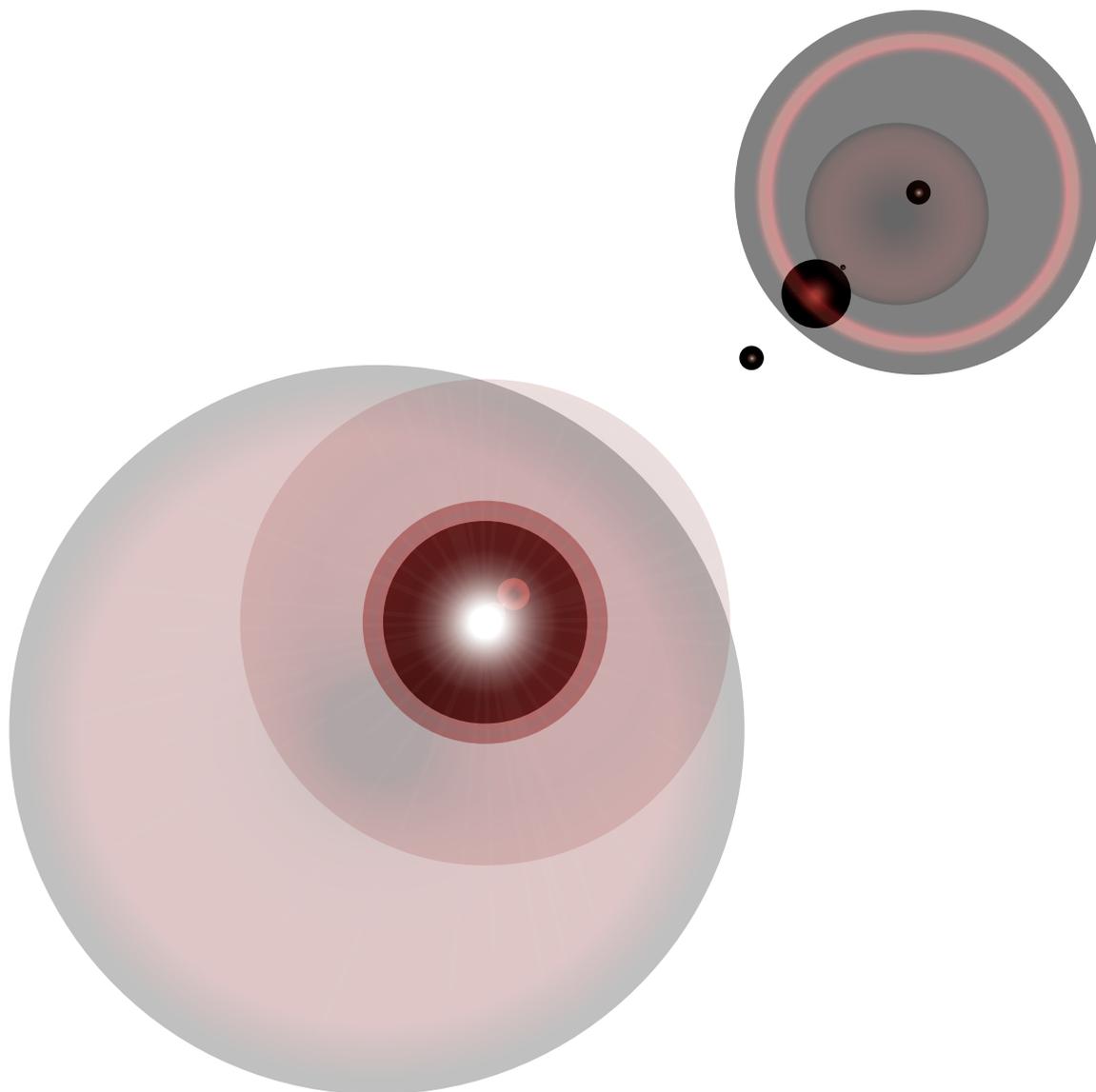


ESTUDIO SOBRE EL IMPACTO DEL USO MASIVO DE DATOS EN EL PROCESO COMPETITIVO



Lehiaren Euskal Agintaritza
Autoridad Vasca de la Competencia

Eusko Jaurlaritzaren Argitalpen Zerbitzu Nagusia
Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco

Vitoria-Gasteiz, 2018

CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN	3
2. LA TECNOLOGÍA Y LA IMPORTANCIA DE LOS DATOS	4
2.1. El camino de la Tecnología	4
2.2. Esto no termina aquí: el concepto Big Data	6
2.3. La relevancia económico-empresarial de los datos	7
2.4. La relevancia individual de los datos: la privacidad y la libertad del ciudadano	9
2.4.1. La afectación del derecho a la intimidad	9
2.4.2. La afectación de la libertad de elección del ciudadano	12
3. EL USO DE LOS DATOS EN EL PROCESO COMPETITIVO	14
3.1. El uso de datos en un contexto nuevo parcialmente regulado	14
3.2. Los efectos beneficiosos para el mercado	15
3.3. Los posibles riesgos para el mercado	17
3.3.1. El control centralizado de los datos y la asimetría de información	17
3.3.2. El empobrecimiento de la pequeña y mediana empresa	19
3.3.2.1. La potencia del comercio online que controla los datos	19
3.3.2.2. Las restricciones horarias del comercio físico (offline)	21
3.3.3. La adquisición de empresas rivales	22
3.4. Los efectos ambivalentes: la discriminación de precios	24
4. LAS CONDUCTAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA EN TORNO AL USO DE DATOS CONFORME A LA LEGISLACIÓN VIGENTE	26
4.1. Las posibles conductas colusorias	26
4.1.1. La transparencia en el mercado y el intercambio de información	26
4.1.2. El uso de algoritmos en la determinación del precio	28
4.1.3. Las condiciones generales de la contratación en el sector financiero	29
4.2. El posible abuso de posición de dominio	31
4.3. El falseamiento de la competencia por actos desleales en torno al uso de datos	35
4.3.1. Supuestos de actos de engaño mediante el uso de datos	36
4.3.2. La infracción de la normativa de protección de datos	37
4.3.3. La infracción de la normativa del mercado de servicios de pago	39
5. CONCLUSIONES.....	40



1. INTRODUCCIÓN

El uso de los datos personales por parte de terceros suele asociarse a la necesidad de proteger el derecho a la intimidad del individuo. Por ello ha sido ocupación y preocupación habitual de las agencias de protección de datos y de una legislación centrada en los derechos fundamentales. Pero los datos (y en especial los macrodatos o datos masivos), en tanto que información relevante para el mercado, también tiene sus repercusiones en el proceso competitivo. Sin embargo, no se les ha prestado especial atención hasta recientemente, cuando las instituciones públicas y el propio mercado han comenzado a observar y tomar conciencia de que la recopilación de cantidades ingentes de estos datos, y su cruce y explotación mediante sofisticados algoritmos, están alterando completamente el proceso competitivo. Los efectos de este fenómeno se propagan desde la gran empresa, hasta el pequeño comercio de barrio. A día de hoy, difícilmente puede haber un negocio que escape a su intensidad y fuerza expansiva. En este sentido, todo el tejido empresarial vasco (aun cuando su radio de acción se limite al territorio de Euskadi) va a ver afectada su estructura y su política comercial.

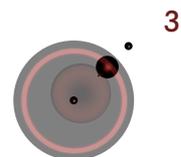
Este estudio pretende analizar el fenómeno del uso masivo de los datos desde la perspectiva de la libre competencia, que demanda una reflexión sobre la suficiencia o no de las actuales políticas de competencia y de la legislación *Antitrust*.

Tras una valoración inicial de la importancia del uso de los datos, el trabajo se divide sistemáticamente en otras dos partes. En una primera se estudia cómo esta nueva realidad ha alterado la estructura del mercado (tanto del mercado B2B¹ como B2C²), observándose que tiene efectos ambivalentes: resultados beneficiosos (eficiencia económica) y, a su vez, riesgo de reducción de la oferta competitiva, sin que ello suponga necesariamente una vulneración de las normas de defensa de la competencia.

Por otro lado, en una segunda parte, se detallan las conductas en torno al uso de datos susceptibles de ser calificadas de anticoncurrenciales y que podrían caer bajo el ámbito de aplicación de la legislación *antitrust*, siendo por ello perseguibles por las autoridades de control de la competencia.

1 *Business-to-Business*.

2 *Business-to-Customer*.



2. LA TECNOLOGÍA Y LA IMPORTANCIA DE LOS DATOS

2.1. El camino de la Tecnología

La tecnología se ha caracterizado, a lo largo de los siglos, por resolver un determinado problema y dar un paso adelante en materia de bienestar, y con ello introducir -casi sistemáticamente- otros nuevos desconocidos hasta entonces; nuevas dificultades que en primera instancia suelen ser impredecibles y a menudo incontrolables. Las ventajas, en general, compensan los inconvenientes, y así la Sociedad va avanzando. Esta evolución es cíclica; se repite desde que existe el ser humano. Por ello, más que pensar en *nuevas tecnologías*, cada vez hay más expertos que optan por el concepto de un *estado de cambio continuado* en el que simplemente existen en cada momento ciertas tecnologías disponibles, unas más probadas y estables, y otras más novedosas e inciertas. Además, existe consenso en el hecho de que cada una de estas tecnologías evoluciona en sí misma a lo largo de un ciclo sistemático, que va desde la ilusión inicial hasta la estabilidad de su productividad, pasando por el valle de las expectativas no satisfechas. De este modo, en cada momento de tiempo, múltiples tecnologías coexisten, cada una en su propio grado de madurez, constituyendo entre todas el conjunto de mimbres con el que la Sociedad debe plantearse la mitigación de limitaciones o el aprovechamiento de oportunidades.

En las últimas dos décadas se ha desarrollado extraordinariamente el sector informático, el denominado sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, *el sector TIC*, que ha alcanzado niveles de sofisticación en la propuesta tecnológica que eran impensables en sus orígenes. Como resultado de este desarrollo, la Sociedad se encuentra con que las mayores compañías del mundo por capitalización bursátil, durante prácticamente toda la última década, son precisamente empresas de informática y tecnología, que han consolidado en el mercado grandes cantidades de clientes y usuarios, enormes concentraciones de recursos económicos, y grandes poderes y ventajas competitivas. Todo ello les ha permitido asegurarse excelentes posiciones de competitividad en los mercados.

En particular, el estado actual de la tecnología puede resumirse en algunos términos acuñados en los últimos cinco años (quizá hasta diez, en algunos casos) como pueden ser la *Internet of Things*, el *Cloud Computing* y algunos otros paradigmas también muy de moda. Estos dos conceptos representan muy bien la evolución de la tecnología en general.

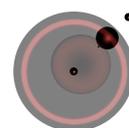
Por su parte, la *Internet de las Cosas* aboga por dotar de inteligencia, de software, todo aquello que sea susceptible de enriquecerse en sus funciones convencionales mediante la integración



de ciertas aportaciones de electrónica, una dosis de comunicaciones, y una pizca de capacidad de cómputo. Así, el mercado puede actualmente disfrutar de un sinfín de productos de consumo, como frigoríficos, cafeteras, básculas de baño, maceteros, paraguas, luminarias, bicicletas, camisetas, calzado deportivo, ropa profesional de seguridad, vehículos, drones, por supuesto entornos industriales, bienes de equipo, plantas productivas, plataformas industriales, neumáticos, hasta tornillos, conectados a Internet. Y es que la actual tecnología permite *sensorizar y conectar* cualquier cosa; desde nuestra plaza de aparcamiento, hasta la calidad de nuestro sueño, pasando por nuestros hábitos deportivos, gustos televisivos, ritmo cardiaco u otros parámetros de salud. Además, todo esto *se socializa*; especialmente la *Generación Millennial*, que lo *comparte todo en Internet*. Se estima que en el año 2.020 existirán 75 billones de dispositivos conectados a Internet, y unos diez millones de coches sin conductor. Muy a menudo, esta sensorización —muy basada en el súper-sensor por excelencia, el terminal *móvil*, y enriquecida después— es promovida por empresas, grandes o pequeñas, que apuestan por proveer al usuario, o a sus clientes en general, con este tipo de funciones. También muy a menudo este servicio suele ser *gratuito*. Un viejo aforismo cultural del ciberespacio dice que «*si no estás pagando por un producto, eso quiere decir que el producto eres tú*».

Por otro lado, la *Computación en la Nube* asume la *ubicuidad* de la tecnología y asume también la conexión permanente de todo; de todos los sensores de la Internet de las Cosas mencionados. Desde hace alrededor de una década, el software ya no se ubica en una localización individual —personal o profesional— sino que *simplemente existe* —en alguna parte; centralizada— y se consume como un servicio, gracias a esa conexión permanente. Diez años podrían presuponer una cierta consolidación, pero aún no está claro cómo estabilizar algunos aspectos de esta tecnología, como precisamente todo lo relacionado con los aspectos *normativos* de este servicio, o la estratégica necesidad de *Ciber-Seguridad y Privacidad* que aparece acto seguido. Y es que alojar la información de una compañía, o la información personal del individuo, en alguna parte de, por ejemplo, el estado de California sigue despertando dudas importantes. De hecho, estas dudas también suponen espacios de oportunidad que el mercado aprovecha; no en vano, la industria Cloud suiza —por poner un ejemplo— está consiguiendo extraordinarios resultados de negocio, no gracias a una diferenciación singular proveniente de lo tecnológico, sino más bien a su contexto político y legislativo.

