

**La industria del dato y su relevante impacto en la
publicidad y en el derecho de la competencia:
Nuevos instrumentos de intervención
jurídico-administrativos.**

Asensio Navarro Ortega

Profesor Contratado Doctor

Departamento de Derecho administrativo,

Universidad de Granada

e.mail: asenavort@ugr.es

RESUMEN: El trabajo expone los instrumentos de regulación, vigilancia y supervisión que se vienen desarrollando en Europa desde el año 2016 y en el marco de la Estrategia Europea de Datos, para dar respuesta a las necesidades y cambios tecnológicos que introduce la industria del dato en nuestra sociedad. Conforme a esta idea, se analiza el carácter competitivo del dato y cuándo la captación, explotación o almacenamiento de datos puede vulnerar la competencia al generar una posición dominante del mercado.

A través de ejemplos, se explica el funcionamiento de la economía de datos, las nuevas metodologías de análisis que deben aplicar las agencias reguladoras e independientes, el sistema de responsabilidad asimétrica que se viene conformando en relación con las grandes empresas tecnológicas, y, en general, el impacto que tiene el dato, como fenómeno disruptivo, en las relaciones económicas y jurídicas del conjunto de los usuarios, las pequeñas y medianas empresas y las Administraciones públicas.

ABSTRACT: The paper sets out the regulatory, monitoring, and supervisory instruments developed in Europe since 2016 and within the framework of the European Data Strategy in order to respond to the needs and technological changes introduced by the data industry in our society. In line with this idea, it analyses the competitive nature of data and when data collection, exploitation, or storage can violate competition by generating a dominant market position.

Using numerous examples, it explains how the data economy works, the new analysis methodologies that regulatory and independent agencies must apply, the system of asymmetric responsibility that is taking shape concerning large technological companies, and, in general, the impact that data, as a disruptive phenomenon, has

on the economic and legal relations of users, small and medium-sized companies and public administrations as a whole.

PALABRAS CLAVE: *Big data*, Derecho de la competencia, publicidad, supervisión, Administración pública.

KEYWORDS: Big data, Competition law, advertising, supervision, and public administration.

I. INTRODUCCIÓN: LA INFERENCIA DE DATOS EN ENTORNOS MACROECONÓMICOS

El Big data, como fenómeno disruptivo, plantea desafíos de gran magnitud y diferente signo¹. Entre ellos, el riesgo regulatorio en defensa de la privacidad y los derechos de los consumidores y usuarios, a través, por ejemplo, de la búsqueda de sistemas menos invasivos de publicidad. O, el respeto a las reglas de funcionamiento del mercado, tan importantes para la defensa y protección de nuestro Estado social y de Derecho.

En efecto, la buena marcha del mercado constituye un estímulo más importante para la defensa del Estado del bienestar y la protección de los derechos individuales que otras muchas ocurrencias políticas. Por lo que su potencial restricción y desvirtuación por parte de grandes plataformas online, puede introducir fallos sistémicos de enorme repercusión. Desde una posición garante, la del Estado, la gestión y uso de los datos constituye un riesgo regulatorio que se proyecta incisivo sobre el interés general.

La evolución de los sistemas de clasificación, utilización, compartimentación y gobernanza de los datos; así como en el uso y desarrollo de espacios comunes para su reutilización, ayudan a desarrollar tecnologías preeminentes, que, como en el caso de la Inteligencia artificial, subrayan la importancia de este recurso.

No se trata de un fenómeno nuevo. El término *big data* se utiliza desde hace décadas para describir el manejo exponencial de volúmenes de información² que se

¹ Véase un completo y actualizado informe del tamaño y las tendencias del mercado de datos y de la economía de datos en el Unión Europea, en los resultados del nuevo estudio del Mercado Europeo de Datos 2021-2023 (European Data Market Study). Disponible, en: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/results-new-european-data-market-study-2021-2023> (julio, 2023). La economía digital se basa en la capacidad de sus operadores para generar y compartir información. El volumen de datos aumentará muy rápidamente de los 33 zettabytes generados en 2018 a los más de 175 zettabytes previstos para 2025. Esta masificación requiere de nuevas estrategias de racionalización y de reutilización, pues está previsto que la magnitud de este negocio alcance los 270.000 millones de euros de Producto Interior Bruto hasta el 2028.

