL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO Y LAS CONCENTRACIONES.—1. Abuso de posición de dominio.—1.1. Negativa de acceso a una fuente de datos.—1.2. Abuso explotativo basado en la obtención de datos del usuario.—1.3. Acceso discriminatorio a una fuente de datos.—1.4. Contratos de exclusiva.—1.5. Vinculación de productos o *tying*.—1.6. Discriminación de precios basada en el uso de *Big data*.—1.7. Regulación: especial consideración al Reglamento de Mercados Digitales (DMA).—2. Control de concentraciones.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.

CONTENTS: I. INTRODUCTION.—II. DEFINITION OF BIG DATA AND MAIN ADVANTAGES AND DISADVANTAGES.—1. Big data and classification.—2. Main advantages and disadvantages.—2.1. Main advantages.—2.2. Main disadvantages.—III. THEORIES OF HARM FROM THE ABUSE OF DOMINANCE AND MERGER CONTROL PERSPECTIVE.—1. Abuse of dominance.—1.1. Refusal to supply access to data.—1.2. Exploitative abuse obtaining users' data.—1.3. Discriminatory access to data.—1.4. Exclusive contracts.—1.5. *Tying*.—1.6. Data as a vehicle for price discrimination.—1.7. Regulation: special mention to the Digital Markets Act.—2. Merger control.—IV. CONCLUSIONS.—V. BIBLIOGRAPHY.

I. INTRODUCCIÓN

La obtención, acumulación y utilización de datos de consumidores y usuarios ha crecido exponencialmente en los últimos años y cada vez juega un papel más importante no sólo para las empresas, sino para los propios consumidores.

Los datos pueden ser de diversa naturaleza (personales, económicos, sobre objetos y cosas, etc.) y son utilizados por las empresas para, por ejemplo, ofrecer nuevos productos y servicios (incluso algunos de ellos «sin coste», a cambio de la obtención de los propios datos), mejorar su oferta, u ofrecer servicios personalizados. Por su parte, los consumidores pueden beneficiarse de anuncios personalizados (p. ej., reduciendo sus costes de búsqueda) o de productos y servicios gratuitos (desde aplicaciones para teléfonos inteligentes hasta servicios de navegación gratuitos y ampliamente utilizados como *Google Maps*).

Conforme ha crecido el uso y la importancia de los datos para el proceso competitivo, también lo ha hecho la atención que las autoridades de competencia de todo el mundo prestan al uso que las empresas hacen de los mismos, así como a los posibles problemas de competencia que se pueden generar.

Aunque hasta recientemente los mercados digitales y la obtención y utilización de datos no estaban en el foco del Derecho de la competencia —en parte, porque se consideraba que los mercados digitales eran tan dinámicos e innovativos que iban a estar sujetos a una gran contestabilidad o disputabilidad, de manera que casi se autorregularían solos—, se ha producido un cambio de paradigma, motivado en parte por la consolidación de la posición que tienen determinadas empresas en los mercados en los que operan (principalmente, Google, Amazon, Facebook, Apple y Microsoft, denominadas conjuntamente como «GAFAM»)¹.

Así, se ha comprobado que estos mercados tan dinámicos presentan una serie de características (como los efectos de red o el denominado efecto del «ganador se lo queda todo» o «*winner takes it all*») que pueden hacer que se incremente la concentración en el mercado, se creen barreras de entrada, y se fortalezca el poder de mercado que tienen algunas empresas, de manera que el

¹ GAUTIER y LAMESCH (2020), pág. 5.

mercado se incline a favor de una o de un reducido número de grandes empresas (lo que se conoce con el término de «*tipping*»)². A lo anterior también ha contribuido un aumento de la concentración en estos mercados, en los que empresas también consolidaban su posición en el mercado mediante la compra de otras empresas (ya establecidas o que se acababan de introducir en el mercado).

Fruto de este cambio de paradigma, en 2020, ya se habían publicado más de 40 estudios sobre mercados digitales (incluyendo la obtención y utilización de datos), por parte de autoridades de Estados Unidos, Japón, Australia, Reino Unido, España³, entre otras, así como se habían iniciado varias investigaciones y sancionado varias conductas.

Si nos centramos sólo en la actividad a nivel Comisión Europea («CE»), se han realizado dos grandes estudios sobre *e-commerce*⁴ e internet de las cosas⁵, lo que se ha visto acompañado de una gran actividad sancionadora (basta con ver los casos contra Google, como Google Shopping⁶, Android⁷ y AdSense⁸, saldados con cuantiosas sanciones; o contra Amazon, como Amazon Marketplace y Amazon Buy Box, finalmente cerrados con compromisos⁹) e investigadora (basta con ver las investigaciones contra Apple, como Apple App Store¹⁰; y Facebook, como Facebook leveraging¹¹). Además, también se ha aprobado recientemente la *Digital Markets Act*, un reglamento que impone a los operadores digitales que cumplan determinados requisitos (entre ellos, muy probablemente, a los GAFAM) una serie de obligaciones que tienen como objetivo asegurar que los mercados digitales sean disputables y equitativos.

En relación con los datos, la mayor parte de las preocupaciones desde la perspectiva del Derecho de la competencia suelen estar relacionadas con la posible adquisición de poder de mercado como consecuencia de su obtención, acumulación, control y utilización, por lo que muchas de estas investigaciones suelen tratarse desde la perspectiva de los abusos de posición de dominio y de las concentraciones¹².

² «Compendium of approaches to improving competition in digital markets», publicado por el G7 el 29 de noviembre de 2021, párrafo 3.4 (puede ser consultado en <https://www.gov.uk/government/publications/compendium-of-approaches-to-improving-competition-in-digital-markets>).

³ LANCIERI y SAKOWSKI (2020), págs. 4-8.

⁴ «Informe final de la investigación sectorial sobre el comercio electrónico», COM(2017) 229 final, 10 de mayo de 2017, que puede ser consultado en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_1261.

⁵ «Informe final: investigación sectorial sobre el internet de las cosas de consumo», COM(2022) 19 final, 20 de enero de 2022, que puede ser consultado en https://competition-policy.ec.europa.eu/sectors/ict/sector-inquiry-consumer-internet-things_en.

⁶ Caso AT.39740 (resumen en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_1784), recientemente confirmado por el TGUE (resumen en <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2021-11/cp210197en.pdf>).

⁷ Caso AT.40099 (resumen en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_4581).

⁸ Caso AT.40411 (resumen en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_1770).

⁹ Casos AT.40462 y AT.40703 (nota de prensa en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_22_7777).

¹⁰ Casos AT.40437 (*Apple - App Store Practices - music streaming*) —vid. nota de prensa en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_1217— y AT.40652 (*Apple - App Store Practices - e-books/audiobooks*) —vid. nota de prensa en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1073—.

¹¹ Caso AT.40684 (vid. nota de prensa en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_21_2848).

¹² También pueden plantearse problemas en este sentido desde la perspectiva de los acuerdos entre empresas. Esta perspectiva ya fue tratada en un artículo de este mismo autor: VELASCO SANZO (2022), págs. 85-99. En este sentido, dicho artículo y el presente son complementarios entre sí y, en conjunto, ofrecen una visión global sobre el *Big data* desde la perspectiva del Derecho de la competencia.

Después de esta introducción, en este artículo analizaremos, en la segunda sección, cuál es la definición de *Big data* y que ventajas o inconvenientes (o principales problemas) puede presentar su obtención y utilización para consumidores y operadores. Después, en la tercera sección, realizaremos un análisis de las principales teorías del daño que podrían tener lugar en relación con el *Big data* desde la perspectiva del abuso de posición de dominio y las concentraciones (a la vez que se ponen ejemplos de casos reales en los que se hayan aplicado dichas teorías del daño). Por último, concluiremos.