En definitiva, tanto el sector privado, como también el público (cabe mencionar el ejemplo de la flota de drones que acaba realizar las últimas actualizaciones del catastro), trabajan gracias a la tecnología en la hipótesis que es posible capturar y sistematizar cualquier información, y hacer crecer los resultados con ello. En esta línea reza el *leitmotiv* de una conocida empresa de tecnología informática, como es Google: «*nuestro objetivo es el de organizar la información del mundo —toda—, y hacerla accesible y útil de manera universal*». Esta motivación esencial, además, se redondea con un apartado específico de la declaración de los *Core Values* de la compañía, que dice «*siempre hay más información por descubrir*». ¿Para hacer negocio? Desde luego. Eso puede estar bien. ¿Para utilizar la inconmensurable base de conocimiento que se termina generando como barrera de entrada a todas luces insalvable? ¿Para analizar otros mercados diferentes desde un conocimiento recolectado que va mucho más allá del servicio que se presta? ¿Para estudiar la trascendencia de las acciones estratégicas propias y de la competencia, tal y como se perciben en el mundo? ¿Para estudiar el nivel de vida de los consumidores

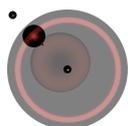


y ajustar la política de precios? ¿Para complementar desde diferentes mercados perfiles de comportamiento de los usuarios que terminan representando una cuasi-totalidad del individuo?

2.2. Esto no termina aquí: el concepto Big Data

Con los mencionados ingredientes (sensorización *de todo*, conexión permanente y voracidad por la información), es posible asentar los cimientos perfectos sobre los que instalar la madre de todas las novedades tecnológicas: el *Big Data*. Este concepto, acuñado por Viktor Schönberger (profesor de Regulación y Gobierno de Internet en la Universidad de Oxford), hace referencia a lo que él denomina *la Revolución de los Datos Masivos*, y ya ha recibido variados nombres a lo largo del tiempo: *Inteligencia Artificial*, *Data Mining*, *Machine Learning*, *Data Analytics*, *Data Science*, y otros, hasta llegar al actual *Big Data*, o al siguiente, el *Broad Data*, o el que está viniendo a continuación: *la Inteligencia Artificial*. Sí, también esta evolución es cíclica. Esencialmente, y salvando debidamente los matices, todos estos términos hacen referencia a la *Estadística*. Estadística muy sofisticada. Estadística generalizada, basada en los modelos matemáticos y computacionales más complejos que se han desarrollado nunca. El término Estadística nace en el concepto alemán de *Statistik*, de la mano de Gottfrid Achenwall (economista) en el año 1749, y se traduce en algunos foros como *el Análisis de Datos del Estado*. La definición original establecía que la Estadística es la parte de las Matemáticas que se encarga del estudio de una determinada población, recogiendo los datos, organizándolos, representándolos, y analizándolos para sacar conclusiones de dicha población. Al parecer, la motivación es esencialmente la misma desde entonces.

¿Por qué triunfa *ahora* el Big Data? La razón cualitativa de este éxito radica esencialmente en la diferencia entre la cantidad y cualidad de la información que era posible recoger y explotar entonces, o a lo largo del último siglo, y lo que las últimas tecnologías son capaces de procesar actualmente. Esta diferencia se ha agrandado, se ha disparado extraordinariamente en los últimos diez años, gracias fundamentalmente a tres factores tecnológicos: (1) la drástica reducción del coste de los equipamientos de computación, por un lado, y del ancho de banda, por otro; (2) la enorme diversidad y democratización del acceso al software, a software de cualquier tipo, para hacer *cualquier cosa*; y (3) la drástica reducción del coste de prototipado de elementos de sensorización. Por ejemplo, a mediados de los años noventa, modelos estadísticos Bayesianos multivariable sólo soportaban el análisis de unas pocas variables cuando eran implementados en un ordenador doméstico potente de la época; unas pocas variables y unos pocos especímenes (unos cientos; quizá unos pocos miles de casos). La experimentación científica o académica constituía prácticamente el único espacio de utilidad de esta tecnología. Diez años más tarde, aparecieron las primeras referencias de procesos de análisis profesionales, ligeramente superiores a los anteriores en su complejidad, y siempre a partir de equipamiento específico que suponía inversiones importantes. Aproximadamente diez años después, hoy es el día en que es perfectamente posible servir a un cliente el procesamiento de varios millones de casos por hora, por espacio de decenas de *TeraBytes* (1 TB de almacenamiento viene a costar alrededor de 100 euros en este momento) por un coste prácticamente despreciable.

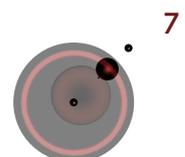


Por supuesto, estos ejercicios no son más que gotas de agua en el mar, y estas palancas del éxito parecen no tener límites. Por ejemplo, se estima que el 90% de los datos del mundo se han generado en los dos últimos años, según cifras de la multinacional norteamericana IBM³, en una tendencia que no es sino la de acelerar. En el tiempo en que el lector aborda este apartado se sacarán en el mundo tantas fotografías como en todo el siglo XIX y parte del XX juntos, y la Sociedad acabará de crear información suficiente como para llenar 11.500 millones de discos de datos. Discos de datos que, dicho sea de paso, la parte más joven de la población no ha llegado a conocer. Se estima que en el año 2.020 se habrán generado 44 *ZettaBytes* de datos (44 mil millones de TeraBytes), el 93% de los cuales serán desestructurados. Tal es el crecimiento actual y esperado que los modelos de base de datos están dejando de poder responder eficazmente a los nuevos retos, y las técnicas de *Procesado de Lenguaje Natural*, que aún están llamadas a desarrollarse y consolidarse, van a ser condición sine qua non para poder conectar cualquier empresa u organización a la realidad de su *contexto real y virtual*.

2.3. La relevancia económico-empresarial de los datos

Todo esto es especialmente relevante en el mundo de la empresa. Más del 80% de la información de una empresa se encuentra ya en forma desestructurada, simplemente *escrita*. Y también un 80% se estima que es la cantidad de información de una empresa que se encuentra *fuera* de la empresa. En general, el mayor temor que el sector privado confiesa (tanto grandes compañías, como pequeñas y medianas empresas, como puede darse por ejemplo en la realidad del tejido empresarial del País Vasco) es la capacidad que tienen los grandes gigantes tecnológicos, con sus ingentes colecciones de datos sobre sus usuarios, de *desintermediar* cualquier relación con un cliente. Ésta es la clave: *la desintermediación*. Desde la información pormenorizada de cientos de millones de usuarios, clientes potenciales, se puede irrumpir en cualquier negocio. En la era de lo digital, el *valor esencial* de una empresa es *la relación con el consumidor*, con lo que si (gracias a los extremos niveles de sofisticación que está alcanzando el desarrollo tecnológico) otros competidores con posición tecnológica dominante son capaces de gestionar más profundamente, con más detalle, esa relación con el cliente, la Sociedad pasa a encontrarse de repente con sectores de actividad completos en riesgo de desaparición. Además, aunque las grandes compañías sufren desde luego este impacto, este fenómeno se percibe como especialmente preocupante en sociedades con economías muy basadas en pequeña y mediana empresa, como es el caso de Euskadi. De hecho, ya casi no resulta extraño observar cómo empresas de un sector aparecen de repente en otro, con casos de empresas de telefonía que están vendiendo actualmente medios de pago, bancos que han pasado a móviles

3 Según el informe reciente de IBM Marketing Cloud, el 90% del total de los datos se han creado estos dos últimos años, produciendo en todo el mundo 2,5 trillones de bytes al día: <https://www.mediapost.com/publications/article/291358/90-of-todays-data-created-in-two-years.html>



y comunicaciones, fabricantes de móviles que han empezado a ofrecer productos financieros, o buscadores de Internet que han empezado a llevar hasta nuestra casa frutas y verduras. En particular, el fenómeno de la desintermediación supone un riesgo de especial dimensión contra aquellos sectores más intensivos en infraestructuras informáticas, como por ejemplo el sector financiero. Con especial relevancia en el sistema económico vasco, las entidades financieras se encuentran súbitamente con que no disponen de ventajas competitivas relevantes ante algunos gigantes tecnológicos, como pueden ser Google o Apple, que precisamente ya han empezado a explorar la comercialización de ciertos servicios financieros y de provisión de pagos. Y es que en un sector como el financiero, con procesos esencialmente informáticos, en los que el valor radica en la representación, almacenamiento y explotación de sus relaciones con sus clientes, va a experimentar serios problemas —en el medio y largo plazo— para poder presentar diferencias sustanciales respecto de esas grandes tecnológicas, que son expertas precisamente en eso mismo, en gestionar usuarios. En idéntica situación se encuentran otros sectores también muy informatizados, como es el caso del sector actuarial, también significativo en Euskadi.

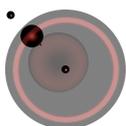
Los datos se convierten, así, en objeto mismo de las transacciones comerciales. La venta de datos se produce en dos fases:

- a.** Una primera en la que el consumidor/usuario entrega sus datos (personales, de comportamiento, geolocalización, etcétera) al empresario:
 - prestador de servicios *online*, como contraprestación de tales servicios (e-Commerce B2C); aquí entran en juego las denominadas *cookies* y otras nuevas técnicas de rastreo de comportamiento de usuarios.
 - de comercio tradicional, físico (*offline*), a través de tarjetas de fidelización, o pagos mediante tarjetas de crédito o de débito.
- b.** Hay una segunda venta o transmisión, del empresario prestador de servicios online a otro empresario (e-Commerce B2B), quien integrará los datos comprados en su proceso de comercialización; los datos se convierten en un elemento informativo necesario para diseñar la estrategia comercial de la empresa frente a los consumidores.

La importancia económica de la comercialización de los datos es expresamente reconocida por la legislación de la Unión Europea. Y constituye una de las razones que han llevado a aprobar el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)⁴:

Las diferencias en el nivel de protección de los derechos y libertades de las personas físicas, en particular del derecho a la protección de los datos de carácter personal, en lo

4 Considerando 9 RGPD.



que respecta al tratamiento de dichos datos en los Estados miembros pueden impedir la libre circulación de los datos de carácter personal en la Unión. Estas diferencias pueden constituir, por lo tanto, un obstáculo al ejercicio de las actividades económicas a nivel de la Unión, falsear la competencia e impedir que las autoridades cumplan las funciones que les incumben en virtud del Derecho de la Unión.

2.4. La relevancia individual de los datos: la privacidad y la libertad del ciudadano

2.4.1. La afectación del derecho a la intimidad

Si, por otro lado, nos fijamos en el usuario, en el consumidor, las perspectivas son sobre todo indiscretas. El fundador de la red social Facebook, Mark Zuckerberg, ya proclamó hace más de cinco años que *la privacidad de la persona ya no era algo interesante*. En la misma línea, los fundadores de una gran compañía de mensajería instantánea vienen comprobando desde hace años que lo último que millones de personas hacen al ir a dormir, y lo primero que hacen al levantarse, es consultar su aplicación. Ésa es *mucha* intimidad. ¿Sería interesante insertar un anuncio publicitario en ese momento? Actualmente, uno de cada cinco divorcios en Estados Unidos tiene su origen en indiscreciones cometidas en Facebook, a los que suman otras nuevas tipologías interesantes, como puede ser el reciente caso de *divorcio por báscula de baño inteligente*, que notificó al *SmartWatch* de uno de los cónyuges, en horario de oficina, un peso de 85 Kg que no encajaba con el físico de su pareja. Otros casos que parecen ir demasiado lejos en materia de privacidad pueden ser los de *Medios de Pago* y *Pulseras de Fitness* que han detectado embarazos, desde sus respectivas empresas, antes que sus usuarias portadoras.

Otra perspectiva interesante para el usuario es la que aparece en materia de Salud: recientemente la multinacional americana IBM ha instalado en Italia sensores en domicilios, con un lema que aboga nada menos que por «*una nueva concepción de Seguridad Social*». ¿Dónde van esos datos? ¿Qué se hace con ellos? ¿Quién hace qué con qué parte de esos datos? ¿De quién son realmente? ¿Pudiéramos dejar de percibir un servicio de atención médica por tener un patrón fisiológico anómalo? ¿Deberíamos cotizar más a la Seguridad Social en caso de tener un patrón de esperanza de vida mayor que la media?

Además, a la hora de estudiar y atraer a nuevos clientes, y conseguir con ello vender más productos o servicios, otras tecnologías complementan y habilitan a las tecnologías de explotación del dato. En particular, el reto es la *Identificación de la Persona*, más allá del identificativo que use en Internet, que se convierte en la piedra angular del negocio de los datos. Es necesario saber quién es realmente la persona que está detrás de un nombre de usuario, y saberlo a lo largo y ancho de Internet, y a lo largo del tiempo. Esto se consigue por medio de diferentes técnicas como son la explotación de *Cookies* (pequeños archivos que ayudan a las aplicaciones a definir y a hacer persistente la información sobre los gustos de la persona), por un lado, o

la explotación de las *Huellas Digitales Electrónicas* (capaces de identificar a quién pertenece un determinado dispositivo), por otro. Así, aunque los datos se puedan anonimizar, siempre se podrá seguir el rastro del usuario, incluyendo el lugar en que se encuentra una persona y en qué momento, e incluso dar pistas de qué está haciendo. De hecho, cada vez se registran más casos en los que se denuncia a compañías telefónicas por la posesión de datos que, convenientemente agregados, permiten llegar a señalar en un mapa la posición de un individuo en un espacio de tiempo determinado, así como el análisis pormenorizado de sus mensajes, llamadas, consultas, consumos de contenidos, etcétera.

Las posibilidades de encontrar espacios de lucro, una vez se dispone de la identificación del individuo y de algunos datos clave (número de teléfono, ubicación física, nombre de usuario primario, etcétera), parecen no tener límite. Cada vez resulta menos novedoso observar demandas interpuestas contra empresas tecnológicas, como puede ser Facebook u otras, por la falta de cumplimiento de la normativa de protección de datos. En una de estas demandas se dice que, de acuerdo al nuevo reglamento, Facebook no solo está violando la privacidad de los usuarios, sino que también está haciendo mal uso de sus datos. Las autoridades alemanas piden a la web en cuestión que la privacidad sea reforzada y que se gestione de una manera más eficaz el consentimiento que dan los consumidores respecto a los datos mostrados. Debido al quebrantamiento de las leyes pertinentes, se le ha impuesto una multa de 250.000 euros el pasado 12 de febrero de 2018, a la que Facebook apelará⁵.