² En 2013, el gigante tecnológico Google, procesaba más de 24 petabytes de datos al día, un volumen miles de veces superior al material impreso de la Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos

deducen de datos estructurados y no estructurados³. La potencialidad de esta herramienta depende de las conocidas como "3V": el tamaño de la muestra (*Volumen*), la complejidad de la información (*Variabilidad*) y la rapidez de flujo (*Velocidad*) que tienen estos datos como objeto de inferencia para racionalizar y segmentar la información en sectores específicos⁴.

La optimización de los algoritmos (que se nutren principalmente de datos) permite mejorar la capacidad de respuesta y alcanzar un mejor funcionamiento para adoptar decisiones. Cuantos más datos y de mayor calidad se obtengan, mejores oportunidades surgirán para optimizar estos sistemas. Por ello, los datos, se erigen en un factor de competitividad; su uso abusivo puede incrementar la brecha digital y vulnerar la competencia. Las agencias y autoridades independientes deben trabajar para potenciar las ventajas que nos brinda la industria del dato. Proporcionando recursos para el desarrollo de tecnologías complementarias como la Inteligencia artificial, o el Internet de las cosas; pero, también, deben vigilar y supervisar sus riesgos operativos.

La economía de los datos ha sido definida por la Comisión Europea como una parte de la economía en la que los negocios se basan, en su totalidad, o en gran medida, en la utilización y el uso de datos de diferentes maneras, garantizando que los datos sean accesibles y utilizables⁵. Ello obliga a los poderes públicos a intervenir, decididamente, para garantizar este acceso. Conforme a dos enfoques que no siempre resultan compatibles: en primer lugar, regulando el dato como el *factótum* de la nueva economía, en la medida en que se erige en un instrumento generador de riqueza y brinda oportunidades económicas. En segundo lugar, a través del ejercicio de las potestades de vigilancia, supervisión y control⁶ que tiene la Administración para evitar prácticas abusivas en el tratamiento y gestión de los datos. Estos dos objetivos, legítimos, no se pueden convertir, por el contrario, en un doble rasero que imponga

de América, la más grande del mundo. Vid. MAYER-SCHÖNBERGER, V. & CUKIER, K.: *Big data la revolución de los datos masivos*, Ed. Turner, Madrid, 2017, pag.19.

³ Los datos estructurados son aquellos que pueden ser ordenados y procesados por programas estadísticos y de minería de datos. Los datos no estructurados son aquellos que no tienen una estructura interna identificable y constituyen conglomerados masivos y heterogéneos tales como textos, páginas de Internet, archivos en formato pdf, audio, video, etc.

⁴ Junto a éstos, se pueden sumar otras características que le confieren valor al dato: la veracidad, fiabilidad, el segmento económico en el que operan, la interoperabilidad, el valor comercial.

⁵ Esta "economía de los datos" debe actualizar el marco regulador de los datos personales y de los datos no personales, y redefinir los objetivos de la Agenda Digital de la Unión Europea. Cfr. ESCRIBANO CAÑAS, B.: "Dos proyectos de Reglamento europeos mantienen en vilo a la llamada economía de los datos de la Unión", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 937, Cizur Menor, 2018.

⁶ Para un estudio completo de esta cuestión, vid. PAREJO ALFONSO, L.J.: *La vigilancia y la supervisión administrativas: un ensayo de su construcción como relación jurídica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 41 y ss.

una distinta *vara de medir*. Ello obliga a reformular ciertos planteamientos clásicos del derecho de la competencia y a actualizar las metodologías descriptivas en las que se basa el análisis de los servicios de "coste cero", donde la gestión de datos masivos (metadatos) tiene especial interés.