II. DEFINICIÓN DE *BIG DATA* Y PRINCIPALES VENTAJAS E INCONVENIENTES

1. Definición de *Big data* y clasificación

Los datos son cualquier información, o representación de dicha información, a menudo almacenada en un ordenador¹³. Por su parte, el *Big data*, podría decirse que se trata de grandes cantidades de diferentes tipos de datos, generados a gran velocidad de una multiplicidad de fuentes, cuyo manejo y análisis requiere de procesadores y algoritmos muy potentes¹⁴. Así, el término, supone la confluencia de una serie de factores, entre los que se incluyen la recogida casi omnipresente de datos procedentes de diversas fuentes, la caída de su coste de almacenamiento y las nuevas y potentes herramientas y capacidades de análisis de datos para establecer conexiones y hacer inferencias y predicciones¹⁵.

El *Big data* ha alcanzado tal importancia que se dice es que un nuevo y significativo tipo de activo en la economía de la información (de hecho, se considera que es un nuevo tipo de materia prima para los negocios, un *input* como el trabajo y el capital)¹⁶. En este sentido, muchos autores lo califican como el nuevo petróleo, en la medida en la que se utiliza como combustible de casi todas las actividades que tienen lugar en los mercados digitales¹⁷. En 2006, el comentarista de marketing Michael Palmer escribió: «Los datos son como el petróleo. Es valioso, pero si no se refina no se puede utilizar. Tiene que ser transformado en gas, plástico, productos químicos, etc., para crear algo valioso que genere rentabilidad; como los datos, que se tienen que descomponer y ser analizados para que tengan valor»¹⁸.

Por otro lado, de acuerdo con un estudio conjunto de las autoridades de competencia alemana y francesa (2016)¹⁹, existen varias formas de clasificar los datos, entre otras:

¹³ Estudio conjunto de las autoridades de competencia alemana y francesa, «Competition Law and Data», de mayo de 2016, pág. 4.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Federal Trade Commission (FTC), «Big Data: A Tool for Inclusion or Exclusion? Understanding the Issues» (2016).

¹⁶ RUBINFELD y GAL (2017), pág. 3.

¹⁷ CASE (2021), pág. 9.

¹⁸ Michael Palmer, Data is the New Oil, Ana Blogs (3 de noviembre de 2006), https://ana.blogs.com/maestros/2006/11/data_is_the_new.html, traducción libre de «Data is just like crude. It's valuable, but if unrefined it cannot really be used. It has to be changed into gas, plastic, chemicals, etc to create a valuable entity that drives profitable activity; so must data be broken down, analyzed for it to have value».

¹⁹ Estudio conjunto de las autoridades de competencia alemana y francesa, «Competition Law and Data», de mayo de 2016.

— Por el tipo de información que suministran, podemos hablar de: i) datos personales, como direcciones, teléfonos, DNIs, gustos, preferencias, gastos recientes, ocio consumido, webs visitadas, etc. (a los que se presta más atención, especialmente porque suelen estar protegidos por leyes de protección de datos); ii) datos de operadores económicos, como direcciones, volumen de negocios, actividades, etc., y iii) información sobre objetos o cosas, como por ejemplo la localización y velocidad de un coche²⁰.

— Por su organización podemos hablar de: i) datos estructurados, es decir, datos que son obtenidos siguiendo una serie de campos, de manera que su principal ventaja es que pueden ser procesados más fácilmente, y ii) datos desestructurados, que son aquellos que son recogidos sin seguir un patrón y que requieren ser procesados por algoritmos relativamente potentes para tener algún valor comercial²¹.

— Por la forma de ser obtenidos podemos hablar de: i) datos ofrecidos de manera voluntaria por los individuos (p. ej., un mercado en línea o *Marketplace* que pregunta dirección de envío y cuenta bancaria, o una red social, en la que se vuelcan gustos y preferencias); ii) datos observados, que son aquellos que se obtienen observando el comportamiento del individuo (p. ej., los buscadores o la información obtenida del uso de *cookies*), y iii) datos inferidos, que son aquellos que se pueden suponer, a lo mejor con cierto margen de error, de información ya existente (p. ej., en una tienda *online*, según los productos consultados por el individuo, se puede saber si este es hombre o mujer)²².

2. Principales ventajas e inconvenientes

Las empresas prestan cada vez más atención al uso del *Big data* como una herramienta para desarrollar sus negocios. Esto no es un fenómeno nuevo o reciente, las empresas llevan explotando los datos de sus clientes desde antes de que surgiera la economía digital (piénsese, p. ej., en la gestión de las direcciones o teléfonos de los clientes para enviar pedidos o realizar publicidad)²³.

La diferencia con el pasado es que el *Big data* y la economía digital presentan nuevas oportunidades, antes impensables, para mejorar la oferta de productos y servicios, ofrecer nuevos productos y servicios, u ofrecer servicios personalizados.

No obstante lo anterior, la acumulación y utilización de grandes cantidades de datos por parte de ciertas empresas también podría, entre otros, contribuir a crear o reforzar la posición de mercado del operador que dispone de ellos.

A continuación, se analizarán en más detalle cada uno de estos aspectos.

2.1. Principales ventajas

Cuando el *Big data* es procesado de forma adecuada para extraer información de utilidad, las empresas pueden utilizar dicha información con fines pro-

²⁰ Estudio conjunto de las autoridades de competencia alemana y francesa, «Competition Law and Data», de mayo de 2016, pág. 5.

²¹ *Ibid.*, pág. 6.

²² *Ibid.*, págs. 6 y 7.

²³ *Ibid.*, pág. 8.

competitivos, mejorando el bienestar general de los consumidores. En concreto, de acuerdo con el mencionado estudio conjunto de las autoridades de competencia alemana y francesa²⁴, el uso del *Big data* por parte de las empresas puede presentar una serie de ventajas:

— Mejoras en productos y servicios: los datos pueden ayudar a las empresas a mejorar sus ofertas de productos y servicios. Por ejemplo, cuanto más se use un producto o servicio, más puede aprender la empresa sobre el mismo y mejorarlo. Un claro ejemplo de ello serían los buscadores web; cuantas más búsquedas se hagan, más se puede observar que resultados se clican, lo que, a su vez, ayudará a refinar las búsquedas y mejorar el algoritmo que ofrece los resultados²⁵, mientras que los consumidores también salen beneficiados, por ejemplo, obteniendo resultados más afines a lo que buscan.

— Ofrecer productos y servicios de forma gratuita: la habilidad de una empresa para monetizar el uso del *Big data*, por ejemplo, mediante publicidad dirigida o personalizada, permite extraer beneficios de una de las caras del mercado (la de los anunciantes) y ofrecer un producto gratuito a los consumidores en la otra cara del mercado (que, en realidad, están «pagando» con sus datos). Esto ocurre, por ejemplo, con las redes sociales, los buscadores web, navegadores, o determinadas aplicaciones para el móvil.

— Nuevas oportunidades de negocio: los datos pueden ayudar a las empresas a lanzar nuevos productos y servicios. Por ejemplo, los datos de movilidad generados por el móvil son usados por servicios de navegación como Waze (ahora de Google) o Google Maps para mostrar atascos y rutas más eficientes a sus usuarios)²⁶, ofreciendo un servicio más completo a los usuarios.

— Ofrecer productos o servicios personalizados: las empresas también pueden usar los datos para delimitar o perfilar mejor a los consumidores y, por ejemplo, enviarles publicidad o productos y servicios personalizados en función de sus gustos e intereses. De esta forma, las empresas reducen sus costes de marketing al dirigirse con precisión a su público objetivo y los consumidores sólo reciben ofertas que les puedan interesar²⁷.

2.2. Principales inconvenientes

La obtención y utilización de *Big data* por parte de determinadas empresas puede ayudar a crear, preservar, o reforzar el poder de mercado de algunas empresas. En concreto, las empresas que dispongan de estos datos podrían elevar las barreras de entrada o expansión al mercado (se considera que las grandes empresas digitales están mejor posicionadas para bloquear la entrada de determinados rivales en comparación con negocios tradicionales); o usar la información que terceras partes generan en su relación con la propia empresa para competir contra ellas mismas.

Para determinar si se genera o no un problema de poder de mercado, resulta necesario evaluar hasta qué punto el *Big data* del incumbente le proporciona una

²⁴ Estudio conjunto de las autoridades de competencia alemana y francesa, «Competition Law and Data», de mayo de 2016.

²⁵ *Ibid.*, págs. 9 y 10.

²⁶ *Ibid.*, pág. 10.