En la misma línea, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) ha sancionado a las empresas Whatsapp y Facebook, cada una con 300.000 euros, por dos infracciones graves de la Ley Orgánica de Protección de Datos: a Whatsapp por comunicar datos a Facebook sin haber obtenido un consentimiento válido de los usuarios, y a Facebook por tratar esos datos para sus propios fines sin consentimiento (Resolución AEPD 259/2018, de 2 de marzo, Procedimiento N^o PS/00219/2017). La entidad Whatsapp fue adquirida por Facebook en el año 2014. En agosto de 2016, la primera actualizó los términos de su servicio y la política de privacidad, introduciendo cambios como el hecho de compartir información de los usuarios de Whatsapp con Facebook. La aceptación de esas nuevas condiciones se impuso como obligatoria para poder hacer uso de la aplicación de mensajería, y esa comunicación de datos personales a Facebook, que no tiene relación con las finalidades determinadas en la recogida de datos original, se realizó sin ofrecer a los usuarios una información adecuada y sin la opción de mostrar su negativa a las mismas. En el caso de usuarios que ya tenían instalada la aplicación Whatsapp, la compañía sólo habilitó mecanismos para rechazar que la información cedida pudiera ser utilizada con la finalidad de «mejorar» la «experiencia con los productos y publicidad en Facebook», pero no con otros fines recogidos en la política de privacidad. Además, estos usuarios tenían que aceptar los nuevos términos antes de un plazo concreto para seguir utilizando el servicio. En el caso de los usuarios nuevos, ni siquiera se les ofrecía la opción de negarse a que sus datos fueran cedidos a Facebook para los fines publicitarios

5 Nota de prensa del Bundeskartellamt, de 19 de diciembre de 2017: http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2017/19_12_2017_Facebook.pdf?__blob=publicationFile&v=3



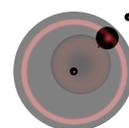
o de «mejora de experiencia» antes mencionados, sin permitir instalar la app en caso de no aceptar esas condiciones. La conducta ha vulnerado el art. 11 Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), ya que la comunicación de datos personales exige el consentimiento del afectado y éste no fue otorgado libremente por el usuario⁶.

Precisamente en estos días, a partir de la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, de protección de datos (RGPD), usuarios de todo el mundo (sobre todo de Europa) se encuentran recibiendo, en sus bandejas de entrada de correo electrónico, decenas de comunicaciones provenientes de los servicios en los que en alguna ocasión han registrado sus datos, con el propósito de recoger la mencionada aceptación informada actualizada.

También desde la perspectiva del usuario, en este caso del *votante*, es interesante el caso del experimento de un gran buscador de Internet (con una capitalización bursátil equivalente al PIB de un país como Austria) sobre el *Efecto Recency*⁷ en las elecciones de un condado en Estados Unidos. En dicho experimento, se consiguió cambiar, alterar, en el último momento el sentido del voto de un 48% de los 5.000 votantes que participaban, sin que prácticamente ninguno de ellos se diera cuenta. Y es que lo que presenta en pantalla dicho buscador, simplemente, es la verdad. En la actualidad, alrededor de un 25% de elecciones representativas se deciden por márgenes inferiores al 3%. En esta línea, el reciente caso de Facebook y Cambridge Analytica en relación con las últimas elecciones presidenciales en Estados Unidos no ha venido sino a confirmar los peores temores. Y es que, para los expertos, estos casos no vienen siendo otra cosa sino la punta del iceberg, y parece que la realidad de la praxis en materia de explotación de datos les da la razón: en este caso, una pequeña empresa norteamericana denominada Cambridge Analytica consiguió de forma fraudulenta información privada de 50 millones de usuarios de Facebook, sin su consentimiento, y después facilitó toda esa masa gigantesca de información a una empresa vinculada a la campaña política de Donald Trump, a la postre presidente electo de Estados Unidos. El resultado de esa situación fue la filtración de datos más grande ocurrida en la historia de las redes sociales. Facebook se enfrenta a multas potencialmente billonarias por este motivo. Su valor en bolsa cayó en un día más de un 7% al darse a conocer la noticia, perdiendo en unas horas alrededor de 60.000 millones de dólares. Además, en la medida en que trascienden detalles sobre las diferentes nacionalidades de los afectados, las respectivas agencias de protección de datos están empezando a tomar cartas en el asunto. Tal es el caso de la Agencia Española de Protección de Datos, que ha comenzado recientemente

6 Nota de prensa AEPD, de 15 de marzo de 2018: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/revista_prensa/revista_prensa/2018/notas_prensa/news/2018_03_15-ides-idphp.php

7 Efecto Recency, o *Recency Illusion*, se trata del efecto que sentimos las personas cuando nos topamos con algo nuevo que despierta interés, y a partir de ese momento parece que lo veamos en todas partes. De igual manera, cuando a un individuo se le pide que repita de memoria una lista de ítems, sistemáticamente se puede comprobar que se memorizan con más facilidad los últimos elementos de la lista, los más recientes. En el dominio de la comunicación política, este efecto se traduce en que los impactos de comunicación que el votante recibe inmediatamente antes del momento del voto son los más influyentes.



su propia investigación⁸, habida cuenta de que alrededor de 137.000 usuarios de nacionalidad española pueden haberse visto afectados por el caso. En la misma línea, acaba de conocerse recientemente lo que venía siendo un secreto a voces: el hecho de que Google permite acceder al contenido de los correos electrónicos de sus usuarios a terceras empresas⁹, habitualmente especializadas en desarrollo de complementos y extensiones de personalización. En relación con este caso, la empresa Return Path afirma tener acceso a 2.500 millones de bandejas de correo electrónico en todo el mundo, lo que supone 7 de cada 10 existentes. De confirmarse, el caso de Facebook y Cambridge Analytica puede quedar reducido a un juego de niños en comparación con éste.

Nunca el dato ha sido tan relevante, tan valioso. Esto es la esencia del *ser* digital. No es casualidad que las empresas más grandes del mundo sean tecnológicas e informáticas. Tampoco es casualidad que afloren cada vez más casos, como el de Airbnb o el de Uber que, simplemente con conectar en el momento adecuado turistas o usuarios de taxi —antiguos usuarios de taxi—, han inventado de la nada unos mercados diez veces más grandes. Desintermediación en estado puro, gracias a la explotación eficiente de los datos. En muchos foros se habla del dato como la nueva *Materia Prima*. Viktor Schönberger habla del dato como del *Nuevo Petróleo*.

2.4.2.

La afectación de la libertad de elección del ciudadano

Mediante la recopilación masiva de datos y su agregación, los empresarios obtienen perfiles de consumidores, cada vez más precisos. De este modo se puede personalizar la publicidad en atención a sus intereses, al menos los iniciales, que son los que han manifestado (inconscientemente en la mayoría de los casos) a través de la cesión de sus datos personales.

Lo que *a priori* se presenta como positivo desde el punto de vista del principio de eficiencia económica, corre el riesgo de convertirse en una limitación de la libertad de elección del ciudadano.

La finalidad de la publicidad comercial es la captación de la atención del consumidor con el objeto de generar en él la necesidad de adquirir bienes. Los estudios de mercadotecnia y publicidad van encaminados a dirigir los anuncios comerciales a quien pudiera estar interesado en el concreto producto o servicio, elaborando previamente patrones o perfiles de consumidor (piénsese en los anuncios televisivos, diferentes según la programación y destinados a un determinado espectador). No es algo nuevo. Y, por supuesto, es perfectamente lícito. La diferencia es la percepción del consumidor. La red genera sensación de libertad por las am-

8 La Agencia Española de Protección de Datos investiga a Facebook por la fuga de datos. Casi 137.000 españoles pueden haberse visto afectados por el caso Cambridge Analytica: https://elpais.com/tecnologia/2018/04/05/actualidad/1522940450_952703.html

9 The Wall Street Journal: "Tech's 'Dirty Secret': The App Developers Sifting Through Your Gmail": <https://www.wsj.com/articles/techs-dirty-secret-the-app-developers-sifting-through-your-gmail-1530544442>.

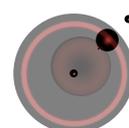


plias posibilidades de acceso a información; somos conscientes de la recepción de impactos publicitarios, pero podemos compararlos en cualquier momento con otros, porque la información está a nuestro alcance. Sin embargo, no sabemos que esos anuncios han sido diseñados específicamente para nosotros. El mercado requiere un consumidor perfectamente informado y para ello es necesario que tome conciencia de las nuevas estrategias del sector comercial.

Algo así ocurrió en su día con el emplazamiento del producto en las series televisivas. En los comienzos de su utilización fue considerado publicidad encubierta (un supuesto de publicidad engañosa), porque el consumidor no era capaz de percibir que el mensaje inserto en el programa televisivo era publicidad comercial, pudiendo alterar su comportamiento económico¹⁰. Actualmente, el consumidor medio detecta fácilmente que el producto que aparece en medio de la trama o del guion forma parte de una campaña publicitaria.

En definitiva, debemos tender a conseguir un consumidor maduro en el nuevo entorno digital.

¹⁰ TATO PLAZA, «“Product Placement” y publicidad encubierta (Comentario a las Resoluciones del Jurado de Autocontrol de la Publicidad de 26 de abril y de 4 de junio de 2001, caso “Soberano”)», *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, 22 (2001), pp. 584 ss.



3.

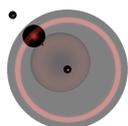
EL USO DE LOS DATOS EN EL PROCESO COMPETITIVO

3.1.

El uso de datos en un contexto nuevo parcialmente regulado

Los consumidores que en la actualidad utilizan algún tipo de tecnología relacionada con las grandes empresas del ámbito tecnológico o de Internet, como Google, Amazon, Apple, Facebook, etcétera, con las múltiples redes sociales, o simplemente por el hecho de ser usuarios particulares de Internet o disponer de un dispositivo como un SmartPhone, no son conscientes de la cantidad de información personal que esas tecnologías facilitan a estas empresas. En muchas ocasiones los operadores económicos que, por posicionamiento estratégico en la Cadena de Valor de la Información, por ubicación clave en el Ciclo de Vida del Dato, adquieren esta información, encuentran en los propios datos un activo valioso con el que comerciar, en un contexto que acaba de dar sus primeros pasos, y se encuentra en pleno desarrollo orgánico, y falto de experiencias y de regulación. Como consecuencia de esto, si un usuario utiliza algún producto o servicio de una empresa que recoja información personal, lo más probable es que otras empresas también consigan indirectamente su información, generalmente mercadeada con fines publicitarios. Así, el usuario termina viéndose inundado por acciones publicitarias de todo tipo, mensajes de correo electrónico con ofertas y promociones, inserciones en su navegación web o en sus aplicaciones, etcétera, enviados por empresas con las que en muchos casos ni siquiera ha tenido relación. El objetivo de todo esto está claro, y no es otro que el de conseguir, a falta de restricciones, más y más clientes, y más y más cuota de mercado.

Las empresas que recogen datos personales lo hacen mediante sistemas de captación del interés del consumidor, con la misión de asegurarse de que los clientes se mantengan activos y no se vayan a la competencia. Para ello, es habitual que los anunciantes arranquen distintos tipos de incentivos, como campañas de ofertas especiales, regalos o rebajas en los diferentes productos o servicios. De esta manera se aseguran mantener a sus clientes, y al mismo tiempo atraen a otros clientes nuevos, de los que también se puede lograr nueva información con la que comerciar, crear publicidad, anuncios personalizados y demás. Incluso existe un mercado en ciernes especializado en datos personales, en el que la información actualizada de una persona puede llegar a venderse en la actualidad en el entorno de los 15 euros, en términos generales.



Un buen ejemplo de sector económico con mucho interés en la compra y venta de datos personales es el sector bancario. También el sector actuarial presenta un interés análogo. Y es que con esos datos estas empresas pueden ajustar mucho mejor su oferta de servicios, precios, condiciones, etcétera. Pueden optimizar su negocio en general. Por supuesto, todo esto tiene precio: por ejemplo, un correo electrónico de un individuo vale alrededor de unos 50 céntimos, un perfil de un usuario cualquiera que busque un seguro (de hogar, de automóvil, etcétera) puede llegar a los 50 euros, y por el perfil de una persona que esté buscando una hipoteca se puede llegar a pagar hasta 250 euros. Teniendo en cuenta estos números, considerando la cantidad de usuarios que navegan continuamente en Internet, la gran cantidad de cuentas de correo electrónico que existen en el mundo, además de la grandísima masa de información personal, perfiles de usuario y datos que se crean todos los días, los volúmenes de dinero que llegan a pagarse alcanzan en ocasiones dimensiones gigantescas.

En definitiva, en muy poco espacio de tiempo, la Sociedad ha descubierto que las empresas que mercadean con datos personales ingresan inconcebibles cantidades de recursos, en un contexto falto de referencias y regulación, y el comercio de datos cada vez se va convirtiendo en un mercado más poderoso y dominante, en el que los consumidores apenas se dan cuenta de lo que se hace con su información (en la mayoría de ocasiones se aceptan términos sin leer las condiciones básicas), que termina siendo gestionada y explotada en un uso de libre albedrío por terceros.

No se puede hablar de ausencia absoluta de regulación. Precisamente el nuevo Reglamento general de protección de datos tiene por objeto establecer, en el ámbito territorial de la Unión Europea, normas relativas a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y las normas relativas a la libre circulación de tales datos (art. 1 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016). En todo caso, falta experiencia en su aplicación para poder valorar en qué medida esta norma contrarresta los excesos del mundo empresarial en el uso de datos.

3.2. Los efectos beneficiosos para el mercado

La continuada evolución y revolución tecnológica en la que se encuentra la Sociedad ha hecho surgir abundantes nuevos modelos de negocio en las últimas dos décadas. En particular, el más prometedor espacio de oportunidad económica que se observa en la actualidad es precisamente el mundo de las nuevas tecnologías de explotación del dato que se trata en este informe.