La relevancia de los datos como industria ha sido definida de forma axiomática e ingeniosa: *materia prima para los negocios* como otrora lo fueran el capital y el trabajo⁷, *petróleo del s. XXI, piedra angular de nuestro tiempo o nueva alquimia*. Su significado se puede medir desde múltiples magnitudes; y desde muy distintitos ángulos, cual es la relevancia del dato y cómo impacta en nuestras vidas⁸. Desde una vertiente económica, jurídica, filosófica, democrática, política o social. Pero hay una definición que, a mi juicio, resulta clarificadora. La que demuestra su utilidad práctica y su genealogía. En este sentido, la ingeniería de datos, como proceso de cognición, es ese instrumento que nos permite "escanear" la realidad y "ver, de verdad, aquello en lo que se cree" (*seeing what you believe*)⁹.

En las páginas que siguen nos afanamos en describir los nuevos instrumentos de regulación aprobados en la industria del dato, tratando de anticipar cual sería la respuesta administrativa frente a determinadas prácticas que pueden falsear la competencia.

II. EL DATO COMO FACTOR DE COMPETITIVIDAD: IMPLICACIONES DISRUPTIVAS Y MUTACIONES ECONÓMICAS

La economía digital se basa en la capacidad de sus operadores para generar y compartir información. La digitalización, sin embargo, está trayendo ganadores y perdedores. Desde un punto de vista epistemológico, pero también teleológico, quien adquiera mayor conocimiento, será capaz de conquistar más espacio. Los datos son información, pero también "ocupan" un espacio. Porque la información glosada y contrastada deriva en conocimiento. Por ello, es preciso adaptar el esquema de la competencia a las "nuevas reglas" de la economía de datos, para instar una mayor convergencia entre empresas.

Las agencias y autoridades independientes de la competencia deben trabajar para potenciar las ventajas y las tecnologías asociadas a la industria de datos (como la

⁷ Vid. KENNETH C.: 'Data, data everywhere' The Economist (London, 25 February 2010): <http://www.economist.com/node/15557443> (julio, 2023).

⁸ Vid. CRÉMER, J. et al.: Competition policy for the digital era, Directorate-General for Competition, European Commission, Brussels, 2019.

⁹ Vid. DEVIN, C. et al.: "The law and big data", Cornell Journal of Law and Public Policy, Vol. 27, núm. 357, 2017, págs. 375 y ss.

Inteligencia artificial, o el Internet de las cosas); pero, también, deben supervisar sus riesgos operativos y regulatorios.

Un ejemplo elocuente lo encontramos en el sector de la publicidad. La optimización de algoritmos permite a las empresas desarrollar soluciones innovadoras para mejorar y optimizar un producto. O a la hora de venderlo. La mayor y mejor información de los hábitos e intereses de los consumidores permite, no sólo, reducir costes o mejorar el producto. Sino ofertar el producto de forma mucho más eficiente y exitosa, segmentando el mercado, eligiendo los mejores horarios de publicidad, los medios en que publicitarse, las estrategias de mercadotecnia... Es un proceso, además, iterativo, que permite, de nuevo, con esta ventaja, abrir nuevas ventanas de oportunidades: obtener nuevos flujos de información, crear un perfil depurado del cliente, rediseñar el producto, ajustar el precio, optimizar los canales de distribución, reducir costes, redefinir la publicidad, etc. Esta asimetría informativa puede llegar a falsear la competencia, transformando la persuasión en una "aprehensión perceptiva"¹⁰.

La estrategia comercial mejora a medida que mejora el algoritmo, que se nutre de datos para tomar mejores decisiones. Su monitorización se sustenta en parámetros e interpretaciones verificadas que mejoran el comportamiento del sistema. Es decir, cuantos más datos y de mayor calidad obtenga el algoritmo, más garantías de éxito tendrá.