²⁷ *Ibid.*, págs. 10 y 11.

ventaja económica frente a otros operadores que le permitiría crear, preservar, o reforzar su poder de mercado, lo que habrá que analizar caso por caso.

Para llevar a cabo esta evaluación, se debe atender a una serie de factores²⁸ (que son los que determinaran si podría existir o no poder de mercado) como: i) los efectos de red (*network effects*); ii) si se trata de un mercado de dos o varias caras (*multi-sided markets*); iii) si existe multiconexión (*multi-homing*); iv) las dinámicas del mercado; v) si existen economías de escala, y vi) si se dan situaciones del tipo el ganador se lo queda todo o «*Winner takes it all*».

Una vez analizados, entre otros, estos factores caso por caso, podrá determinarse si existe poder de mercado y si, el uso del *Big data*, contribuye y en qué medida lo hace, a la existencia del mismo.

III. TEORÍAS DEL DAÑO DESDE LA PERSPECTIVA DEL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO Y LAS CONCENTRACIONES

Como se ha adelantado, el debate sobre los riesgos que el *Big data* puede entrañar desde la perspectiva de competencia ha estado principalmente vinculado a la posible adquisición de poder de mercado como consecuencia del control y uso de la información, por lo que se ha prestado especial atención a los problemas que se podían derivar de su obtención y uso desde la perspectiva de los abusos de posición de dominio y de las concentraciones²⁹.

En este sentido, varios autores han señalado, centrándose en los efectos de red del *Big data*, que favorece la concentración y la existencia de posiciones de dominio³⁰, y, la OCDE concluyó en un informe de 2014 que los mercados que se basan en *Big data* son propensos a la concentración y a la existencia de escenarios en las que el ganador se lo se lo queda todo («*Winner takes it all*»)³¹.

Conviene recordar que, desde el punto de vista del Derecho de la competencia no está prohibido que una empresa tenga una posición de dominio en el mercado, sino el abuso de dicha posición.

A continuación, se presentan una serie conductas relacionadas con la obtención y uso del *Big data* desde la perspectiva de los abusos de posición de dominio y concentraciones, que podrían perjudicar el proceso competitivo y representar infracciones del Derecho de la competencia. En algunos de estos casos, si existe, se hará referencia a la práctica decisional de autoridades de competencia, lo que servirá para ilustrar de forma práctica las potenciales conductas o teorías del daño que se han identificado.

1. Abuso de posición de dominio

Desde la perspectiva del abuso de posición de dominio se han identificado las siguientes teorías del daño o conductas potencialmente problemáticas³²:

²⁸ VELASCO SANZO (2022), págs. 90-92.

²⁹ HERRERO SUÁREZ (2018), págs. 16 y 17.

³⁰ RUBINFELD y GAL (2017), pág. 6.

³¹ OECD, *Data-Driven Innovation For Growth And Well-Being: Interim Synthesis Report* (2014), pág. 7, consultar en <https://www.oecd.org/sti/inno/data-driven-innovation-interim-synthesis.pdf>.

³² Las distintas investigaciones que se citan han sido clasificadas donde se considera que encajan mejor, sin perjuicio de que las mismas puedan encajar en varias categorías.

1.1. Negativa de acceso a una fuente de datos

La negativa de acceso a una fuente de datos por parte de un operador que tenga una posición de dominio en un potencial mercado específico de datos podría ser anticompetitiva si dichos datos constituyen un insumo esencial («*essential facility*») para competir en dicho mercado o en otro mercado relacionado³³.

De acuerdo con la jurisprudencia europea, para que se exista este tipo de abuso se tienen que cumplir una serie de condiciones³⁴: i) la negativa se tiene que referir a un producto que es indispensable para competir (*i. e.* que no hay productos o servicios alternativos); ii) la negativa tiene que prevenir o evitar la aparición de un nuevo producto; iii) la negativa no está justificada, y iv) es probable que excluya toda competencia en un mercado secundario.

Por tanto, para que se diera este tipo de abuso, los datos del incumbente deberían ser únicos e irreplicables, es decir, que no existiera otra forma de obtenerlos³⁵.

No obstante lo anterior, de acuerdo con jurisprudencia reciente, cuando la negativa de acceso consiste en imponer condiciones tan desventajosas que, *de facto*, funcionen como una negativa de acceso, el requisito de la indispensabilidad se relaja. En concreto, según el TJUE «cuando se trata de prácticas distintas de la denegación de acceso, la falta de tal carácter indispensable no es en sí misma determinante a efectos del examen de comportamientos potencialmente abusivos por parte de una empresa dominante»³⁶. Por tanto, puede haber casos en los que este requisito no sea tan exigente, lo que habrá que determinar caso por caso. En el mismo sentido se pronuncia la CE en la actualización³⁷ de sus Orientaciones sobre el artículo 102 TFUE³⁸.

Este tipo de conducta no es una desconocida para el Derecho de la competencia, ni para las autoridades de competencia.

En 2009, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia («CNMC»)³⁹ (por entonces, la Comisión Nacional de Competencia, «CNC») ya sancionó a Hidrocarburo Distribución con 830.000 euros por abusar de su posición de dominio en el mercado de la distribución de energía, tras una denuncia presentada por Céntrica (una empresa comercializadora de energía)⁴⁰. La CNC consideró que Hidrocarburo Distribución (una empresa verticalmente integrada, era distribuidora y comercializadora de energía) abusó de su posición

³³ Estudio conjunto de las autoridades de competencia alemana y francesa, «Competition Law and Data», de mayo de 2016, pág. 18.

³⁴ C-418/01, *IMS Health*, 29 de abril de 2004, ECLI:EU:C:2004:257, párrafos 34-52; T-201/04, *Microsoft/Comisión*, 17 de septiembre de 2007, ECLI:EU:T:2007:289, párrafos 320-336, y C-7/97, *Bronner*, 26 de noviembre de 1998, ECLI:EU:C:1998:569, párrafos 44-45.

³⁵ Estudio conjunto de las autoridades de competencia alemana y francesa, «Competition Law and Data», de mayo de 2016, pág. 18.

³⁶ C-165/19 P, *Slovak Telekom/Comisión*, ECLI:EU:C:2021:239, párrafo 50. *Vid.* también T-612/17. *Google y Alphabet/Comisión (Google Shopping)*, ECLI:EU:T:2021:763, párrafos 230-234.

³⁷ *Vid.* pág. 7 del *Policy Brief* que resume los principales cambios y que puede ser consultado en https://competition-policy.ec.europa.eu/document/40413680-4eda-4ba0-96b1-e3e9d4e22106_en.

³⁸ 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.

³⁹ Caso 645/08, *Centrica/Hidrocarburo* (*vid.* <https://www.cnmec.es/expedientes/64508>).

⁴⁰ De hecho, Céntrica presentó cinco denuncias en la CNC contra los cinco distribuidores activos en España por aquel entonces. En todos los casos el resultado fue el mismo.

de dominio al negar acceso al SIPS (una base de datos operada por su empresa de distribución y que era necesaria para prestar servicios de comercialización) a empresas comercializadoras competidoras, como Céntrica. Además, el caso también es interesante porque la empresa trató de justificar su negativa a dar acceso a la base de datos SIPS a empresas competidoras con base en el Reglamento General de Protección de Datos («RGPD») vigente en aquel momento. Sin embargo, la CNC rechazó esta justificación, entre otras razones, porque la empresa sí que dio acceso a la base de datos a su propia empresa comercializadora (como hemos explicado, era una empresa integrada verticalmente) y porque el propio RGPD establecía que suponía un incumplimiento del mismo el negar el acceso al SIPS a otras empresas comercializadoras.

Este caso es similar a otro de 2014 en el que la autoridad francesa de la competencia⁴¹ impuso medidas cautelares a GDF-Suez en la que obligaba a esta empresa a dar ciertos datos sobre sus clientes —sobre todo, datos de consumo— que había obtenido mientras era el monopolista del mercado (antes de la liberalización del sector), y que eran necesarios para que otras empresas comercializadoras de energía realizaran ofertas a los consumidores (no existían bases de datos públicas o privadas alternativas)⁴². Y también es similar a uno febrero de 2022 en el que la misma autoridad sancionó a EDF por abusar de su posición de dominio en el mercado de la electricidad al utilizar datos de consumidores que había obtenido de su posición de monopolista en el mercado mayorista para extender dicha posición a otros mercados mayoristas (p. ej., el del gas)⁴³.