Antes de la explosión de las tecnologías de la información y las comunicaciones, la recopilación de datos de cualquier tipo, con fines generales y por supuesto empresariales, requería habitualmente un gran trabajo y dedicación. Era un esfuerzo necesario. El coste no era un asunto trivial. Si se pensaba en clave de oportunidad de mercado, la inversión requerida solía ser importante, por lo que los retornos esperados debían estar claros desde un primer momento (uno podría pensar, por ejemplo, en los casos de las primeras tarjeta de fidelización de clientes que ofrecían algunos centros de distribución).

Sin embargo, desde hace alrededor de una década, el abaratamiento dramático que han experimentado tanto los mecanismos de computación y almacenamiento de información, como el ancho de banda de comunicaciones, ha propiciado una situación en la que datos de toda naturaleza son extraídos de grandes colecciones de sensores y programas informáticos que están operando continuamente, sin interrupción, sin requerir un gran esfuerzo económico ni temporal.

Todas las acciones que un individuo realiza con su teléfono móvil, ordenador, televisión, vehículo, etcétera, genera un torrente de datos que expresan pormenorizadamente cada una de esas acciones. Se estima que la información, a escala mundial, se está duplicando cada 1,2 años¹¹. ¿Para qué se obtienen estos datos? Para comerciar con ellos. La primera aproximación no es otra que la de la publicidad. Estos datos, una vez extraídos pasan a ser analizados, refinados, complementados, agregados y enriquecidos en definitiva, para ser finalmente vendidos o intercambiados por los agentes comerciales, las empresas, para mejorar sus ventas o para aprovechar cualquier otro espacio de lucro que se identifique. Así, el hecho de que se pueda personalizar la publicidad, en el sentido de que a cada usuario se le remiten estrictamente los anuncios comerciales que puedan ser de su interés, permite al empresario ahorrarse los costes de una publicidad que no va a tener retorno. Por supuesto, todo ello tiene como consecuencia teórica un abaratamiento del producto final en favor del consumidor¹². Por otro lado, la entrega de datos por parte del individuo también puede observarse como una contraprestación asequible para los usuarios de prestadores de servicios online (quienes recogen los datos), de tal manera que dichos servicios se democratizan, en el sentido de que son fácilmente accesibles.

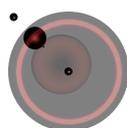
Especial relevancia ha adquirido la revolución tecnológica en el sector financiero. El fenómeno denominado *FinTech* (*tecnofinanzas*) engloba toda innovación en los servicios financieros provocada por la tecnología, que está generando nuevos modelos empresariales, aplicaciones, procesos o productos, con los consecuentes cambios en los mercados e instituciones financieras y en el modo en que se han prestado tradicionalmente los servicios financieros¹³. Por lo tanto, implica tanto a *Start-ups* como a entidades financieras ya establecidas en el mercado. La utilización del dato contribuye, también en este sector económico de gran relevancia en el territorio del País Vasco, a una mayor eficiencia operativa, lo que revierte en precios más competitivos y en una mejora de la calidad de los servicios¹⁴. La toma de conciencia por parte del

11 El informe de la BSA Software Alliance (la asociación de empresas americanas del sector tecnológico) nos informa del uso real de los datos, así como de las cantidades de datos que utilizan las empresas y de dónde se obtienen: http://data.bsa.org/wp-content/uploads/2015/10/BSADataStudy_es.pdf

12 LERNER, *The Role of "Big Data" in Online Platform Competition* (2014), pp. 12-13 [https://ssrn.com/abstract=2482780]; SOKOL/COMERFORD, «Antitrust and Regulation Big Data», *Geo. Mason Law Review* (2016 – Vol. 23:5), p. 1134.

13 www.fsb.org/what-we-do/policy-development/additional-policy-areas/monitoring-of-FinTech

14 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité Europeo de las Regiones, de 8 de marzo de 2018 [COM(2018) 109 final], *Plan de acción en materia de tecnología financiera: por un sector financiero europeo más competitivo e innovador*, p. 1.



sector se demuestra con las elevadas inversiones de los empresarios financieros en *soft-ware* relacionado con la recopilación y análisis de datos¹⁵. Por su parte, la Unión Europea aboga por facilitar la entrada de la innovación tecnológica en el sector financiero¹⁶.

Por último, si bien la recopilación de datos es importante, el análisis de los mismos es la clave: un análisis cuantitativo orientado a la actividad de mercado es imprescindible para poder sacar provecho económico. Hay que pensar en la altísima calidad (no sólo cantidad) presente en la información que hoy en día es posible recopilar sobre un determinado usuario, que incluye no sólo sus gustos, aficiones, o aspectos profesionales, sino incluso aspectos relativos a su salud, orientación política, religión, etcétera, incluso su estado de ánimo. Toda esta masa de información requiere de potentes estudios sistemáticos de análisis para poder convertirse en un activo económico. Es más, tal es así, que el propio campo del *Análisis de Datos* ha creado innumerables puestos de trabajo, altamente cualificados, que no hace mucho tiempo simplemente no existían. Y es que todo un nuevo espacio de oportunidad ha aparecido alrededor de la tecnología y alrededor del dato.

3.3. Los posibles riesgos para el mercado

Desde luego, si los usuarios de la tecnología se enfrentan a una realidad que les expone a riesgos importantes, como se ha descrito anteriormente, el mercado en sí mismo también parece ineludiblemente expuesto al impacto de estos mismos riesgos, ya sea en el corto o largo plazo. A continuación se recogen algunos de los supuestos más significativos.

3.3.1. El control centralizado de los datos y la asimetría de información

En nuestros días los datos son un bien muy preciado por los gigantes de Internet, que han aprendido a explotarlos de las más diversas maneras. Las mayores cantidades de datos se concentran en cinco empresas norteamericanas: Google, Apple, Facebook, Amazon y Microsoft. A todas luces, la cantidad de información y datos que puede adquirir y explotar cada una de estas compañías es extraordinariamente grande. Por poner un ejemplo, solamente Facebook llegó en el pasado ejercicio a los dos mil millones de usuarios (sin contar con las otras empresas de su grupo, Whatsapp e Instagram). Por su parte Google posee más del 85% del mercado de publicidad en buscadores. Las cifras de usuarios de estas empresas y su impacto potencial son enormes y escasean las referencias de comparación: el 61% de gasto publicitario digital

15 En 2015, 6,5 billones de dólares. Vid. “*Global Big Data IT Spending in Financial Sector - Market Research 2015-2019*”, Technavio.

16 VEZZOSO, «Fintech, Access to Data, and the Role of Competition Policy» (January 22, 2018). In V. Bagnoli (Ed.), *Competition and Innovation*, São Paulo: Scortecci, 2018.

mundial se hace en Facebook y Google. El 91,63% de búsquedas de todo el mundo se hacen a través de Google.

Las cinco empresas anteriormente citadas son las que más tecnología y recursos disponen para obtener datos, normalmente de los consumidores; datos que pueden tener naturaleza tanto personal como impersonal. En el mercado en el que se encuentran estos gigantes tecnológicos, cuanto más información y cuantos más datos tiene una empresa, mayor eficiencia operativa y mayor cantidad de ventas puede tener o promover en sus anunciantes. Ésta es la razón por la que estas empresas le dan tanta importancia a los datos y los recogen con tanta tenacidad. Y es que hoy en día, un pequeño *click* en una página web, una compra online o un simple paso adelante que un usuario dé por el ciberespacio, es más que susceptible de convertirse en información que será analizada con fines comerciales¹⁷, tanto para la mejora de la eficiencia de los procesos empresariales, como para su explotación en el mundo de la publicidad.

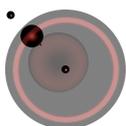
Por otro lado, el hecho de que estas cinco empresas estén en lo más alto (no en vano se encuentran sistemáticamente entre las empresas más grandes del mundo por capitalización bursátil, habiendo desplazado de los primeros puestos a sectores tradicionales completos, como el sector de la energía o el farmacéutico), hace que tengan inverosímiles cantidades de datos e información pormenorizada sobre los consumidores. Gracias a su tamaño, los grandes agentes disfrutan de una inercia de captación de datos prolongada ocasionando problemas a empresas o negocios pequeños que quieren entrar al mercado; la barrera de entrada es a menudo insalvable, y por consiguiente las grandes empresas (las que controlan los datos) pueden consolidar su posición en el mercado sin ningún tipo de preocupación. Se saben inalcanzables por nuevos potenciales competidores.

Por otro lado, en este mismo contexto, consiguen disminuir la presión competitiva, impidiendo que las empresas que supongan una gran competencia tengan acceso a los datos. Así es posible asegurarse de que esas empresas no dispongan nunca información que pueda ser utilizada para mejorar sus productos, amoldarse mejor a los consumidores y, en definitiva, ampliar su presencia en el mercado. Se ha destacado que esta es una de las barreras de entrada en los mercados financieros para los nuevos modelos de negocio *FinTech*, impidiendo que éstos aporten las ventajas concurrenciales que les caracteriza¹⁸.

Por otro lado, los beneficios que les ofrece la información acumulada les permite discriminar a la hora de elegir el público objetivo de sus productos o servicios. Dividen a la población en grupos pequeños para identificar mejor los precios que se adecúan mejor a cada uno de ellos. Con esta técnica estas compañías obtienen mayor información, y cuanto más consiguen más personalizan la experiencia de cada cliente, y el beneficio óptimo que se puede esperar de

17 El Comercio, diario español, que informa sobre las cantidades gigantescas de datos que poseen empresas como Google y Facebook: <http://www.elcomercio.com/tendencias/facebook-google-datos-informacion-usuarios.html>

18 Vid. Informe de la Autoridad neerlandesa de los consumidores y del mercado, *FinTech and competition. How to boost Fintech's contribution to effective competition in the financial sector?*, June 2016, p. 4.



cada uno. Debido a esto, lo que puede ocurrir es que los clientes se sientan artificialmente tan cómodos que no vean atractivas otras opciones, incluso mejores para sus intereses. Además, pueden surgir dificultades que afectan a empresas que quieran competir con las más grandes, dado que carecen de suficiente cantidad de datos, así como de sistematización en la explotación de los mismos¹⁹.

Por último, es importante ser consciente de que el beneficio económico es a menudo el móvil principal de este tipo de conductas, pero no es el único. El mencionado caso de Cambridge Analytica buscaba precisamente esto: aprovechar el íntimo conocimiento de orientación política de potenciales votantes de que se disponía en favor de un determinado candidato en las elecciones de 2016, mediante el envío de propaganda perfectamente alineada con cada uno de los perfiles estudiados²⁰. El caso se encuentra en estos momentos en pleno estudio por parte de administraciones americanas y europeas, y cada vez son más las administraciones nacionales que toman cartas en el asunto.

3.3.2.

El empobrecimiento de la pequeña y mediana empresa

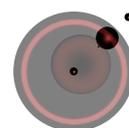
3.3.2.1.

La potencia del comercio online que controla los datos

Las nuevas tecnologías han traído una serie de cambios que han influido determinantemente en la forma en que nos relacionamos y también en el modo en que consumimos. Cuando hace no mucho tiempo acercarse a una tienda de la ciudad, a unos grandes almacenes, a comprar música, una camisa, un periódico, o cualquier otro producto de consumo era algo absolutamente normal, en los últimos años está creciendo la tendencia a hacer estas compras por el *canal online*, desde cualquier punto, y a través de cualquier medio de conexión (ordenador, móvil, tablet, etcétera). Las ventajas son muchas y obvias, y superadas ya las reticencias iniciales que producían algunas cuestiones, como la seguridad de la información o la logística hasta el domicilio del proceso de compra, muchas empresas están aprovechando el crecimiento del momento para disparar sus ingresos. Los ahorros de costes y la mayor eficiencia de los nuevos procesos, que incrementan los grados de automatización de la cadena de valor están claros y son definitivos en muchas ocasiones, pero a menudo también facilitan la puesta en marcha de prácticas que van en contra de la justa competencia.

19 Informe de Europe Economics, consultora especializada en regulación económica, en el que se habla sobre diferentes tipos de prácticas competitivas relacionadas con el Big Data. Apartado relevante del informe: "What does Big Data mean for competition?": http://www.europe-economics.com/publications/mar_-_big_data.pdf

20 El Mundo, periódico español, que informa sobre el escándalo ocurrido recientemente relacionado con Facebook y Cambridge Analytica: <http://www.elmundo.es/papel/2018/03/20/5aafa72f22601dd23b8b4656.html>



Por ejemplo, debido al poder que ejercen algunas grandes compañías especializadas en distribución, como puede ser el caso de Amazon, sobre el mercado online, los pequeños vendedores con sus tiendas en Internet se están viendo obligados a unirse al gigante norteamericano para poder disponer de un mínimo de visibilidad para sus artículos. Estos acuerdos conllevan importantes beneficios para el pequeño comercio, pero también acarrear importantes costes para estas pequeñas y medianas empresas, que se encuentran en la tesitura de tener que ceder porcentajes relevantes de sus ventas. Además, después de que una empresa se haya unido a la plataforma de ventas de Amazon para poder llegar a más consumidores, se encuentra habitualmente con varios problemas añadidos: por un lado, se da el caso de que Amazon ha recopilado durante años todos sus datos de ventas gratuitamente, de manera que llega un momento en el que puede simplemente prescindir del pequeño comercio y centrarse directamente y por sus propios medios en aquellos productos que proporcionan mejores resultados económicos. Este conocimiento permite jugar con ventaja: según qué productos, fundamentalmente aquellos con mejores márgenes o volúmenes, se incluyen restricciones específicas, dirigidas a no permitir que sean vendidos por vendedores externos. Por otro lado, en aquellos otros productos que sí pueden vender los pequeños comercios existen comisiones que hay que sumar que rondan hasta el 20% de las ventas; peajes muy importantes²¹. Dado que alrededor de la mitad de todas las búsquedas que se realizan en Internet relacionadas con algún tipo de compra terminan directa o indirectamente en Amazon, estas comisiones alcanzan volúmenes extraordinarios, fuera de las aspiraciones que puede tener cualquier pequeño comercio. Además, por la misma razón, las ventajas que puede llegar a obtener por simple economía de escala en los precios de compra son, sencillamente, imbatibles. Incluso en materia de distribución de productos perecederos, un mercado que parecía inicialmente fuera del ámbito de actuación, Amazon Prime Now está empezando a competir incluso con los pequeños supermercados de barrio.