El diseño algorítmico y los motores de búsqueda, por otro lado, reducen o potencian la visibilidad de los servicios y productos rivales y puede inhibir la competencia o favorecer prácticas colusorias frente a terceros, alterando el comportamiento del consumidor; por ejemplo, cuando un motor de búsqueda muestra como mejor opción un producto aun cuando el precio del mismo producto competidor es más reducido.

La economía digital construye su propia lógica y hace plantearnos el *quántum admissible o tolerable* por encima del cuál es necesaria la intervención pública; conforme a un criterio dinámico de "*workable competition*" en el que la competencia no es perfecta; pero, sí, al menos, debe ser "practicable", para ofrecer alternativas reales a los usuarios.

Sea como fuere, el análisis clásico se deconstruye por el uso de datos dinámicos y trasciende a los parámetros tradicionales: análisis de precios, falseamiento de la competencia, abuso de posición dominante, conductas colusorias, ayudas públicas¹¹.

¹⁰ Sobre este particular, véase AA.VV.: Publicidad, defensa de la competencia y protección de datos, Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), 2010.

¹¹ El análisis clásico de la competencia se centra, sobre: 1) Los cárteles u otras conductas similares, traducidos en acuerdos informales entre empresas del mismo sector con el fin de reducir o eliminar la

Dichos planteamientos, obviamente, siguen siendo válidos. Pero deben ser reformulados. En función de si, por ejemplo, el “dato” se obtiene a través de un proceso tecnológico innovador; un uso excluyente o abusivo en su suministro; tiene o no tiene carácter competitivo; o, si se utiliza de forma abusiva o lesiva con respecto a terceros competidores.

A grandes rasgos, los expertos en derecho de la competencia se afanan en comentar esta realidad conforme a dos visiones contrapuestas: a) la de quienes consideran que el control y el manejo de grandes bancos de datos (*big data*) puede suponer una barrera de entrada en el mercado¹², por cuanto resulta un proceso tecnológico complejo que margina a otros operadores¹³; y, b) por otro lado, quienes se niegan a concebir el *Big data* como un fenómeno o amenaza que altera por sí mismo las reglas de competencia, tratándose más bien de un mito que se debe revisar y re-sistematizar¹⁴.

Esta segunda postura, más matizada, defiende la simultaneidad y accesibilidad del dato como instrumento que confiere la posibilidad de ser usado en distintos canales constituyendo un proceso tecnológico innovador que los operadores políticos, lejos de limitar, deben incentivar.

Independientemente de nuestra posición, más cercana al segundo enfoque, partimos de la necesidad -como sostiene la mejor doctrina¹⁵- de repensar el dato.

competencia fijando precios, limitando la oferta disponible, dividiendo el mercado, compartiendo beneficios; 2) Las deslealtades consistentes en el dumping de precios (vender a un precio inferior al coste final del producto), el engaño (hacer creer a los compradores que el producto tiene un precio diferente al real), la denigración (difundir información práctica sobre otros productos o competidores, o hacer comparativas no relevantes), la confusión (imitar a un competidor), la dependencia económica (exigir condiciones favorables al proveedor cuando la empresa es el principal cliente), la desviación de clientes y la explotación de la reputación ajena; 3) Las concentraciones de empresas (fusiones, adquisiciones y absorciones) cuando no respetan las normas de la competencia; 4) Las ayudas públicas, que pueden consistir en subvenciones, bonificaciones fiscales, préstamos blandos, garantías, participaciones de financiación riesgo en sociedades, entrega directa de bienes y servicios, etc.

¹² Vid. RUBINFELD, D. y GAL, M.: "Access Barriers to Big Data", *Arizona Law Review*, 2017. Disponible, en: <https://arizonalawreview.org/pdf/59-2/59arizrev339.pdf> (julio, 2023).