Por su parte, la CE⁴⁴ investigó en 2012 a Thomson Reuters por un posible abuso de posición de dominio en el mercado de las fuentes de datos consolidadas en tiempo real (*consolidated real-time data feeds*, «CRTDF»). En concreto, Thomson Reuters había creado unos códigos (denominados «RIC») que identificaban valores financieros, y que eran utilizados por sus clientes para recuperar información de las CRTDF (la base/fuente de datos). De acuerdo con la CE, la empresa habría prohibido a sus clientes utilizar los RIC para recuperar datos e información de CRTDF competidores y habría impedido a terceros crear los mecanismos necesarios que hubieran permitido a los clientes de Thomson Reuters interoperar con los CRTDF de otros proveedores competidores (en otras palabras, aprovechaba el uso de los RIC por parte de sus clientes para reforzar o mantener su posición de dominio en el mercado de las fuentes de datos CRTDF). Finalmente, el caso se cerró con compromisos, en los que la empresa se comprometió, entre otros, a permitir que sus clientes utilizaran sus RIC para recuperar datos e información de CRTDF competidores a cambio de una cuota mensual.

Por otro lado, estudios recientes⁴⁵ sugieren que los mercados digitales en los que el dato es el *input* esencial al que se solicita acceso presentan

⁴¹ Decisión 14-MC-02, de 9 de septiembre de 2014 (vid. nota de prensa en <https://www.autoritedelaconurrence.fr/en/communiqués-de-presse/9-september-2014-gas-market>).

⁴² Este caso está citado como un ejemplo de *tying* en el estudio conjunto de las autoridades francesa y alemana de la competencia, pero nos parece que encaja mejor en un supuesto de negativa de acceso a una fuente de datos. También podría ser un caso de discriminación para favorecerse a sí misma y perjudicar a terceros.

⁴³ Decisión 22-D-06, de 22 de febrero de 2022 (que puede ser consultada en <https://competition-forum.com/the-french-competition-authority-sanctions-edf-and-its-subsidiaries-for-abuse-of-a-dominant-position-implying-data-use-they-detained-from-its-historical-operator-position-on-the-electricity-market/>).

⁴⁴ Caso AT.39654 (resumen en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_12_1433).

⁴⁵ Estudio publicado por la autoridad regulatoria de las telecomunicaciones en Reino Unido (Ofcom), «Data, Digital Markets and Refusal to Supply», de diciembre de 2022, pág. 22.

una serie de características (tales como los efectos de red, no exclusividad, los costes de cambio, etc.) que pueden hacer que sea más difícil aplicar el tradicional test legal de la negativa de suministro más propio de infraestructuras físicas. En estos casos, se sugiere que la regulación ex-ante puede ser un instrumento más eficaz para lidiar con la negativa de suministro de datos esenciales para competir en el mercado, por ejemplo, mediante la imposición de obligaciones de acceso o interoperabilidad (*vid.* Sección 1.7 para más información sobre la aplicación de regulación ex-ante a nivel europeo en este contexto).

1.2. *Abuso explotativo basado en la obtención de datos del usuario*

Los abusos explotativos son aquellos en los que una empresa en posición de dominio utiliza su poder para «explotar» o aprovecharse de sus proveedores, clientes y consumidores, e incluso de otros competidores, por ejemplo, mediante la imposición de condiciones comerciales injustas, precios excesivos, etc. (por contraposición a los abusos exclusionarios, que son aquellos que tienen por finalidad reducir, obstaculizar o eliminar la competencia en el mercado mediante la exclusión o expulsión de otros competidores u obstaculizando el acceso al mercado por parte de nuevos entrantes)⁴⁶.

En este contexto, podrían darse casos en los que una empresa en posición de dominio abusa de sus proveedores, clientes y consumidores, e incluso de otros competidores, por ejemplo, mediante el uso de *Big data* (ya sea por la forma en la que obtiene, procesa o utiliza los datos de los mismos o por la forma en la que los utiliza contra ellos).

En este sentido, existe un precedente muy reciente de la autoridad alemana de competencia (Bundeskartellamt)⁴⁷ que en 2019 impuso amplias restricciones a Facebook en el tratamiento de los datos de los usuarios. En concreto, exigió a Facebook que se abstuviera de utilizar términos y condiciones por los que la red social se autoriza a recopilar datos de numerosas fuentes externas a la misma (páginas web de terceros, aplicaciones, etc.) sin el consentimiento previo y expreso de los usuarios para combinarlos con los datos de la propia red social en contra de lo establecido en el Reglamento General de Protección de Datos («RGPD»)⁴⁸. Se trata de una decisión muy relevante pero que no es firme ya que, en 2020, un tribunal regional ordenó suspender cautelarmente la decisión de la autoridad, orden que fue recurrida por la autoridad ante Tribunal Federal de Justicia de Alemania que dictaminó que no tenía dudas sobre la legalidad de la decisión del Bundeskartellamt y de que Facebook había cometido un abuso explotativo con su conducta, devolviendo el caso al tribunal regional que ha planteado una serie de preguntas ante el TJUE, dejando el procedimiento principal en suspenso. Aunque todavía no existe pronunciamiento por parte del

⁴⁶ BERENGUER FUSTER (2006), pág. 12.

⁴⁷ Decisión B6-22/16, de 6 de febrero de 2019 (cuyo resumen en inglés puede ser consultado en https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=3).

⁴⁸ Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.

TJUE, el abogado general que asiste al tribunal en este caso publicó sus conclusiones el 20 de septiembre de 2022⁴⁹ en las que parece que se alinea con el Bundeskartellamt al considerar que una autoridad de competencia puede tener en cuenta la compatibilidad de una conducta con el RGPD para determinar si existe o no una infracción del Derecho de la competencia. Sin embargo, este análisis debe hacerse de manera incidental, es decir, como parte del análisis del contexto jurídico y económico, en la medida en que la única autoridad competente para determinar el incumplimiento de las obligaciones impuestas por el RGPD es la autoridad de control designada por el correspondiente Estado miembro (de acuerdo con el principio de ventanilla única establecido en los arts. 51 a 67 del RGPD).

Además, el Bundeskartellamt, haciendo uso de los nuevos poderes que le ha concedido la décima reforma de su Ley de Defensa de la Competencia (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen - GWB*), pensada especialmente para perseguir conductas desarrolladas por empresas con un poder de mercado significativo, principalmente del mundo digital, es decir, una especie de *Digital Markets Act* pero a nivel nacional, inició en enero de 2021 una investigación contra Facebook⁵⁰ (ahora Meta) por un caso de *tying*⁵¹ entre el dispositivo de realidad virtual Oculus y su red social, en la medida en que se obligaba a los usuarios a registrarse en Facebook para usar el producto. En noviembre de 2022⁵², Meta se comprometió a que se puedan utilizar estos dispositivos sin vincularlos con una cuenta de Facebook o Instagram, y se dará la opción a los usuarios de que decidan si quieren usarlos vinculados a otros servicios de Meta. Por su parte, la autoridad ha anunciado que continuará vigilando a la compañía y el modo en el que finalmente implementa estas soluciones.

En enero de 2023, la misma autoridad también envió un pliego de cargos a Google⁵³, por sus términos y condiciones en relación con el procesamiento de datos. De acuerdo con la autoridad alemana, Google combina datos consumidores de varios de sus servicios (Maps, Youtube, Gmail, etc.) y de aplicaciones y webs de terceros para crear perfiles de sus usuarios muy precisos sin que se haya dado suficiente capacidad de elección a los usuarios sobre si consienten o están de acuerdo con este procesamiento de sus datos tan exhaustivo. Según la autoridad, una capacidad de elección suficiente requiere, en particular, que los usuarios puedan limitar el tratamiento de los datos al servicio específico utilizado y que sean capaces de distinguir los propósitos para los que los datos están siendo procesados.