Dado este conjunto de prácticas y la tenacidad con que son llevadas a cabo, son múltiples las tiendas y comercios locales que se han visto en la imposibilidad de mantener sus negocios. Algunas fuentes, como por ejemplo el Instituto Local de la Autodependencia norteamericano (ISLR), estiman que solamente Amazon ha eliminado 149.000 puestos de trabajo en términos netos (295.000 puestos en total), descontando los que la propia empresa ha creado (alrededor de 146.000 empleos)²². No es el único ejemplo de esto: la popular plataforma de subastas eBay sigue sus pasos.

No sólo los pequeños y medianos comerciantes son quienes se están encontrando con esta formidable competencia; también el sector logístico se enfrenta a un reto importante, introducido de nuevo por las grandes compañías tecnológicas. Recientemente la compañía Amazon ha lanzado un servicio de transportes (fundamentalmente centrado en la última milla) que hará

21 Información sobre ventas dentro de Amazon de vendedores particulares: <https://jordiojob.com/2016/09/lo-no-te-cuentan-vender-amazon-alvaro-perez/>

22 Datos sobre empleos creados y destruidos por Amazon: <https://www.fastcompany.com/3066110/is-amazon-killing-jobs-and-destroying-communities>



que las pequeñas empresas de mensajería vayan teniendo cada vez menos tráfico, y menos sostenibilidad. Este servicio está basado en conductores autónomos que hacen los repartos con sus furgonetas o camiones, y que cobran una determinada cantidad por cada paquete entregado. No entran en consideración costes indirectos como el coste de la gasolina, el mantenimiento de los medios de transporte, etcétera. Nuevamente, tan desigual competencia no parece contribuir a la sostenibilidad del sistema.

3.3.2.2.

Las restricciones horarias del comercio físico (offline)

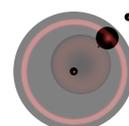
El comercio físico (offline) y el comercio electrónico (online) no compiten en igualdad de condiciones. Las regulaciones administrativas de la actividad económica comercial se aprobaron en un contexto ajeno al comercio electrónico, por lo que están dirigidas exclusivamente a la tienda física (vid., por ejemplo, art. 11 Ley vasca 7/1994, de 27 de mayo). En consecuencia, las restricciones sobre horarios comerciales en la tienda física no se aplican a la tienda online. En la Comunidad Autónoma del País Vasco, quedan sujetos a la regulación horaria los establecimientos comerciales de superficie de venta igual o superior a 150 metros cuadrados (Disp. Final Primera Ley 7/2008, de 25 de junio, de segunda modificación de la Ley de la Actividad Comercial, en relación con la Disp. Adic. Segunda de la Ley 7/2000, de 10 de noviembre, de modificación de la Ley 7/1994, de 27 de mayo, de la Actividad Comercial).

En este contexto, la Comisión Europea ha recomendado a las autoridades públicas de los distintos Estados Miembros que evalúen la proporcionalidad y la eficacia de las restricciones operativas que afectan a los comercios minoristas físicos, entre ellas la regulación de los horarios y días de apertura²³.

El problema es percibido de manera diferente entre la mediana y la pequeña empresa. El pequeño comerciante se considera limitado para competir en horarios libres con la gran superficie; por el contrario, la empresa de comercio de tamaño medio demanda mayor flexibilidad horaria²⁴. Los argumentos a los que recurren los representantes de los pequeños comerciantes se centran en la imposibilidad de tener colaboradores dependientes durante todas las horas en las que debieran competir con las grandes superficies, lo que comportaría una carga de trabajo excesiva del pequeño empresario y de sus trabajadores, o bien la desaparición del pequeño comercio con la consecuente destrucción de puestos de trabajo. Sin embargo, desde el punto de vista de la buena regulación y el respeto al derecho fundamental a la libertad de empresa, este razonamiento es difícilmente sostenible a día de hoy.

23 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Un sector minorista europeo adecuado para el siglo XXI*, de 19 de abril de 2018 [COM(2018) 219 final], pp. 11-12.

24 Comisión Europea, *Public Consultation On "Retail Regulations In A Multi-Channel Environment" Synopsis Report*, de 19 de abril de 2018 [SWD(2018) 237 final], p. 8.



La libertad de empresa y la libre competencia constituyen principios informadores de la actividad económica general (art. 51 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea) y, más concretamente, de la prestación de servicios en tanto que actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración (Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios).

Así, el art. 52.1 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece:

1. Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

El principio de proporcionalidad supone un límite a la injerencia de la Administración en la libertad de empresa, que ha sido expresamente recogido por nuestro ordenamiento jurídico en distintos preceptos. Entre otros, en los arts. 129 y 130 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas establece.

Corresponde a la Administración analizar si tal restricción horaria se halla fundada en una razón de interés general y, en caso afirmativo, si es adecuada (idónea para alcanzar el fin perseguido); en segundo lugar, si es necesaria (de tal manera que no haya ninguna otra medida con la misma eficacia que resulte menos gravosa); y, por último, si resulta proporcional en sentido estricto debiendo ponderar en el caso concreto que el beneficio que se consigue justifica suficientemente la restricción de la libertad de empresa (STJUE de 11 de diciembre de 2014, Estibadores, as. C-576/2013).

Ciertamente hay razones de interés general que podrían justificar *a priori* una intervención: la protección de puestos de trabajo y la calidad de vida de la persona física (sea empleado, sea titular del negocio) que explota y gestiona el pequeño comercio. Sin embargo, el escenario actual del mercado digital convierte a la medida en inadecuada para el fin perseguido: el pequeño y mediano comerciante no sólo compite con la gran superficie física (sujeta a restricciones horarias), sino con la gran superficie digital (con libertad absoluta de horarios, abierta 24 horas al día durante todos los días del año). Por tanto, limitando la libertad empresarial de la mediana y gran empresa, no se consiguen proteger aquellos bienes jurídicos. Más bien al contrario, resulta beneficiado el gran empresario *online*.

La nueva situación demanda una reflexión que permita al pequeño comercio encajar en las nuevas tendencias de consumo. La acción regulatoria de la Administración no puede contemplar la actividad comercial tradicional de manera aislada, sino en el marco del nuevo fenómeno económico del acceso a los datos y el comercio electrónico.



3.3.3.

La adquisición de empresas rivales

Muchas grandes empresas de Internet, gracias a sus prácticamente ilimitados recursos económicos y a su posicionamiento en el mercado, son capaces de detectar de una forma muy temprana la aparición de potenciales empresas interesantes en crecimiento en el mercado, que pudiera suponer un riesgo de competencia en el futuro, y de proceder con la adquisición de la misma. También se da este comportamiento en aquellos casos en los que se observa en el mercado un nuevo producto o servicio con buenas expectativas, que pueda suponer un incremento más de la ventaja competitiva. En ambos casos, además de hacerse con la nueva compañía, también se hacen con el mercado de clientes que pudiera haber ido desarrollando hasta el momento. El posicionamiento ventajoso de la gran empresa no deja por tanto de crecer. Es una forma rápida y efectiva de eliminar competencia del mercado y aumentar su portfolio de productos, sin haber tenido que abordar costes de investigación y desarrollo de tecnología, ni de desarrollo de mercado.

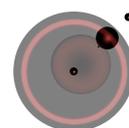
Una de las empresas más activas en la adquisición de empresas es Google²⁵. Desde sus inicios Google ha comprado alrededor de 200 empresas, muchas de ellas muy demandadas por los usuarios en la actualidad, y con las que consigue facturaciones enormes, como por ejemplo YouTube, Android, Motorola Mobility (para la creación de dispositivos móviles), etcétera. El objetivo de Google con la compra de tantas empresas no solo es eliminar a la competencia del mercado y lograr más poder en el mercado, sino también entrar en todo tipo de mercados relacionados con la tecnología. Con el fin de que no se le escape ningún proyecto o idea innovadora, Google tiene varios campus por todo el mundo (uno de ellos en Madrid), desde los que atraer a ingenieros brillantes para que lleven a cabo sus proyectos de emprendimiento. Para ello, cuentan incluso con ayuda gratuita de los ingenieros de Google. Así, cuando alguno de esos proyectos adquiere madurez y empieza a crecer, Google simplemente lo hace suyo²⁶.

Google no es la única gran compañía que lleva a cabo este tipo de prácticas de adquisición de start-ups tecnológicas. También Facebook, Apple, Amazon y otras usan modelos similares. Por ejemplo, Facebook ha comprado empresas como WhatsApp o Instagram. En este caso se trata de dos aplicaciones de móvil muy usadas en la actualidad por personas de todas las edades, sobre todo jóvenes. Dado que empezaban a convertirse en competidores muy potentes, que además abordaban (en el caso de Whatsapp) mercados diferentes al propio, Facebook se hizo con ellas. Con ello se aseguró a largo plazo el dominio de la mensajería instantánea en dispositivos móviles, y a su vez absorbió a una competencia que no podía vencer²⁷.

25 Listado de compras de empresas por parte de Google, hasta el año 2014: <http://technoeconomy.net/2014/05/29/que-empresas-ha-comprado-google/>

26 Google y sus acciones a la hora de adquirir empresas rivales o proyectos interesantes: <http://blogs.lainformacion.com/zoomboomcrash/2016/09/28/desde-su-inicio-google-ha-comprado-unas-200-empresas-y-solo-dos-espanolas/>

27 Facebook y las compras de empresas más relevantes que ha llevado a cabo: <https://computerhoy.com/noticias/internet/grandes-compras-facebook-ultimos-anos-9405>



Otras empresas como Amazon o Apple no se quedan fuera de estos usos y costumbres: Amazon compró Whole Food por 13.700 millones de dólares, en un buen ejemplo de lo que pueden llegar a pagar estas empresas por la compra de una empresa rival. Muchas de las empresas que ha adquirido Amazon son compañías que llevan poco tiempo en funcionamiento (no más de 10 años de antigüedad), como pueden ser los casos de Angel.ai (fundada en 2015), o Graphiq (fundada en 2009). También se dan algunos casos de compra de empresas consolidadas, como Whole Food (fundada en 1997). Todas estas compras tienen como objetivo teórico dar más y mejores servicios a sus clientes, pero a menudo la verdadera motivación, la que lleva a gastar muchos millones de dólares en comprar empresas rivales, no es otra que la de aumentar su riqueza y poder de mercado²⁸. Apple también ha comprado desde sus comienzos una gran variedad de empresas, más de 50 en los últimos 25 años: ha adquirido compañías como Topsy, Testflight o la muy relevante relevante Beats Electronics por 3.000 millones de dólares, para así mejorar sus propios productos, atraer más clientes, eliminar competencia, etcétera. Según varios analistas, es muy posible que Apple adquiriera nada más nada menos que Tesla para entrar en el mercado de la fabricación de automóviles, o incluso Netflix, para mejorar su posicionamiento en el ámbito del entretenimiento²⁹.

En definitiva, la compra de empresas rivales es una práctica realizada por muchas grandes empresas, especialmente en el ámbito tecnológico, y es un aspecto clave a tener en cuenta ya que está relacionado con el empobrecimiento de las condiciones naturales de libre mercado, y con la defensa del consumidor.

3.4. Los efectos ambivalentes: la discriminación de precios

Los Big Data permiten al empresario conocer cuál es el precio máximo que está dispuesto a pagar cada cliente por un concreto producto.

Hay una amplia conciencia de que la diferencia de precio para un mismo producto, a igual coste, es injusto por la desigualdad de trato que ello implica. Por otro lado, cuantas mayores variedades de precio haya, mayores son los costes de comparación. Ello provoca un abandono en la búsqueda del precio más barato y se reducen las posibilidades de sustitución: el cliente se

28 Abra Invest, compañía de servicios tecnológicos y financieros, recorre las compras de empresas realizadas por Amazon en los últimos años, describiendo las características principales de las empresas adquiridas: <http://abra-invest.com/amazon-compra-17-empresas-en-los-ultimos-3-anos-su-objetivo-dar-mejores-servicios-a-sus-clientes/>

29 Applesencia, página web que informa acerca de las últimas noticias que aparecen relacionadas con Apple, describe y explica las compras de empresas realizadas por dicha compañía en los últimos 26 años: <https://applesencia.com/2014/02/apple-adquisiciones-empresas>



mantiene inerte a pesar de que el precio no es el más competitivo del mercado³⁰. Este efecto ha sido especialmente destacado en el contexto de los servicios financieros, pudiendo comportar una barrera de entrada para los nuevos modelos de negocio *FinTech*, que pueden aprovechar las entidades tradicionales, ya instaladas en el mercado y conocidas por el usuario³¹.

Sin embargo, algunos estudios económicos demuestran que la discriminación de precios, siempre que responda a una personalización del mismo a la medida de las concretas necesidades del usuario, puede repercutir en el bienestar de este último e incrementar los recursos del empresario. A través de un análisis estadístico del historial de visitas a webs y cruce de otras clases de datos, un estudio determinó que se podía calcular las probabilidades de que un consumidor se suscribiera a la plataforma Netflix. El autor del estudio descubrió que aquellos que utilizaban más Wikipedia, tenían más probabilidades de suscribirse y que, sin embargo, quienes navegaban en internet durante el día, en martes y jueves, eran menos receptivos a la suscripción. Si Netflix hubiera utilizado estos datos, podía haber ajustado su oferta a quienes ofrecían menos interés en la suscripción para conseguirla. De este modo habría incrementado sus beneficios en un 12% y habría reducido el excedente del consumidor en un 8%³².

Por otro lado, la individualización del precio podría tener también efectos beneficiosos en términos de competencia: una empresa puede ofrecer precios más bajos a un consumidor que tiene una sólida preferencia por otro producto, lo que podría comportar la sustituibilidad entre ambos productos y, finalmente, una competencia en el precio³³.

En consecuencia, desde un punto de vista económico, no hay un consenso sobre los efectos beneficiosos o perniciosos de la discriminación de precios.