¹³ Vid. MAHNKE, R.: "Big Data as a Barrier to Entry", *CPI Antitrust Chronicle*, mayo de 2015. Disponible, en: <https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/Uploads/Mahnke2May-152.pdf> (julio, 2023)

¹⁴ Vid. KENNEDY, J.: "The Myth of Data Monopoly: Why Antitrust Concerns About Data Are Overblown", *Information Technology & Innovation Foundation*, marzo, 2017. Disponible, en: <https://www2.itif.org/2017-data-competition.pdf> (julio, 2023).

¹⁵ Véanse, entre otros, los siguientes trabajos: STUCKE y GRUNES: "Data-opolies" (2017), disponible en: ssrn.com/abstract=2927018 (julio, 2023); BALTO, D. A. y LANE M. C.: "Monopolizing Water in a Tsunami: Finding Sensible Antitrust Rules for Big Data", 2016, disponible, en: <https://ssrn.com/abstract=2753249> (julio, 2023); SOKOL, D. D. y COMERFORD, R.: "Antitrust and Regulating Big Data", 23, *George Mason Law Review*, 2016, pp. 1129 y ss; LERNER, A. V.: "The Role of Big Data in Online Platform Competition", 2014, disponible en: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2482780> (julio, 2023); NEWMAN, N.: "Antitrust and the Economics of the Control of User Data", *Yale Journal on Re-*

Un aspecto fundamental, como nos dicen SIVINSKI et. al.¹⁶, es separar el dato que añade eficiencia al producto, del dato que es inherente a la empresa que desarrolla la actividad y aparece indisoluble y consustancialmente ligado a su propiedad industrial o intelectual. En esta segunda aproximación, el dato se ajusta al estándar de innovación del producto que comercializa, por lo que, perfectamente, puede no cederse frente a terceros. La utilización del dato, en este caso, es un "derecho exclusivo" vinculado a su titular, igual que un modelo de utilidad o una patente, una marca, o un diseño industrial.

Esta regla, como es lógico, admite excepciones desde el punto de vista de los sectores estratégicos y de la actuación pública, como más adelante referiremos. Ello nos obliga a estudiar caso a caso, para determinar cuándo el uso del dato distorsiona las reglas de competencia y/o genera efectos indeseados en la protección de los consumidores y usuarios.

Como señalan una vez más SIVINSKI et. al, el desafío para los operadores jurídicos será discernir los casos que requieren de un escrutinio detallado, del grueso de situaciones en las que la propiedad y el uso de los datos son económicamente beneficiosos e impulsan la innovación, y son considerados como "competitivamente benignos"¹⁷. Para lograr este objetivo, se debe avanzar en una ordenación transparente, sobre dos puntos de referencia: primero, el impulso de un estándar de previsibilidad y seguridad jurídica sobre la noción del "gatekeeper", considerando a estas grandes plataformas tecnológicas como sujetos responsables; segundo, a través de la creación de mejores y más avanzados mecanismos de supervisión e interoperabilidad entre el sector público y privado, sin perder de vista la protección de la seguridad nacional y las libertades individuales del ciudadano.

El manejo de datos, como factor de competitividad, tiende a incrementar la brecha digital y puede vulnerar la convergencia. Desde esta perspectiva, el dato se

gulation, Vol. 30, No. 3, 2014; LUNDQVIST, B.: "Big Data, Open Data, Privacy Regulations, Intellectual Property and Competition Law in an Internet of Things World", 2016 disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2891484> (julio, 2023); TUCKER, D. S.; WELLFORD, H.: "Big Mistakes Regarding Big Data", Antitrust Source, 2014, disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2549044 (julio,2023); MANNE, G. A./SPERRY, B.: "The Law and Economics of Data and Privacy in Antitrust Analysis", 2015, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2418779> (julio, 2023); WOODCOCK, R.: "Big Data, Price Discrimination, and Antitrust", Hastings Law Journal, Vol. 68, 2017; COLANGELO, G y MAGGIOLINO, M.: "Data Protection in Attention Markets: Protecting Privacy Through Competition?", 2017, disponible, en: <https://ssrn.com/abstract=2945085> (julio,2023); BAMBERGER, K. A. y LOBEL, O.: "Platform Market Power", Berkeley Technology Law Journal, Vol. 32, No. 3, 2017.