⁴⁹ Opinión del abogado general Rantos en el caso C-252/21, *Meta Platforms* (ECLI:EU:C:2022:704).

⁵⁰ Nota de prensa de 28 de enero de 2021 del Bundeskartellamt sobre la aplicación de la Sección 19.^a de la ley de defensa de competencia alemana al caso *Facebook/Oculus* (que puede ser consultada en inglés en https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2021/28_01_2021_Facebook_Oculus.pdf?__blob=publicationFile&v=2).

⁵¹ Nota de prensa de 10 de diciembre de 2020 del Bundeskartellamt sobre el caso *Facebook/Oculus* (que puede ser consultada en inglés en https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2020/10_12_2020_Facebook_Oculus.html?nn=3599398).

⁵² Nota de prensa de 23 de noviembre de 2022 del Bundeskartellamt sobre el caso *Facebook/Oculus* (que puede ser consultada en inglés en https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2022/23_11_2022_Facebook_Oculus.html).

⁵³ Nota de prensa de 11 de enero de 2023 del Bundeskartellamt sobre el caso *Google* (que puede ser consultada en inglés en https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2023/11_01_2023_Google_Data_Processing_Terms.html).

1.3. Acceso discriminatorio a una fuente de datos

Una empresa en posición de dominio podría abusar de dicha posición si concede un acceso discriminatorio a su *Big data* o a fuentes de datos propias y con dicho comportamiento posiciona a unas empresas en una posición de desventaja frente a otras. También podría producirse una situación similar si una empresa dominante y verticalmente integrada (p. ej., que opera una plataforma de intermediación y, además, vende productos directamente junto con el resto de vendedores independientes que usan dicha plataforma), utiliza los datos obtenidos de terceros y del comportamiento de sus clientes en su propio beneficio y en perjuicio de los propios terceros y consumidores que generan los datos.

De hecho, esta es precisamente una de las investigaciones que inició en julio de 2019 la CE contra Amazon⁵⁴, al considerar que Amazon, en su doble papel de propietario del mercado en línea (*Marketplace*) y vendedor, podría haber abusado de su posición de dominio en el mercado de la prestación de servicios de intermediación a terceros vendedores a través de su mercado en línea en Francia y Alemania, al utilizar datos de los terceros vendedores independientes que utilizan su plataforma (como el número de pedidos y envíos de los productos, los ingresos de los vendedores, el número de visitas a las ofertas, el rendimiento de los vendedores, número de reclamaciones, etc.) para calibrar sus propias ofertas comerciales y decisiones estratégicas en su propio beneficio y en perjuicio de dichos terceros vendedores, a los que pondría en una posición de desventaja competitiva respecto a la propia Amazon⁵⁵. Finalmente, en diciembre de 2022⁵⁶, la investigación se cerró con compromisos en los que Amazon se comprometió, entre otros, a no utilizar los datos no públicos obtenidos por su papel como gestor del mercado en línea para sus propias actividades a nivel minorista, es decir, Amazon debe dejar de utilizar los datos no públicos de terceros vendedores a los que tiene acceso al prestarles servicios de intermediación a través de su mercado en línea para calibrar sus propias ofertas comerciales en el mercado minorista en el que compite de forma directa con dichos terceros vendedores (asegurándose, por tanto, que sus dos roles como gestor del mercado en línea y vendedor se prestan de manera independiente). Además, Amazon se comprometió a establecer mecanismos de control para auditar y controlar el cumplimiento de esta obligación.

En junio de 2021, en un caso similar, la CE⁵⁷ inició una investigación contra Facebook (ahora Meta), a la que acaba de enviar un pliego de cargos en el que acusa a la compañía de dos conductas⁵⁸: i) utilizar datos de terceros que

⁵⁴ Nota de prensa de la CE sobre el envío de un pliego de concreción de hechos a Amazon en los casos AT.40462 y AT.40703, de 10 de noviembre de 2020, en relación con la investigación iniciada en 2019 (que se puede consultar en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2077).

⁵⁵ Por tanto, estos casos de discriminación también podrían incluir conductas similares como las de auto-preferencia (*self-prefering*).

⁵⁶ Nota de prensa de la CE sobre la aceptación de los compromisos propuestos por Amazon en los casos AT.40462 y AT.40703, de 20 de diciembre de 2022 (que se puede consultar en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_7777).

⁵⁷ Nota de prensa de la CE sobre el inicio de la investigación contra Facebook, de 4 de junio de 2021 (que se puede consultar en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_21_2848).

⁵⁸ Nota de prensa de la CE sobre el envío de un pliego de cargos a Facebook, de 19 de diciembre de 2022 (que se puede consultar en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_7728).

obtiene de la prestación de servicios de publicidad para mejorar su oferta en su plataforma de anuncios clasificados (Facebook Marketplace), y ii) vincular dicha plataforma de anuncios clasificados con su red social. En relación con la primera conducta relacionada con la discriminación, la CE considera que Meta estaría imponiendo unilateralmente condiciones comerciales injustas a los servicios competidores de anuncios clasificados en línea que se anuncian en Facebook o Instagram. En concreto, le preocupa que las condiciones, que autorizan a Meta a utilizar datos relacionados con anuncios derivados de competidores en beneficio de Facebook Marketplace, sean injustificadas, desproporcionadas y no necesarias para la prestación de servicios de anuncios clasificados en línea en las plataformas de Meta. Tales condiciones estarían imponiendo una carga injusta a los competidores en beneficio de Facebook Marketplace.

De manera similar, la autoridad británica de la competencia (*Competition and Markets Authority*, «CMA»)⁵⁹, inició en junio de 2021 una investigación contra Facebook para determinar si dicha empresa ha obtenido una ventaja injusta sobre sus competidores en la prestación de servicios de anuncios clasificados en línea y de citas en línea, a través de la forma en que recopila y utiliza determinados datos. De acuerdo con la CMA, Facebook obtiene datos de sus servicios de publicidad —que permiten a empresas anunciarse a los usuarios de la red social— y de su botón «*sign-in option*», que permite a los usuarios iniciar sesión en webs de terceros, aplicaciones y otros servicios usando sus datos de Facebook sin necesidad de registrarse, y podría estar usando estos datos de manera injusta y discriminatoria para beneficiar sus propios servicios tanto en Facebook Marketplace y Facebook Dating.

Por otro lado, la autoridad francesa de competencia⁶⁰ inició en 2021 una investigación contra Apple para determinar si los cambios introducidos por la empresa en la nueva versión de su sistema operativo para móviles (iOS) constituyen un abuso de posición de dominio. Al parecer, Apple introdujo una nueva característica denominada «transparencia en el seguimiento de las aplicaciones» (*App Tracking Transparency*, «ATT») que consistiría en que cuando un usuario de iPhone visita una aplicación descargada a través de la App Store, se le muestra una ventana emergente en la que se le pide su consentimiento explícito para autorizar la cesión de sus datos personales por parte de la aplicación a terceros con fines publicitarios. Si Apple sí que está autorizada para acceder a estos datos, la política ATT podría considerarse una forma de discriminación o «autopreferencia», en la medida en que podría considerarse que Apple estaría aplicando, sin justificación, normas más vinculantes a los operadores terceros que las que se aplica a sí misma para operaciones similares con el objetivo de expulsar a terceros del mercado de la publicidad personalizada, mientras refuerza su posición en el mismo. Este mismo caso estaría siendo investigado por el Bundeskartellamt⁶¹.

⁵⁹ Nota de prensa de la CMA sobre el inicio de la investigación contra Facebook, de 4 de junio de 2021 (que se puede consultar en <https://www.gov.uk/government/news/cma-investigates-facebook-s-use-of-ad-data>).

⁶⁰ Vid. nota de prensa de la autoridad francesa de la competencia sobre la negativa a conceder medidas cautelares, de 17 de marzo de 2021 (que puede ser consultada en [https://www.autoritedelaconurrence.fr/en/press-release/targeted-advertising-apples-implementation-att-framework-autorite-does-not-issue""_fn1](https://www.autoritedelaconurrence.fr/en/press-release/targeted-advertising-apples-implementation-att-framework-autorite-does-not-issue)). La investigación principal sigue su curso.