30 AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE / BUNDESKARTELLAMT, *Competition Law and Data* (2016), p. 21.

31 Vid. Informe de la Autoridad neerlandesa de los consumidores y del mercado, *FinTech and competition. How to boost Fintech's contribution to effective competition in the financial sector?*, June 2016, pp. 4-5.

32 Un resumen del estudio de Shiller, vid. WOODCOCK, «Big Data, Price Discrimination, and Antitrust», 68 *Hastings L.J.* 1371 (2017), pp. 1387-1388.

33 AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE / BUNDESKARTELLAMT, *Competition Law and Data* (2016), p. 22.

4.

LAS CONDUCTAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA EN TORNO AL USO DE DATOS CONFORME A LA LEGISLACIÓN VIGENTE

En el presente apartado no se pretende analizar de manera exhaustiva las conductas restrictivas de la competencia en torno al Big Data, sino destacar algunas situaciones que, siquiera de manera potencial, puedan resultar dañinas para el mercado y que, por ello, debieran estar bajo el punto de mira de las autoridades de control de la competencia.

4.1.

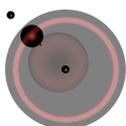
Las posibles conductas colusorias

4.1.1.

La transparencia en el mercado y el intercambio de información

Ya se ha visto que la información es un elemento esencial del proceso concurrencial. Resulta impensable que se desarrolle una actividad económica en el mercado sin tener en cuenta determinados datos: precios, clientes, niveles de demanda, reacciones o ausencia de reacción de los competidores ante cualquier esfuerzo competitivo, etc. En la medida en que la información tiene especial relevancia para la vida económica, adquiere su significación para la competencia. Estas circunstancias justifican que la revelación o el intercambio de datos entre competidores sea analizada desde la perspectiva del Derecho de defensa de la competencia. Para determinar si la comunicación de datos entre empresas que concurren en el mismo mercado es restrictiva de la competencia, debe resolverse una cuestión previa. En la medida en que la información comporta transparencia en el mercado, habrá que analizar si ésta le es beneficiosa o perjudicial.

La cuestión fue en un principio objeto de discusión en relación con la denominada «doctrina de la competencia oculta». La interpretación más estricta de este principio entiende que la competencia efectiva requiere la prohibición de toda transmisión de datos e intercambio de información entre competidores, por entender que es el único modo en que cada empresa fijará de manera autónoma la estrategia que pretende seguir en el mercado. Bajo esta concepción, ante la incertidumbre de cuál es la oferta de los competidores, el empresario se esforzará por ajustar al máximo su prestación global, tanto en el precio como en el contenido de sus prestaciones accesorias.



Hoy en día esta idea se encuentra superada. Ciertamente, no se puede hablar de la existencia de un principio general de competencia oculta cuando existen tantas normas en los ordenamientos jurídicos actuales que establecen obligaciones de transparencia. La competencia efectiva requiere una situación de perfecta información³⁴. El cliente bien informado dispondrá de los elementos necesarios para elegir el producto o servicio más adecuado a sus necesidades, lo que comportará un mayor nivel de exigencia frente a las ofertas que se le presenten. A su vez, cuantos más datos maneje el empresario respecto de los productos o servicios de sus competidores, más posibilidades tendrá de mejorar sus prestaciones con respecto a las de aquéllos. Consecuentemente, la producción y difusión de información puede representar una actividad de carácter positivo para el consumidor y para el funcionamiento del mercado.

Por otro lado, el intercambio de datos de clientes en el marco de un acuerdo de cooperación puede resultar beneficioso para la prestación del servicio. Así ocurre, por ejemplo, en el sector financiero donde la comunicación de los datos del usuario de un banco a otro permite las transferencias de pagos entre ambas entidades, facilitando el cumplimiento de sus obligaciones al consumidor³⁵.

Pero al mismo tiempo la transparencia puede tener efectos restrictivos en la competencia. Bajo determinadas circunstancias, la cesión de información puede consistir en una práctica favorecedora de la colusión pues, entre otros efectos, propicia e incluso incentiva la uniformización de las conductas de los competidores³⁶.

Por tanto, la transparencia se caracteriza por su naturaleza ambivalente en relación con el proceso concurrencial, y según el contexto en que se dé comportará un beneficio o una restricción de la competencia. Aquella información que ponga o permita poner al descubierto la conducta que las empresas van a seguir en el mercado puede alterar el funcionamiento normal de éste, facilitando la coordinación entre las empresas que han intercambiado dicha información³⁷. Especial atención debe prestarse a la información sobre precios, descuentos, costes, otros factores de formación del precio, volumen de ventas, volumen de entregas e inversiones. La comunicación de estos datos suele comportar una homogeneización de las conductas de los competidores, y no precisamente en beneficio de los consumidores.

34 BERTI, «Lo scambio di informazione fra imprese concorrenti», *Riv. Dir. Comm.*, 1996-I, p. 563.

35 VAN WISSEN / PROMPERS, «Big Data, Big Concerns? EU Competition Law Implications of the Changing Role of Big Data in the Financial Services Industry», *Competition Policy International*, 2016, p. 9.

36 Cfr. FALCE, «Lo scambio di informazioni nell'esperienza comunitaria e nazionale», *Giur. comm.*, 1999-I, p. 241.

37 Decisión de la Comisión 77/595/CE, de 8 de septiembre de 1977, *Cobelpa/VNP*; Res. TDC 10/05/2006, Exp. 588/05, *Distribuidores de cine*.

4.1.2.

El uso de algoritmos en la determinación del precio

El nivel de transparencia resultante de la cesión de datos (intercambio de información) combinado con el uso de los algoritmos puede comportar un control recíproco de los precios o de la producción por parte de los competidores. Los algoritmos eliminan elementos de espontaneidad en el mercado y tienen por efecto precios supra-competitivos. Así ocurrió en el Reino Unido entre dos competidores de venta de posters y marcos *online* a través de la plataforma de Amazon. Ambas empresas acordaron no vender por debajo del precio del otro; para ello utilizaban un software que revisaba automáticamente los precios, los controlaba y ajustaba al competidor³⁸. En este caso los algoritmos eran utilizados no tanto (o no únicamente) para determinar el precio, cuanto para controlar el cumplimiento de una concertación previa colusoria y corregir cualquier desviación de dicho acuerdo.

Pero el efecto colusorio puede darse igualmente aunque no concurra dicha intención en los operadores económicos³⁹. No tiene que haber necesariamente una concertación expresa o tácita que encaje en el concepto «restricción de la competencia» (art. 101 TFUE) delimitado tradicionalmente por la jurisprudencia europea, en el sentido de que las empresas acuerdan eliminar su independencia o libertad de actuación económica⁴⁰. En estos casos es posible que no haya habido siquiera una concertación; cada operador, utilizando concretos algoritmos, que observan y analizan los datos históricos de precios de los competidores, fija los suyos propios y condiciona a su vez los de los rivales. Según la Comisión Europea, en el contexto del comercio electrónico, los distribuidores minoristas europeos ya comienzan a fijar sus precios en función de los establecidos por sus competidores, mediante el uso de desarrollos informáticos automáticos⁴¹.

De este modo provoca de forma *unilateral* la colusión (precios supra-competitivos)⁴², lo que dificulta *a priori* la aplicación del art. 101 TFUE y del art. 1 LDC, pues para su aplicación, estos preceptos requieren la concertación.

38 Case 50223, Decision of the Competition and Markets Authority, 12 August 2016.

39 AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE / BUNDESKARTELLAMT, *Competition Law and Data* (2016), pp. 14-15.

40 Así interpreta la jurisprudencia comunitaria la expresión «restricción de la competencia» del art. 101.1 TFUE. Vid. STJCE de 16/12/1975, *Suiker Unie*, ass. 40/73 a 48/73 y otros (párrf. 173), STJCE de 14/07/1981, *Züchner*, as. 172/80 (párrf. 13); STJCE de 28/05/1998, *Deere c. Comisión*, as. C 7/95 P (párrf. 86); STJCE de 08/07/1999, *Anic Partecipazione*, as. 49/92P (párrf. 116); y la Comunicación de la Comisión: «Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado» (párrafos 14 y 15).

41 Comisión Europea, *Report from the Commission to the Council and the European Parliament. Final report on the E-commerce Sector Inquiry*, COM(2017) 229 final, pp. 175-176.

42 HARRINGTON, *Developing Competition Law for Collusion by Autonomous Artificial Agents* (2017), [<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3037818>].



Ahora bien, si los competidores utilizan modelos similares, tomando conciencia de que actúan en la misma línea, la conducta podría subsumirse bajo el tipo «práctica conscientemente paralela»⁴³ (art. 1 LDC).

Las autoridades de control de la competencia deberán prestar atención a aquellos proyectos, cada vez más habituales, en los que se desarrollan y diseñan soluciones avanzadas en torno a los Big Data, para todo (o una parte importante) de un sector económico. En el territorio del País Vasco existen ejemplos de esta clase de proyectos, como Boost 4.0 del grupo industrial vasco INNOVALIA, que tiene por objeto mejorar la competitividad de la automoción a través del Big Data⁴⁴, y que debe contemplar la innovación desde un punto de vista global. Y es que ningún sector de actividad está libre de impacto en materia de utilización al límite de los datos. Desde luego, el sector industrial, que se encuentra precisamente en estos momentos en lo que se ha dado en denominar la cuarta revolución industrial, la Industria 4.0, no es una excepción, y cuenta también con importantes referentes tecnológicos que están en pleno proceso de expansión de lo que se conoce como las plataformas de IoT industrial⁴⁵, como pueden ser Microsoft Azure, Predix de General Electric, Amazon Cloud Services, o MindSphere de Siemens.

Tratándose de una alianza entre posibles competidores de la industria, hay un elevado riesgo de intercambios de información en el sentido que se ha explicado y que facilitan la realización de conductas anticoncurrenciales prohibidas por la Ley. Sería positivo que en el marco de la colaboración se acordaran protocolos de prevención y directrices para preservar el cumplimiento el Derecho de la competencia entre las empresas participantes y las que, finalmente, tengan acceso a las soluciones tecnológicas desarrolladas.

4.1.3.

Las condiciones generales de la contratación en el sector financiero

Ha sido práctica común en el sector financiero impedir, a empresas de pago *online* que no son entidades de crédito tradicionales, el acceso a la información necesaria para realizar pagos de sus clientes. En concreto en Alemania, la conducta fue objeto de un expediente ante el *Bundeskartellamt* que declaró su ilicitud conforme a la legislación de la competencia alemana⁴⁶.

43 EZRACHI/STUCKE, *Algorithmic Collusion: Problems and Counter-Measures*, OECD Competition Committee on 21-23 June 2017 [DAF/COMP/WD(2017)25], pp. 3 y 10-11.

44 Referencia del proyecto BOOST 4.0, de Innovalia: <http://innovalia.org/news/el-grupo-vasco-innovalia-lidera-el-proyecto-boost4-0-una-iniciativa-de-20-me-para-mejorar-la-competitividad-del-sector-automocion-a-traves-del-big-data/>

45 Internet of Things Industrial.

46 https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/05_07_2016_Sofort%C3%BCberweisung.html 1/

El Comité de la Industria Bancaria Alemana y sus asociaciones bancarias, la Asociación Nacional de Bancos Cooperativos Alemanes (*Bundesverband der Volks- und Raiffeisenbanken eV, BVR*), la Asociación Alemana de Cajas de Ahorro (*Deutscher Sparkassen- und Giroverband eV, DSGV*) y la Asociación de Bancos Alemanes (*Bundesverband deutscher Banken eV, BdB*) acordaron el uso de términos y condiciones generales uniformes que incluían las «Condiciones especiales para la banca en línea». El uso de dichas condiciones era recomendado por las principales asociaciones bancarias a sus bancos miembros y de facto eran utilizados por todos los bancos activos en Alemania.

Tales condiciones generales preveían que, para la banca *online*, se impusiera a los clientes el uso del PIN de las características de seguridad personal (número de identificación personal) y TAN (número de autenticación de transacción). Los clientes de banca en línea no podían usar su PIN y TAN en sistemas de pago no bancarios. De este modo se impedía el acceso a sistemas de terceros, que incluyeran los denominados servicios de inicio de pago.

El efecto era obstaculizar el uso de soluciones de pago no bancarias (nuevos modelos de negocio *FinTech*) para la compra de bienes o servicios en Internet, que compiten seriamente con los servicios bancarios, dado su menor precio y mayor rapidez.

Los acuerdos o recomendaciones sobre condiciones generales de la contratación vienen expresamente previstos como conductas colusorias en los arts. 1.1 LDC y 101.1 TFUE. Conforman el tipo porque eliminan la independencia o libertad de actuación económica de los operadores económicos⁴⁷. Los empresarios que son parte en el acuerdo o destinatarios de la recomendación abandonan la determinación autónoma de su estrategia comercial, eliminando elementos de espontaneidad en el mercado⁴⁸. En definitiva, un acuerdo o recomendación que tenga por objeto la homogeneización y aplicación general de condiciones generales en los distintos contratos individuales que los asociados firmen con sus clientes constituye un supuesto de colusión según los términos de la legislación *antitrust*⁴⁹. Cuestión distinta es que a pesar de sus efectos restrictivos, las condiciones uniformes puedan tener también efectos beneficiosos, de tal manera que la prohibición del cártel resulte inaplicable, disfrutando de una exención. En tal caso, el acuerdo devendría lícito. Pero en el supuesto de la banca alemana, en relación con las condiciones de la banca *online*, el *Bundeskartellamt* declaró su carácter restrictivo y su ilicitud, sin que se encontrara suficiente justificación a la medida en el argumento de la seguridad cibernética.

47 Así interpreta la jurisprudencia comunitaria la expresión «restricción de la competencia» del art. 101.1 TFUE. Vid. STJCE de 16/12/1975, *Suiker Unie*, ass. 40/73 a 48/73 y otros (párrf. 173), STJCE de 14/07/1981, *Züchner*, as. 172/80 (párrf. 13); STJCE de 28/05/1998, *Deere c. Comisión*, as. C 7/95 P (párrf. 86); STJCE de 08/07/1999, *Anic Partecipazione*, as. 49/92P (párrf. 116); y la Comunicación de la Comisión: Comunicación de la Comisión – Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (DO n° C 11 de 14/01/2011).