¹⁶ Vid. SIVINSKI, G. et al: "Is big data a big deal? A competition law approach to big data", European Competition Journal, 2017, Vol. 13, núm. 2-3, 199-227, <https://doi.org/10.1080/17441056.2017.1362866>

¹⁷ Vid. SIVINSKI, G. et al: *Ibidem*.

convierte en un *input* para rentabilizar el producto que se comercializa, pero que tiene un valor económico en sí mismo. El negocio de los datos (*data business*) resulta exponencialmente más atractivo a medida que crece el número de usuarios¹⁸.

III. LA "MULTIDIMENSIONALIDAD" DE LA INDUSTRIA DEL DATO: PROBLEMAS ASOCIADOS A LA PUBLICIDAD Y A LOS SERVICIOS DE COSTE CERO

1. La industria del dato: *big changes & big challenges*

El rápido crecimiento a la hora de recolectar, almacenar, analizar y gestionar datos, unido a su escalabilidad y carácter intercambiable, convierte al dato en un activo capaz de transformar la naturaleza de las cosas, dinamizar los flujos comerciales y provocar cambios disruptivos a nivel global en sectores de la ciencia, las finanzas, las telecomunicaciones, la salud y el bienestar social, la seguridad, los hábitos de consumo, los procesos productivos, la energía, la transparencia informativa, el tráfico y los transportes, el respeto al medio ambiente, la banca, los seguros, la reputación empresarial, el marketing, o el consumo en masa, etc.¹⁹.

Más allá de los conflictos que provocan en sectores de inversión y mercado (*Single Market*), de la ciberseguridad, de la propiedad²⁰ o del binomio democracia-libertades individuales, tenemos dificultad para medir la trazabilidad y huella del dato²¹. Y es que, en una sociedad en la que, cada individuo, es capaz de generar, cada día, cantidades ingentes de datos, la defensa de la privacidad, la intimidad, el derecho al honor, el secreto de las comunicaciones, la propiedad intelectual e industrial, la libertad de expresión, la protección del pensamiento y la individualidad misma de la persona, cobran un sentido especial.

La minería de datos (*data mining*) o exploración de los datos (*data analytics*), en el campo de la computación, descubre patrones extraídos de grandes bases de datos tra-

¹⁸ Vid. NEWMAN, N.: "Search, antitrust, and the economics of the control of user data", *Yale Journal of Regulation*, 31, 2014, págs. 401 y ss.

¹⁹ Vid. SAMANIEGO, J.F.: "Big data" para desentrañar el futuro de Europa, 2018, disponible, en: <https://www.nobbot.com/big-data-en-europa/> (julio, 2023).

²⁰ Sobre este particular, véase ROSELLÓ RUBERT, F.M.: "Cloud computing para el pequeño empresario turístico: problemática contractual", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, num.49, Cizur Menor, 2019, en relación al hecho de que haya datos que no se encuentran bajo un control exclusivo del proveedor del servicio, sino que se encuentran bajo el control de un tercero, que dispone de los instrumentos técnicos necesarios para alojar la información y facilitar la prestación de estos servicios y los problemas que se pueden producir en la naturaleza jurídica del contrato.