⁶¹ Vid. nota de prensa del Bundeskartellamt sobre el inicio de una investigación contra Apple, de 14 de junio de 2022 (que puede ser consultada en https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2022/14_06_2022_Apple.html).

1.4. *Contratos de exclusiva*

La celebración de acuerdos de exclusiva por parte de una empresa en posición de dominio podría considerarse abusivo, en la medida en que podría reducir la competencia en el mercado al producir un efecto de cierre en el mismo (*i. e.* excluir a competidores del mercado)⁶².

Dicha empresa dominante podría llevar a cabo contratos de exclusiva en dos niveles (que, en realidad, son las dos caras de una misma moneda): i) al nivel del suministro de datos (sólo la empresa dominante que tiene el *Big data* puede suministrar la información al otro operador), y ii) al nivel de la obtención de los datos (sólo la empresa dominante que tiene el *Big data* puede obtener los datos del otro operador).

El potencial problema de competencia sería, en el primer escenario, un efecto de cierre o exclusión de otros proveedores de información, que verían cerrado su acceso a un operador porque este se ha comprometido a que sólo puede proveerse de la empresa dominante que tiene el *Big data* (*i. e.* bloqueo de clientes o *customer foreclosure*); mientras que, en el segundo escenario, se produciría un efecto de cierre de los operadores de los que se puede obtener información, porque estos se habrían comprometido a suministrarle sus datos sólo a la empresa dominante que tiene el *Big data*, de forma que se disminuyen las alternativas para que otros operadores puedan alcanzar el mismo nivel de datos que la empresa dominante (*i. e.* bloqueo de insumos o *input foreclosure*).

Por ejemplo, en 2017, la CNMC⁶³ cerró una investigación contra IMS Health por un posible abuso de posición de dominio en el mercado del suministro de información sobre ventas a la industria farmacéutica mediante una terminación convencional, tras la denuncia presentada por un competidor de dicha empresa. En concreto IMS Health tenía firmados contratos de suministro de información con las principales empresas distribuidoras de productos farmacéuticos⁶⁴, que le suministraban datos sobre la venta de estos productos de forma exclusiva, y que luego IMS Health utilizaba para vender estudios de mercado⁶⁵. Si dichos distribuidores rompían la exclusiva negociando el suministro de sus datos de ventas con empresas competidoras de IMS Health, dicha empresa podía: i) rescindir el contrato por pérdida de exclusividad, o ii) aplicar una cláusula de paridad de precios o MFN que obligaba a sus distribuidores a ofrecerle unas condiciones comerciales que fueran, al menos, igual de favorables que las ofrecidas al tercero competidor

⁶² 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; párrafo 32. Esta comunicación ha sido actualizada el 27 de marzo de 2023 (consultar la página web dedicada al proceso de reforma de las orientaciones en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_1911), pero este párrafo no ha sido modificado.

⁶³ S/DC/0567/15, Estudios de Mercado Industria Farmacéutica (*vid.* nota de prensa sobre el caso en <https://www.cnmc.es/2017-07-27-la-cnmc-acuerda-la-terminacion-convencional-del-expediente-contra-ims-health-sa-ims-por>).

⁶⁴ Las empresas activas en los servicios de información de ventas y distribución de productos farmacéuticos recopilan la información suministrada principalmente por distribuidores mayoristas, oficinas de farmacias, hospitales y clínicas y médicos, y la reciben habitualmente por medios telemáticos (pág. 7 de la decisión).

⁶⁵ Estudios de mercado, que incluyen una gran variedad de productos y servicios destinados a medir y analizar el comportamiento de los consumidores finales, el tamaño y dinámica de los distintos mercados, la evolución del consumo de las oficinas de farmacia de los distintos hospitales, la dinámica tanto de la prescripción como de la dispensación farmacéutica, la evolución de las compras y ventas de un determinado producto farmacéutico, así como las tendencias del mercado (pág. 7 de la decisión).

de IMS Health. La CNMC consideró que dicha conducta podía tener un efecto de cierre en el mercado del suministro de información sobre ventas a la industria farmacéutica —donde operaba y era dominante IMS Health—, expulsando a los competidores existentes (como el denunciante) y dificultando la entrada de los nuevos. Para solucionar las preocupaciones detectadas por la autoridad, la empresa se comprometió a eliminar las cláusulas controvertidas de sus contratos.

1.5. Vinculación de productos o tying

La vinculación o el *tying* es un tipo de abuso que consiste en la subordinación de la venta de un determinado producto en un mercado en el que la empresa es normalmente dominante —denominado producto vinculante— a la adquisición obligatoria por parte del comprador de un segundo bien o servicio en un mercado en el que la empresa dominante quiere extender o apalancar su poder de mercado —producto vinculado—⁶⁶. En estos casos, la empresa dominante trataría de extender o apalancar su posición de dominio en el mercado del producto vinculante al mercado del producto vinculado, lo que podría tener efectos de cierre de mercado en el mercado del producto vinculado (*i. e.* excluir a competidores en dicho mercado).

Una empresa con posición de dominio podría abusar de dicha posición si utiliza los datos obtenidos en un mercado determinado para extender o aumentar su poder de mercado en otro mercado⁶⁷.

Así, por ejemplo, la CMA⁶⁸ mencionó en un estudio de 2015 la posibilidad de que una empresa con posición de dominio que fuera propietaria de una importante base de datos vinculara el acceso a la misma a la contratación de sus propios servicios de análisis de mercado, lo que le permitiría extender su posición de dominio de un mercado a otro y excluir, en el mercado de los análisis de mercado, a otras empresas competidoras (que se encuentran, además, en una posición de desventaja competitiva precisamente por la posición de dominio de la empresa en el mercado de los datos, que constituye el *input* para desarrollar la actividad en este segundo mercado).

Por su parte, la autoridad francesa de la competencia impuso en 2014 una multa de 5,7 millones de euros a Cegedim por abusar de su posición de dominio en el mercado de las bases de datos médicas en Francia por negarse a vender su base de datos (*OneKey*) a los clientes que usaran un software competidor para tratar los datos en lugar del software propietario de Cegedim, tratando de apalancar/extender la posición de dominio que tenía en el mercado de las bases de datos al mercado de software para tratar dichos datos⁶⁹.

⁶⁶ 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; párrafos 47 y 48 (esta comunicación ha sido actualizada el 27 de marzo de 2023 (consultar la página web dedicada al proceso de reforma de las orientaciones en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_1911), pero estos párrafos no han sido modificados).

⁶⁷ Estudio conjunto de las autoridades de competencia alemana y francesa, «Competition Law and Data», de mayo de 2016, pág. 20.

⁶⁸ «The Commercial Use of Consumer data» (2015), CMA, pág. 90 (puede ser consultado en https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/435817/The_commercial_use_of_consumer_data.pdf).

⁶⁹ Aunque puede parecer un caso de negativa de suministro, la autoridad francesa lo trató como un caso de discriminación, y así está recogido tanto en la decisión como en el resumen de la misma del estudio conjunto

Por último, en relación con el pliego de cargos de la CE a Meta mencionado previamente⁷⁰, además de la ya comentada discriminación, la CE considera que Meta vincula su servicio de anuncios clasificados en línea (Facebook Marketplace) con su red social (Facebook). Esto significa que los usuarios de Facebook tienen automáticamente acceso a Facebook Marketplace, lo quieran o no. A la CE le preocuparía que los competidores de Facebook Marketplace puedan verse excluidos del mercado de los anuncios clasificados, ya que la vinculación confiere a Facebook Marketplace una ventaja de distribución sustancial que los competidores no pueden igualar.

1.6. Discriminación de precios basada en el uso de Big data

La discriminación de precios consiste, muy resumidamente, en cobrar a diferentes clientes o diferentes clases de clientes precios diferentes por bienes o servicios cuyos costes de producción son los mismos o, por el contrario, cobrar un precio único a los clientes para quienes los costes de suministro difieren⁷¹, lo que podría tener un efecto de cierre del mercado (*i. e.* exclusión de competidores del mercado).