48 Res. TDC 19/07/1996, Exp. A 153/95, *Rajolers de Catalunya*.

49 Cfr. en relación con la *GWB*, P. ULMER, «Erfahrungen mit dem AGB-Gesetz», *BB* 1982, p. 587. En el contexto de la legislación española, Díez ESTELLA, en MASSAGUER/SALA ARQUER/FOLGUERA/GUTIÉRREZ, *Comentario a la Ley de defensa de la competencia*, Madrid, 2008, Art. 1, p. 60.



Por su parte, la Comisión Europea ha anunciado el inicio de inspecciones a otras asociaciones bancarias sobre esta misma cuestión en otros Estados miembros (Polonia y Países Bajos), a pesar de que los clientes habían otorgado su consentimiento⁵⁰.

La nueva Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, sobre servicios de pago en el mercado interior, contemplan nuevas normas que abre el mercado a los proveedores de soluciones de pago no bancarias. Las entidades de crédito tradicionales están ahora obligadas a permitir el acceso de terceros a la información financiera de sus clientes, siempre que exista un consentimiento del titular de la información y que el tercero disponga de la autorización administrativa preceptiva como entidad de pago, distinta a la de entidad de crédito. La incorporación de la Directiva al ordenamiento jurídico español está todavía pendiente, existiendo por el momento un Anteproyecto de Ley del mercado de servicios de pago⁵¹.

4.2. El posible abuso de posición de dominio

Conforme al Derecho de la competencia, se entiende que una empresa está en posición de dominio cuando disfruta de una posición tal en el mercado que le permite comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores (SSTJUE de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche/Comisión*, as. 85/76; de 2 de abril de 2009, *France Télécom/Comisión*, C 202/07 P, de 14 de octubre de 2010, *Deutsche Telekom/Comisión*, as. C-280/08 P). La posición de dominio no está prohibida, sólo el abuso de ella. Ahora bien, sobre la empresa dominante recae una responsabilidad mayor que sobre la empresa que no lo está.

Como se viene describiendo, son diversas las prácticas que pueden utilizarse en materia de consolidación de una empresa que ha llegado a adquirir una posición dominante en el mercado. Muchas de los agentes económicos tecnológicos que controlan diferentes mercados (ej. de búsqueda, de redes sociales) debido al número de usuarios, a las altas barreras de entrada existentes y a la limitada capacidad de sustituibilidad que presentan el resto de competidores, sumado al control de los datos que obtienen a través de la prestación de sus servicios (los datos son la moneda de cambio), aprovechan esta situación de facto para afectar mercados conexos en su propio favor.

La Autoridad alemana de la competencia (*Bundeskartellamt*) ha acusado a Facebook, partiendo de una posición de dominio en el mercado de las redes sociales en territorio alemán, de some-

50 European Commission, «Antitrust: Commission confirms unannounced inspections concerning access to bank account information by competing services», Press Release, 6 October 2017.

51 Se puede consultar el texto en la web del Ministerio de Economía y Empresa: http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/ministerio/participacion_publica/audiencia/ficheros/ECO_Tes_171222_AP_Ley_transposicion_PSD2.pdf

ter a sus usuarios a condiciones generales de la contratación abusivas⁵². Si el usuario quiere acceder al servicio de la red social, debe cederle todos sus datos, sin discriminación, permitiéndole que los recopile ilimitadamente, utilizando webs o apps de terceros y combinándola con la cuenta de Facebook (se trataría de un contrato vinculado o *Tying Agreement*, por el que se subordina la celebración del contrato principal a la prestación de prestaciones suplementarias que por su naturaleza no guardan relación con el objeto de dicho contrato –art. 102 II.d) TFUE y art. 2.2.e) LDC). Por ejemplo, cuando el usuario entra en una web ajena a Facebook, pero en la que aparece embebido el botón «Me Gusta» de Facebook, se transmiten automáticamente todos los datos a esta red social; y ello aunque el usuario no presione el botón.

En definitiva, la estrategia tenía como principal objetivo monetizar datos personales mediante publicidad personalizada, viniesen de donde viniesen esos datos, y perteneciesen a quien perteneciesen. Mediante el contrato vinculado la empresa en posición dominante pretende extender su poder de mercado al mercado conexo⁵³ (en este caso, el de la publicidad).

En todo caso, la práctica llevada a cabo por Facebook en relación con la obtención de los datos ha sido declarada contraria a la Ley alemana de protección de datos⁵⁴. Como ya se indicó más arriba, también en España ha sido sancionada por la Agencia Española de Protección de Datos por infracción por una conducta similar⁵⁵.

En la misma línea, ha trascendido recientemente a través de una investigación de la cadena norteamericana CNBC el intento de Facebook de obtener los historiales médicos de sus usuarios, empleando para ello acuerdos con organizaciones médicas⁵⁶. Ello pone de manifiesto que un efectivo control de la protección de datos debe ser una de las herramientas para prevenir las conductas abusivas. La protección de datos y la protección de la competencia están íntimamente asociadas en el contexto tecnológico.

Otro claro ejemplo es el conocido caso Google. La Comisión Europea le sancionó en el año 2017 con una multa de 2.420 millones de euros por un abuso de posición dominante, para lo cual fue determinante el uso de datos⁵⁷. Según la institución comunitaria, a partir de la posición dominante de Google en el mercado de búsquedas de carácter general en internet (sus cuotas

52 Nota de prensa del Bundeskartellamt, de 19 de diciembre de 2017: http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2017/19_12_2017_Facebook.pdf?__blob=publicationFile&v=3

53 STS 481/2012, de 26 de julio de 2012.

54 Sentencia del Landgericht Berlin, de 16 de enero de 2018 [https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2018/02/12/facebook_lg_berlin.pdf]

55 Resolución AEPD 259/2018, de 2 de marzo, Procedimiento N° PS/00219/2017.

56 CNBC. Facebook sent a doctor on a secret mission to ask hospitals to share patient data: <https://www.cnbc.com/2018/04/05/facebook-building-8-explored-data-sharing-agreement-with-hospitals.html>

57 Nota de prensa de la Comisión Europea, de 27 de junio de 2017, *Antitrust: la Comisión Europea impone a Google una multa de 2,42 mil millones de euros por abuso de posición dominante como motor de búsqueda por dar una ventaja ilegal a su propio servicio de compras comparativas*: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_es.htm



de mercado en todos los países del EEE son superiores al 90 % desde al menos 2008) obtiene datos de los usuarios que puede utilizar para mejorar los resultados de su buscador y, a su vez, colocar sistemáticamente en un lugar destacado su propio servicio de compras comparativas (mercado conexo). Los servicios de compras comparativas rivales aparecen en la lista de resultados de búsqueda de Google según los algoritmos de búsqueda genérica de esta compañía. Google incluye diversos criterios en estos algoritmos, con el resultado de que los servicios de los competidores aparecen en peor posición. Según las investigaciones de la Comisión, el servicio competidor mejor situado, aparece por término medio solo en la cuarta página de resultados de búsqueda de Google. El propio servicio de compras comparativas de Google no está sometido a los algoritmos de búsqueda genérica de aquel, incluida la colocación en posiciones menos favorables.

Google decidió tomar medidas tras la sanción: éstas consistieron en crear un servicio de pujas en la que la empresa competiría con el resto para mostrar los resultados más relevantes (por volumen o margen de negocios) en la parte superior, que consta de diez casillas con la imagen y la descripción de cada artículo, tal y como hacen otros servicios (más tradicionales) de comparación de precios.

Especial impacto es el que tienen estas prácticas de abuso de posición dominante en las empresas emergentes, las start-ups, empresas que a menudo constituyen grandes oportunidades de innovación y crecimiento, tanto tecnológico como económico-empresarial y social. Recientemente, se ha informado de dos casos relacionados con Google y Apple, en los que Francia tomará medidas legales contra estas dos empresas por realizar prácticas abusivas aprovechándose de su posición dominante en el mercado. Estas medidas podrían ser multas de varios millones de euros, parecidas a otras multas impuestas anteriormente. A ambas empresas se les acusa por imponer precios a las empresas emergentes de Francia, cuyo objetivo es vender sus aplicaciones utilizando las plataformas de Google y Apple. El problema en este caso estriba en que Google y Apple no dejan a las pequeñas empresas elegir los precios de sus aplicaciones; son ellas dos las que eligen los precios de venta de los productos de sus plataformas⁵⁸.

Pero el caso que más repercusión ha tenido últimamente en torno a Google ha sido la reciente decisión de la Comisión Europea por la que le impone una multa de 4.343 millones de euros, por la estrategia global llevada a cabo para consolidar su posición dominante en el mercado de búsqueda en internet, en especial en la internet móvil. Según la institución comunitaria⁵⁹, la conducta de Google ha consistido en:

- 1.** Obligar a los fabricantes a preinstalar la aplicación Google Search y el navegador Chrome como condición para conceder la licencia de su tienda de aplicaciones, Play Store. Se

58 El Correo. Informe sobre la demanda que le impondrá Francia a Google por prácticas abusivas de posición dominante: <http://www.elcorreo.com/tecnologia/empresas/francia-demandara-google-20180314131628-ntrc.html>

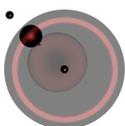
59 Comunicado de prensa de la Comisión Europea, de 18 de julio de 2018: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4581_es.htm

estaría ante un nuevo supuesto de *Tying Agreement* o contrato vinculado. Google tiene una posición dominante en el mercado mundial (excluida China) de las tiendas de aplicaciones para el sistema operativo móvil Android. La tienda de aplicaciones de Google, Play Store, representa más del 90% de las aplicaciones descargadas en los dispositivos Android. Este mercado se caracteriza por importantes barreras de entrada fruto del efecto de la red internet: cuantos más usuarios utilizan un sistema operativo móvil inteligente, más desarrolladores preparan aplicaciones para ese sistema, lo que, a su vez, atrae a más usuarios. Por otro lado, el gran competidor (la tienda de aplicaciones de Apple) no le afecta sobremanera ya que sólo está disponible para dispositivos que funcionan con el sistema operativo iOS.

- 2.** Realizar pagos a determinados grandes fabricantes y operadores de redes móviles a condición de que preinstalaran exclusivamente la aplicación Google Search en sus dispositivos; e
- 3.** Impedir a los fabricantes que deseaban preinstalar aplicaciones de Google vender un solo dispositivo móvil inteligente que funcione en versiones alternativas de Android no aprobadas por Google («bifurcaciones de Android»). Android es un sistema operativo móvil inteligente con licencia. En 2005 Google compró el desarrollador original de este sistema, por lo que controla Android y con ello el mercado mundial (excluida China) de los sistemas operativos móviles inteligentes con licencia, con una cuota de mercado superior al 95%. En este mercado existen importantes barreras de entrada debido en parte a los efectos de red: cuantos más usuarios utilizan un sistema operativo móvil inteligente, más desarrolladores preparan aplicaciones para ese sistema, lo que, a su vez, atrae a más usuarios.

Más allá de los efectos anticoncurrenciales que la conducta de Google tiene en el desarrollo e innovación tecnológica, por lo que se refiere a la utilización masiva de datos que a este estudio interesa, estas prácticas han tenido y tienen efectos muy nocivos en el mercado de los motores de búsqueda competidores (basados en la recopilación y tratamiento de datos), pues las nuevas empresas se encuentran con barreras de entrada artificiales creadas por Google. Según la Comisión Europea, los resultados restrictivos de la competencia se pueden resumir del siguiente modo:

- a.** las prácticas de *Tying Agreement* garantizaron la preinstalación del motor de búsqueda y el navegador de Google en prácticamente todos los dispositivos Android de Google;
- b.** los pagos por exclusividad tuvieron un fuerte efecto disuasorio para preinstalar motores de búsqueda competidores;
- c.** se generaron trabas al desarrollo de bifurcaciones de Android, que podrían haber proporcionado una plataforma para que los motores de búsqueda rivales obtuvieran tráfico;
- d.** los motores de búsqueda competidores de Google se encontraban con dificultades para obtener más datos de los dispositivos móviles inteligentes, incluidos datos de búsqueda y localización móvil.



En definitiva, todo un proceso para asegurar y reforzar la posición dominante de Google en el mercado de buscadores, limitando una competencia efectiva.

Requiere una valoración aparte la discriminación de precios por parte de la empresa en posición de dominio. La normativa antitrust considera abuso y prohíbe al agente económico dominante que aplique, en las relaciones comerciales o de servicios, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, de tal manera que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros (art. 102 II.c) TFUE y art. 2.2.d) LDC). Conforme a la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la discriminación de precios no es por sí sola abusiva, se requiere un análisis concreto del caso que determine si la aplicación diferenciada del precio es idónea para alterar las condiciones de competencia (*more economic approach*) (STJUE de 6 de septiembre de 2017, as. C-413/14 P, *Intel*).

Por último, la explotación de la dependencia económica en las redes de distribución en el entorno digital también puede ser calificada como abuso de posición dominante. El pequeño comercio, que inicialmente ve una buena oportunidad en el hecho de integrarse en la gran plataforma online de distribución, ha manifestado algunas quejas por la estrategia seguida por Amazon en relación con los productos de aquél⁶⁰. Así por ejemplo, recabando información de muchos proveedores, llega a conocer cuáles son los productos más vendidos en distintos períodos del año, se aprovisiona de stock para ese momento y, según las denuncias, impide que el producto del pequeño comerciante se venda, pues en la plataforma el usuario sólo tiene acceso al de la propia Amazon.