²¹ En Microsoft/LinkedIn (Case Com./M.8124), la Comisión Europea considera la privacidad un elemento de igualdad.

tando de transformar información dispersa en conocimiento²². El desarrollo de estos sistemas plantea desafíos éticos y jurídicos, que se pueden resumir en los siguientes interrogantes, hoy en día, sin respuesta: ¿Cuáles son los límites tecnológicos? ¿qué niveles de automatización son deseables? ¿cuál es el régimen de responsabilidad al que se sujetan estas decisiones?²³

2. El valor estratégico del dato: mecanismos de supervisión, vigilancia y control administrativos

El "dato" mejora los sistemas de aprendizaje automático (*machine learning*) y sistemas de aprendizaje profundo (*deep learning*)²⁴ como el Internet de la Cosas, el *blockchain* o la inteligencia artificial. Asimismo, es capaz de crear tecnologías que manifiestan un comportamiento inteligente basado en la capacidad de analizar el entorno y decidir, con cierto grado de autonomía, para alcanzar metas y objetivos cuantificables, desarrollando innumerables avances (sistemas de reconocimiento facial o por voz, robótica avanzada, redes neuronales, vehículos autónomos, etc.).

Las nuevas tipologías de datos se enfrentan a sus propios desafíos de regulación. Su caracterización, permite diferenciar entre: los *metadatos*, que abarcan un espectro de actuación más amplio. Los *datos dinámicos*, que son relevantes tanto para el diseño de algoritmos en inteligencia artificial como para el desarrollo de ciudades inteligentes. O los *datos de alto valor económico*, de gran repercusión para el sector público, cuyo suministro, cuando se entienda de interés general, debe ser obligatorio, gratuito, legible de manera automatizada y en formatos que permitan la descarga masiva.

Estos últimos, de alto valor económico, por sus características técnicas, son susceptibles de generar pingües beneficios económicos, así como conducir al progreso social y medioambiental, pues tienen una función elemental en el diseño y dinamización de servicios innovadores y benefician a una ingente cantidad de empresas y sectores públicos y privados. Su manejo y utilización, como luego comentaremos, enfrenta decisiones y desafíos vinculados a las reglas de competencia.

En general, se pide a la "industria del dato" que las innovaciones tecnológicas respeten los "estándares democráticos", con la finalidad de que dichas innovaciones complementen al trabajo humano. En este proceso, es fundamental el control

²² Vid. MAIMON, O. y ROKACH, L.: *Data Mining and Knowledge Discovery Handbook*. Springer, New York, 2005.

²³ Sobre esta cuestión, vid. HERNÁNDEZ ESTEBAN, E.: "Inteligencia artificial y vehículos autónomos: el régimen de la responsabilidad civil ante los nuevos retos tecnológicos", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, num.48, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

²⁴ A este respecto, se puede consultar la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones, *Inteligencia artificial para Europa* [SWD (2018) 137 final].

que desarrollan las Agencias independientes con la aprobación de nuevos marcos de certificación en el caso de empresas que ofrecen soluciones digitales responsables. Asimismo, a través del asesoramiento y el ejercer de funciones inspectoras y sancionadoras en el marco de la nueva regulación. En este sentido, seguirá siendo decisiva la labor de las Agencias de Protección de Datos y de la Competencia, al tiempo que se crean nuevos organismos supervisores, como el Centro europeo de transparencia algorítmica (CETA) y la Agencia nacional de supervisión de Inteligencia Artificial, por citar algunos. También, dentro de un ámbito informativo, con el *Observatory of the Online Platforms Economy*, que deberá evaluar de forma independiente el grado de poder de mercado que adquieren ciertas plataformas²⁵.

3. Publicidad, *driven-innovation* y falsa gratuidad del dato

La innovación basada en datos o *data driven-innovation* (DDI) fomenta la creación de nuevos productos, servicios, procesos, métodos organizacionales y mercados, logrando modelos que tienen un valor comercial demostrado.