Así, una empresa que tiene información sobre los hábitos de compra de consumidores, clientes y proveedores está en una mejor posición para evaluar la disposición que tienen de pagar por un producto o servicio y, en el caso de que dicha empresa tenga poder de mercado, podría ser capaz de cobrar precios distintos a diferentes clientes gracias a los datos de los que dispone⁷².

1.7. Regulación: especial consideración al Reglamento de Mercados Digitales (DMA)

Conscientes de la velocidad a la que se producen los cambios en el mundo digital, los gobiernos de distintas jurisdicciones se están apresurando por adoptar nuevos paquetes regulatorios (sólo hay que ver las reformas de las leyes de defensa de competencia de Alemania⁷³, Estados Unidos⁷⁴, o la propuesta en Italia⁷⁵) que establezcan una serie de obligaciones *ex-ante* para solucionar problemas estructurales y garantizar una competencia efectiva en los mercados.

de las autoridades francesa y alemana repetidamente citado en este artículo (págs. 18 y 19). Sin embargo, nosotros lo hemos clasificado como un caso de *tying*, en la medida en que se podría interpretar que Cegedim era dominante en el mercado de las bases de datos y vinculó la venta de su base de datos —producto vinculante— a la contratación conjunta con su *software* —producto vinculado—. Es decir, si no se contrataban los dos productos (vinculante y vinculado), no se podía comprar sólo el producto vinculante (de ahí que hablemos de vinculación o *tying* de dos productos). La sanción fue confirmada en 2017 por el Tribunal Supremo francés.

⁷⁰ Nota de prensa de la CE sobre el envío de un pliego de cargos a Facebook, de 19 de diciembre de 2022 (que se puede consultar en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_7728).

⁷¹ C-209/10, *Post Danmark A/S*, 27 de marzo de 2012, ECLI:EU:C:2012:172, párrafo 30.

⁷² Estudio conjunto de las autoridades de competencia alemana y francesa, «Competition Law and Data», de mayo de 2016, pág. 22.

⁷³ *Vid.* «Compendium of approaches to improving competition in digital markets», publicado por el G7 el 29 de noviembre de 2021, pág. 54 (puede ser consultado en <https://www.gov.uk/government/publications/compendium-of-approaches-to-improving-competition-in-digital-markets>).

⁷⁴ *Ibid.*, págs. 83-85 (puede ser consultado en <https://www.gov.uk/government/publications/compendium-of-approaches-to-improving-competition-in-digital-markets>).

⁷⁵ *Ibid.*, págs. 62 y 63 (puede ser consultado en <https://www.gov.uk/government/publications/compendium-of-approaches-to-improving-competition-in-digital-markets>).

En Europa, se publicó en el *Diario Oficial de la Unión Europea* el 12 de octubre de 2022 el Reglamento de Mercados Digitales (DMA, Digital Markets Act)⁷⁶, que entró en vigor el 1 de noviembre de 2022 (aunque, dado el importante alcance de la norma y de las obligaciones que impone, su implementación será gradual).

La DMA impone a determinadas empresas (llamadas guardianes de acceso o *gatekeepers* —i. e. empresas que operan en determinados ámbitos y que cumplen una serie de criterios que se especifican en la norma y que, en general, se refieren a grandes empresas tecnológicas—) una serie de obligaciones (muchas de ellas, conductas que ya han sido sancionadas en el ámbito del Derecho de la competencia): i) de cumplimiento automático (las del art. 5); ii) de cumplimiento tras un diálogo regulatorio de seis meses con la CE (las del art. 6), y iii) de interoperabilidad en aplicaciones de mensajería.

En concreto, muchas de estas conductas están relacionadas con el uso de datos por parte de estas empresas por lo que se espera que, al tener que cumplir con estas obligaciones, se libere en cierta parte a las autoridades de competencia de perseguir estas conductas desde la perspectiva del Derecho de la competencia. En concreto:

— El artículo 5.2 establece la obligación de contar con el consentimiento personal para combinar datos personales.

— Los artículos 5.9 y 5.10 establecen la obligación de suministrar información a anunciantes y editores sobre precios y otros datos en publicidad en línea.

— El artículo 6.2 establece la obligación de no utilizar datos no públicos de usuarios profesionales para competir con ellos.

— El artículo 6.7 establece la obligación de permitir la interoperabilidad a usuarios profesionales con el sistema operativo y asistente virtual.

— El artículo 6.8 establece la obligación de permitir acceder a información sobre medición del rendimiento de los anuncios.

— El artículo 6.9 establece la obligación de permitir la portabilidad de datos de los usuarios finales (no sólo de datos personales).

— El artículo 6.11 establece la obligación a buscadores de compartir información sobre rankings, búsquedas, clics, con buscadores competidores.

Como puede observarse, muchas de estas conductas se solapan con el contenido de muchas de las investigaciones que han realizado o están realizando las autoridades de competencia y que se han ido citando a lo largo de este artículo.

2. Control de concentraciones⁷⁷

Una de las estrategias que pueden desarrollar las empresas para hacerse con grandes volúmenes de datos es la adquisición de empresas que dispongan de ellos.

⁷⁶ Reglamento (UE) 2022/1925, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre, sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales).

⁷⁷ El debate suscitado en torno a las denominadas «*killer acquisitions*», esto es, la adquisición de competidores potenciales, normalmente *start-ups* con un gran potencial de crecimiento pero con unos niveles de ingresos reducidos en sus etapas iniciales, por parte de grandes empresas digitales, no será cubierto en este artículo, así como el debate en torno a las soluciones que se discuten para solucionar este problema (como, p. ej., la modificación de los umbrales de notificación o el uso en Europa del art. 22 del Reglamento 139/2004).

En muchos casos, estas adquisiciones no serán problemáticas y, de hecho, pueden presentar eficiencias (producir mejores productos y servicios como consecuencia del acceso a los datos), pero podrían llegar a serlo si los datos de la empresa adquirida (o la combinación de dichos datos con los de la empresa adquirente) son difíciles de replicar y son necesarios para competir en el mercado, en la medida en que se podría producir un cierre del mercado (*i. e.* expulsión de operadores que antes accedían a los datos de la adquirida o, en caso de combinación de datos de ambas empresas, a los de una u otra empresa pero que, al sólo existir una opción tras la operación, pueden verse privados de acceso a los mismos)⁷⁸.

El papel que juegan los datos en las concentraciones económicas no es un asunto novedoso, ya que existen varias operaciones en las que las autoridades de competencia han tenido en cuenta este aspecto a la hora de realizar el análisis sustantivo de las mismas. De hecho, como se explicará, muchas de estas operaciones se autorizaron con compromisos que exigían, entre otros, remedios de interoperabilidad (*i. e.* soluciones para evitar que productos o servicios competidores no puedan seguir funcionando correctamente con los productos de las partes de la concentración), obligaciones de separación de datos (*data silo obligations*) y obligaciones de acceso.

Así, por ejemplo, la CE revisó y requirió remedios de interoperabilidad en *Microsoft/LinkedIn* (2016)⁷⁹ y *Google/Fitbit* (2020)⁸⁰, para solucionar las preocupaciones detectadas de que las partes podrían ser capaces de utilizar sus datos para prohibir la entrada de nuevos operadores o fortalecer su poder de mercado⁸¹. Además, en el caso de *Google/Fitbit*, también se acordó que: i) los datos de los usuarios de Fitbit se mantendrían separados de cualquier otro que Google usara para la publicidad *online* (*data silo obligation*), y ii) que se daría acceso a las interfaces de programación (denominadas en inglés, APIs) de Fitbit y Android para asegurar que productos y servicios competidores podrían seguir funcionando con los de las partes.

La autoridad japonesa de la competencia también revisó la operación *Google/Fitbit* (2021) y también exigió para su aprobación remedios de comportamiento y, entre otros, el compromiso de mantener la interoperabilidad con otros operadores en el mercado y la separación de datos entre las partes⁸².

También la CE, tuvo en cuenta el papel de los datos en la operación *Facebook/WhatsApp* (2014)⁸³. En concreto, uno de los aspectos analizados fue si la adquisición de WhatsApp podía fortalecer la posición de Facebook en

⁷⁸ Estudio conjunto de las autoridades de competencia alemana y francesa, «Competition Law and Data», de mayo de 2016, págs. 16 y 17, y HERRERO SUÁREZ (2018), págs. 18 y 19.