4.3. El falseamiento de la competencia por actos desleales en torno al uso de datos

Algunas de las conductas que se imputan a las empresas que recopilan y usan datos podrían ser calificadas de actos desleales en el sentido de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal. Pero no siempre comportan un ilícito *antitrust*. Para que una práctica pueda ser calificada de actos de competencia desleal que falseen la competencia debe afectar al interés público (art. 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo entiende, acorde con el carácter de norma de orden público de la LDC, que se da la afectación del interés público cuando la conducta distorsione gravemente las condiciones de competencia en el mercado (sentencias de 8 de marzo de 2002 –RJ 2002, 2615– de 20 de junio de 2006 –RJ 2006, 3542– y de 8 de julio de 2011 –RJ 2011,255426–).

60 Valga de ejemplo, <https://www.4webs.es/blog/amazon-la-gran-mentira-los-vendedores>

Por su parte, la que fuera Comisión de Defensa de la Competencia, en su Resolución de 17 de septiembre de 2013, consideró que los actos desleales falsean la libre competencia cuando afectan a la capacidad de competir de otras empresas o alteran el funcionamiento del mercado limitando dicha capacidad y, por tanto, afectando al interés público.

Así pues, el interés público queda afectado cuando las consecuencias, reales o potenciales para la competencia de una conducta son notorias, relevantes o de importancia cualitativa, ya que afectan o pueden afectar a la implantación o al mantenimiento de la libre competencia en el mercado en cuestión. Para analizar la concurrencia del presupuesto de la afectación al interés público, se deben tener en cuenta factores como la naturaleza de la conducta, la estructura del mercado, el bien o servicio afectado, etc.; es decir, el contexto jurídico y económico afectado, de suerte que si tras este análisis no se aprecian indicios de que la conducta sea apta para falsear la competencia efectiva, resulta superfluo que se realice una calificación jurídica de la conducta desde la óptica del Derecho contra la competencia desleal, ya que no concurre el presupuesto del ilícito *antitrust* (Resolución de 15 de diciembre de 2011 exp. n.º S/0350/11 - Asistencia en Carretera y Resolución de la Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana de 30 de julio de 2015 (Expte. SAN 6/2014, Asociación Agencias de Viaje/Renfe).

4.3.1.

Supuestos de actos de engaño mediante el uso de datos

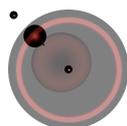
Ajustar y modificar el precio atendiendo al de los productos de las empresas rivales es práctica común utilizada por las empresas más grandes en compra-venta de productos en Internet. Este podría ser el caso de Amazon. Según un estudio privado⁶¹, en el procedimiento de fijación de sus precios, busca e identifica los productos más demandados en cada momento y, una vez obtenidos, los venden a un precio más bajo que las empresas rivales. Para ello, se utiliza un potente algoritmo que escanea absolutamente todos los productos que se venden en la web y que tienen en sus tiendas on-line. Si una o varias páginas webs bajan el precio un día por el motivo que sea, el precio del mismo producto en la gran plataforma comercial baja automáticamente. De esta manera, le permite vender el producto al precio más alto posible hasta que la competencia lo baja. En principio, la conducta no es reprochable desde el punto de vista de Derecho de la competencia. Pero en el caso de que una plataforma de estas dimensiones no aplicara la política de precios bajos a todos sus productos, sino fundamentalmente a los más demandados (mientras sube los precios de otros productos menos populares), crearía una falsa sensación de ser la opción más barata del mercado online. Tal conducta sí podría constituir un ilícito concurrencial.

61 El estudio sobre el índice de percepción de precios en torno a los distribuidores *online* se atribuye a la consultora Boomerang Commerce:

<https://www.prnewswire.com/news-releases/boomerang-commerce-introduces-price-perception-index-for-online-retailers-300019677.html>

<https://www.cnbc.com/2015/01/13/how-amazon-tricks-you-into-thinking-it-always-has-the-lowest-prices.html>

<https://www.recode.net/2015/1/13/11557700/how-amazon-tricks-you-into-thinking-it-always-has-the-lowest-prices>



Debería determinarse si una práctica como la descrita llevada a cabo por una empresa de distribución comercial digital y con efectos en territorio español comporta una afectación del interés público, en atención a su impacto económico. Y ello porque la práctica en sí podría ser calificada de acto de engaño, y por tanto desleal, desde el punto de vista de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal (art. 5), en la medida en que induzca a error a los consumidores sobre el nivel de precios de su tienda *online* siendo susceptible de alterar su comportamiento económico.

4.3.2.

La infracción de la normativa de protección de datos

Más arriba se ha expuesto que Facebook y Whatsapp han sido recientemente sancionadas por la Agencia Española de Protección de Datos, por sendas infracciones graves de la Ley Orgánica de Protección de Datos: a Whatsapp por comunicar datos a Facebook sin haber obtenido un consentimiento válido de los usuarios, y a Facebook por tratar esos datos para sus propios fines comerciales sin el preceptivo consentimiento (Resolución AEPD 259/2018, de 2 de marzo, Procedimiento N^o PS/00219/2017). Debe valorarse si la conducta de estas empresas, especialmente la de Facebook, puede tener por efecto una afectación del interés público en el sentido previamente descrito.

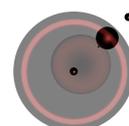
En caso afirmativo, sí habría una infracción del art. 3 LDC pues se trataría de un supuesto del artículo 15 de la Ley 3/1991, de 10 de enero de competencia desleal, que establece:

1. Se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa.
2. Tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial.

La Sentencia del Tribunal Supremo n^o 304/217, de 17 de mayo de 2017 resume el sentido de esta norma:

La finalidad común de los apartados primero y segundo del art. 15 de la Ley de Competencia Desleal consiste en reprimir aquellas infracciones normativas que supongan una alteración ilegal del punto de partida en que inicialmente se hallan todos los competidores. Serán reprochables, desde el punto de vista de la competencia desleal, las infracciones normativas que afecten la situación de igualdad inicial de los competidores y que faciliten al infractor una ventaja competitiva de la que carecería si se hubiese atendido, como lo hicieron otros competidores, al estricto cumplimiento de las diferentes normas reguladoras de su actividad. Por tanto, la deslealtad reside en ambos casos en la obtención de una ventaja competitiva significativa mediante la infracción de normas.

No se protege propiamente la libre competencia, porque es posible que las normas concurrenciales que se infrinjan regulen un mercado intervenido. Se protege la igualdad de los concurrentes, que deben actuar en igualdad de condiciones y no desde posiciones concurrenciales aventajadas, obtenidas por la infracción de las normas reguladoras del mercado (en el caso de la conducta prevista en el art. 15.2 de la Ley



de Competencia Desleal), respecto de aquellos concurrentes que sí respetan las exigencias de tales normas.

6. Por consiguiente, la ausencia de una referencia específica en el apartado segundo del art. 15 de la Ley de Competencia Desleal a la ventaja competitiva significativa, que sí se contiene en el apartado primero, no debe entenderse como indicativa de que cada uno de los apartados tiene un fundamento distinto. El fundamento de ambos apartados es común, la represión de la obtención de ventajas competitivas significativas mediante la infracción de normas. La diferente redacción de uno y otro, en cuanto a la exigencia de la prevalencia de la ventaja competitiva significativa, responde a que la mera infracción de una norma que no tiene por objeto la regulación de la actividad concurrencial no supone necesariamente una obtención de ventajas competitivas significativas, y de ahí que se introduzca en el texto del precepto esa exigencia.

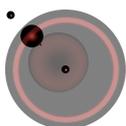
Por el contrario, cuando la norma infringida tiene por objeto la regulación de la competencia, dicho incumplimiento suele provocar en la inmensa mayoría de los casos una alteración automática de la *par condicio concurrentium* entre las empresas competidoras en un mismo mercado y es esto lo que determinará, por lo general, que el infractor incurra en una conducta desleal.

7. El apartado segundo del art. 15 de la Ley de Competencia Desleal no tiene por objeto reprimir el incumplimiento de obligaciones normativas reguladoras de la competencia por parte de los competidores concurrentes en el mercado, sino reprimir los efectos perjudiciales que para el mercado conllevan las infracciones de tales normas por parte de los competidores que participan en el mismo. En la sentencia 1348/2006, de 29 de diciembre, declaramos lo siguiente: “Hay que partir de la constatación de que, según la Ley de Competencia Desleal, la calificación como desleal de la infracción de una norma no es una suerte de sanción general añadida a la prevista por la norma vulnerada, sino que supone un ilícito distinto al de la ilegalidad de la actuación, al tiempo que una sanción distinta a la prevista en la norma vulnerada, y así lo entiende un amplio y autorizado sector de la doctrina y puede deducirse de alguna decisión de esta Sala (Sentencia de 13 de marzo de 2000)”.

8. En el caso de infracción de normas que no tienen por objeto la regulación de la competencia, prevista en el art. 15.1 de la Ley de Competencia Desleal, es preciso que se justifique adecuadamente que se ha producido una prevalencia de la ventaja competitiva significativa obtenida mediante la infracción de las normas, porque en principio tal circunstancia no es consecuencia natural de una simple infracción de ese tipo de normas, mientras que en el caso de la infracción de normas que tienen por objeto la regulación de la actividad concurrencial, se presume que tal infracción trae consigo la obtención de una ventaja competitiva significativa de la que puede prevalerse el infractor.

En este segundo caso, para excluir la deslealtad de la conducta será necesario justificar adecuadamente la existencia de circunstancias excepcionales que motivan que, pese a la infracción de normas reguladoras del mercado, tal infracción no conlleva que el competidor obtenga y se prevalega de una ventaja competitiva significativa.

La normativa de protección de datos no es una norma de regulación de la actividad económica (su fin es la protección de la intimidad del individuo). Por tanto, se descarta la aplicación del art. 15.2 LCD. La infracción de esta norma caería *a priori* en el ámbito de aplicación del art. 15.1



LCD. Para que se den los presupuestos de este tipo de deslealtad se deben dar los siguientes requisitos: que la infracción sea susceptible de generar una ventaja competitiva, que la empresa se pueda prevaler de dicha ventaja y que la misma sea significativa⁶².

Si Facebook ha mejorado sus prestaciones (la venta de datos personales a terceros) con la infracción de la normativa de protección de datos, resultando más atractivas para el mercado, cabrá concluir la inserción de la conducta en el tipo legal de deslealtad del art. 15.1 LDC. Para ello deberá comprobarse, y demostrarse, que la mayoría de los usuarios no habrían otorgado su consentimiento, en caso de estar debidamente informados de las consecuencias de suscribirse al servicio de Whatsapp. De lo contrario, la infracción *per se* no le habría otorgado una ventaja competitiva, pues sin infringirla el resultado habría sido el mismo.

4.3.3.

La infracción de la normativa del mercado de servicios de pago

La nueva regulación sobre el mercado de servicios de pago (la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, y la futura Ley española para su transposición) sí pueden ser consideradas normas jurídicas que tienen por objeto la regulación de la actividad concurrencial, en el sentido del art. 15.2 LCD. Por tanto, su infracción constituiría un acto ilícito de deslealtad.

Así pues, si las entidades de crédito tradicionales no permitieran el acceso de terceros a la información financiera de sus clientes, siempre que exista un consentimiento del titular de la información y que el tercero disponga de la autorización administrativa preceptiva como entidad de pago (como ha ocurrido en otros Estados miembros de la Unión Europea⁶³), estarían incurriendo en un acto desleal del art. 15.2 LCD.

Si además dicha práctica fuera seguida por entidades financieras con capacidad suficientes para afectar al interés público (cuando las consecuencias, reales o potenciales para la competencia de la conducta son notorias, relevantes o de importancia cualitativa, ya que afectan o pueden afectar a la implantación o al mantenimiento de la libre competencia en el mercado en cuestión), se estaría ante una infracción del artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia.

62 ALFARO, «Competencia desleal por infracción de normas», *Revista de Derecho Mercantil*, 202(1991) pp. 679-683.

63 Vid. supra apartado 4.1.3.

5. CONCLUSIONES

La recopilación y el análisis de cantidades ingentes de datos mediante recursos tecnológicos están suponiendo una nueva revolución social y económica, que afecta a la libertad individual y al comportamiento económico del ser humano. Desde una perspectiva empresarial, no hay sector económico alguno que escape de sus efectos. En concreto y por lo que se refiere al territorio de País Vasco, el impacto será especialmente significativo en aquellos sectores de los que se nutre su economía: el sector industrial, el comercio al por menor y el sector financiero, si bien las diferentes características de cada uno requiere adoptar distintas soluciones y que pasan por una readaptación del negocio.

Para el proceso concurrencial, el fenómeno del uso masivo de datos tiene efectos ambivalentes. Puede favorecerlo y, a su vez, restringirlo. En este sentido, el nuevo escenario demanda una reflexión en conjunto de las políticas de la competencia de la Unión Europea y de los Estados Miembros, que busque un equilibrio entre el principio de eficiencia económica y las libertades individuales (tanto las estrictamente personales como las económicas). Para adoptar las medidas concretas acertadas va a ser necesario observar la realidad y recabar datos empíricos de los efectos, positivos y negativos, del uso masivo de los datos.

Con independencia de la existencia de alguna regulación específica (en concreto, sobre la protección de datos y sobre los servicios de medios de pago), el Derecho de la competencia es plenamente aplicable al nuevo escenario, sin perjuicio de que requiera un análisis caso por caso. Así las cosas, las instituciones tienen margen de actuación para hacer frente a los efectos perversos que para el mercado ya tiene este nuevo escenario. En este sentido, es recomendable:

- a.** reforzar el control del respeto a la normativa de protección de datos personales, no sólo por la protección de la intimidad y la libertad individual, sino también con el fin de evitar que su incumplimiento genere ventajas competitivas *desleales* en el mercado;
- b.** reforzar el control del respeto a la normativa de actividades que regulan el mercado, como las relativas a los servicios de medios de pago;
- c.** reflexionar sobre la regulación de los horarios comerciales físicos (*offline*) y establecer políticas de ayudas al pequeño comercio para que pueda competir con el negocio *online* abierto 24 horas diarias; y,
- d.** en el marco de las funciones de promoción de competencia, impulsar la elaboración de programas de prevención de prácticas restrictivas de la competencia entre los sectores empresariales en cuyo seno se utilicen modelos similares de algoritmos.