⁷⁹ Caso M.8124 (cuya nota de prensa puede ser consultada en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_16_4284).

⁸⁰ Caso M.9660 (cuya nota de prensa puede ser consultada en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2484).

⁸¹ Vid. «Compendium of approaches to improving competition in digital markets», publicado por el G7 el 29 de noviembre de 2021, párrafo 4.16 (puede ser consultado en <https://www.gov.uk/government/publications/compendium-of-approaches-to-improving-competition-in-digital-markets>).

⁸² Vid. «Compendium of approaches to improving competition in digital markets», publicado por el G7 el 29 de noviembre de 2021, párrafo 3.4 (puede ser consultado en <https://www.gov.uk/government/publications/compendium-of-approaches-to-improving-competition-in-digital-markets>).

⁸³ Caso M.7217 (cuya nota de prensa puede ser consultada en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_14_1088).

el mercado de la publicidad *online* y, específicamente, si le permitiría: i) introducir anuncios en WhatsApp, y/o ii) usar los datos de WhatsApp para mejorar sus anuncios, personalizándolos según el usuario. Sin embargo, la CE aprobó la operación al considerar que, con independencia de si se producían o no los dos escenarios anteriores, seguirían existiendo un buen número de operadores alternativos que ofrecían servicios de publicidad *online* y un buen volumen de datos sobre los usuarios que no estaría bajo el control exclusivo de Facebook.

Este caso también es interesante porque, aunque la operación fue aprobada en 2014, en 2017 la CE⁸⁴ impuso a Facebook una sanción de 110 millones de euros por haber suministrado información engañosa durante el análisis sustantivo de la operación. En concreto, Facebook dijo que no era posible vincular automáticamente las cuentas y datos de WhatsApp con las cuentas y datos de Facebook de los usuarios. Sin embargo, en agosto de 2016, WhatsApp anunció un cambio en sus términos y condiciones de privacidad que incluía dicha posibilidad. La CE analizó el asunto y consideró que Facebook era consciente de esta posibilidad desde la notificación de la operación, lo que motivó la imposición de la sanción.

Por su parte, el Department of Justice («DOJ») de Estados Unidos consideró en 2014 que la adquisición de PowerReviews por parte de Bazaarvoice, dos empresas que se dedicaban a la clasificación y valoración (*ranking and review*) de fabricantes y distribuidores, obteniendo, organizando y mostrando la opinión de los consumidores, podía tener efectos anticompetitivos en el mercado. Por ello, procedió a denunciar la operación ante los tribunales, con la intención de que se obligara a las partes a deshacer la operación, entre otras razones, por considerar que la combinación de los datos de ambas empresas podía constituir una barrera de entrada al mercado, sobre todo, teniendo en cuenta que se creaba una situación de casi monopolio, lo que podría haber aislado a las partes de la concentración de otros competidores más pequeños o, incluso, de nuevos entrantes⁸⁵. Los tribunales le dieron la razón al DOJ y, finalmente, el DOJ y las partes llegaron a un acuerdo (*settlement*) por el que Bazaarvoice se comprometió a vender PowerReviews a un tercero.

IV. CONCLUSIONES

Las autoridades de competencia prestan cada vez más atención a los mercados digitales y, entre los asuntos a los que se ha prestado más atención, está el uso del *Big data* por parte de empresas que disponen de grandes volúmenes de datos y los mismos son necesarios para competir en el mercado.

Por ahora, en la mayor parte de los casos, las autoridades han analizado la obtención, almacenamiento, síntesis y análisis, y uso del *Big data* desde la pers-

⁸⁴ Nota de prensa de la CE sobre la multa impuesta a Facebook por suministrar información engañosa, de 18 de mayo de 2017 (que se puede consultar en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pl/IP_17_1369).

⁸⁵ Vid. nota de prensa oficial del DOJ sobre la adquisición de PowerReviews por parte de Bazaarvoice (que puede ser consultada en <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-and-bazaarvoice-inc-agree-remedy-address-bazaarvoice-s-illegal-acquisition>). También citado en el estudio conjunto de las autoridades de competencia alemana y francesa, «Competition Law and Data», de mayo de 2016, págs. 12 y 13.

pectiva del abuso de posición de dominio y del control de las concentraciones económicas.

Aunque la principal característica de los mercados digitales es que son mercados muy dinámicos e innovativos, ello no ha impedido que, debido a determinadas características de estos mercados (como los efectos de red), y a una creciente concentración en el sector, determinadas empresas hayan consolidado sus posiciones en el mercado en los últimos años.

Esto ha provocado que se ponga el foco en los mercados digitales, como demuestra la actividad reciente de las autoridades de competencia que han desplegado una intensa actividad investigadora y sancionadora en este sentido.

Unido a esta intensa actividad, los legisladores nacionales están dotando a las autoridades de competencia de nuevos poderes para hacer frente a los gigantes digitales, sólo hay que ver las reformas de las leyes de defensa de competencia de Alemania⁸⁶, Estados Unidos⁸⁷, o la propuesta en Italia⁸⁸, que van a permitir a dichas autoridades hacer frente a las conductas de grandes empresas tecnológicas en procedimientos más rápidos que los actuales de competencia. De hecho, en Europa ya ha entrado en vigor la *Digital Market Act*⁸⁹, que impone una serie de obligaciones de cumplimiento automático (muchas de ellas, conductas que ya han sido sancionadas en el ámbito del Derecho de la competencia) a determinadas empresas (llamadas guardianes de acceso o *gatekeepers* —i. e. empresas que operan en determinados ámbitos y que cumplen una serie de criterios que se especifican en la norma y que, en general, se refieren a grandes empresas tecnológicas—).

Es esperable que, con la combinación del Derecho de la competencia y de estas normas adicionales que se están aprobando para regular los mercados digitales, las autoridades de competencia estén en una buena posición para hacer frente a los retos que se derivan de los mercados digitales, asegurando el mantenimiento de una competencia efectiva en los mismos en beneficio de consumidores, usuarios y otros operadores.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BERENGUER FUSTER, Luis (2006), «Otras formas de abuso de posición dominante (con especial mención al abuso de situación de dependencia económica)», *Fundación Rafael del Pino*, págs. 415-437.
- CASE, Megan (2021), «Google, Big Data, & Antitrust», *Delaware Journal of Corporate Law*, vol. 46, núm. 2, págs. 1-65.
- GAUTIER, Axel, y LAMESCH, Joe (2020), «Mergers in the Digital Economy», *CESifo Working Paper*, núm. 056, págs. 1-34.

⁸⁶ Vid. «Compendium of approaches to improving competition in digital markets», publicado por el G7 el 29 de noviembre de 2021, pág. 54 (puede ser consultado en <https://www.gov.uk/government/publications/compendium-of-approaches-to-improving-competition-in-digital-markets>).

⁸⁷ *Ibid.*, págs. 83-85 (puede ser consultado en <https://www.gov.uk/government/publications/compendium-of-approaches-to-improving-competition-in-digital-markets>).

⁸⁸ *Ibid.*, págs. 62 y 63 (puede ser consultado en <https://www.gov.uk/government/publications/compendium-of-approaches-to-improving-competition-in-digital-markets>).

⁸⁹ Reglamento (UE) 2022/1925, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre, sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales).

- HERRERO SUÁREZ, Carmen (2018), «Big Data and Antitrust Law», *Revista Electrónica de Direito*, vol. 18, núm. 1, págs. 1-22.
- LANCIERI, Filippo, y SAKOWSKI, Patricia Morita (2020), «Competition in Digital Markets: A Review of Expert Reports», *Working Paper Series*, núm. 303, University of Chicago Booth School of Business, Stigler Center for the Study of the Economy and the State, págs. 1-109.
- RUBINFELD, Daniel L., y GAL, Michal S. (2017), «Access barriers to big data», *Arizona Law Review*, núm. 339, págs. 1-43.
- VELASCO SANZO, Pablo (2022), «Big data y competencia: características y principales teorías del daño desde la perspectiva de los acuerdos entre empresas», *Revista ICE*, núm. 925, págs. 85-99.