Las empresas transmiten una idea de falsa gratuidad del servicio (*freemium*) a cambio de recolectar datos que venderán a los anunciantes. Mediante esta práctica, las empresas compiten para la mejora de productos y servicios que son ofrecidos a precio reducido o precio cero²⁶. Estas empresas, sin embargo, sí comercian con los datos²⁷, con el objetivo de vender, otorgar licencias o distribuir datos a otras empresas, consumidores o intermediarios de datos.

Las autoridades de la competencia advierten sobre la complejidad que conlleva regular esta falsa gratuidad del servicio y han abierto procedimientos contra empresas por un abuso de posición dominante. La realidad es que un reducido número de empresas tecnológicas (*Big Tech firms*) almacena la mayor parte de los datos²⁸.

El crecimiento exponencial del flujo de datos obliga a los poderes públicos a regular el intercambio de datos en estos servicios de falsa gratuidad. Entre los retos a abordar, están: delimitar la responsabilidad asimétrica²⁹ en el uso y

²⁵ En este contexto, también encontramos los trabajos de la Comisión europea en relación con el Digital Services Act, al que más adelante nos referimos, y el Copernicus earth observation programme, para sustentar espacios de datos europeos pertinentes y ofrecer oportunidades de innovación.

²⁶ Sobre este particular, vid. SOKOL, D./COMERFORD, R.: "Does Antitrust Have a Role to Play in Regulating Big Data?", Cambridge Handbook of Antitrust, Intellectual Property and High Tech, Cambridge University Press, 2016, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2723693> (julio, 2023).

²⁷ Vid. GIL GONZÁLES, E.: Big data, privacidad y protección de datos, Ed. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2016, pág. 15

²⁸ Vid. ASBROECK, V. B & CÉSAR, J & DEBUSSCHE, J.: Big data-bigger contracts?, 2016, disponible, en: <http://www.digitalbusiness.law> (julio, 2023).

²⁹ Vid. REIG FABADO, I.: "La adaptación del Derecho de competencia europeo en la era digital: algunos aspectos de la propuesta legislativa para las grandes plataformas digitales", en CASTELLÓ PAS-

tratamiento de estos datos, la forma en que se debe realizar la transmisión automatizada de estos datos, o la de establecer estándares de seguridad en el contexto de las tecnologías emergentes y la interoperabilidad³⁰. A este respecto, son destacables los avances a nivel europeo, así como en relación con la libre circulación de datos transfronterizos que manejan las empresas multinacionales³¹, los procedimientos de anonimización de datos, el control de la publicidad, etc. En este contexto, juega un papel decisivo el régimen de los datos de alto valor³², así como el *data sharing* y la reutilización de información (desde el sector público al privado; y viceversa).

IV. LA ESTRATEGIA DE DATOS DE LA UNIÓN EUROPEA: UNA MIRADA A LA COMPARTICIÓN Y REUTILIZACIÓN DE DATOS DESDE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En febrero de 2020, la Comisión Europea publicó la Estrategia Europea de Datos (en adelante, EED)³³. El objetivo de este mega programa político es "crear una sociedad empoderada por el uso de los datos" y "construir un marco legal consistente en términos de protección de datos, derechos humanos, seguridad y ciberseguridad", con el propósito de "incrementar el uso y la demanda de datos y los productos y servicios basados en datos en todo el mercado único (*Single Market*)".

Para alcanzar este propósito, la Comisión Europea ha lanzado varias propuestas legislativas, que pretenden armonizar el marco legal fragmentado de la Unión Europea en esta materia, y plantear una transición digital y verde; a la vez que se promueven reglas más claras en defensa de la competencia. De este lado, destacamos ahora las cinco propuestas normativas (*Big Five*) surgidas en el marco de la Estrategia Europea de datos, de las que, muy brevemente, damos cuenta.³⁴

TOR, J.J. (Dir.): Desafíos jurídicos ante la integración digital: aspectos europeos e internacionales, Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), 2021, págs. 227-250.

³⁰ Vid. LUNDQVIST B: "Standardization for the Digital Economy; the issue of Interoperability and Access under Competition Law", *The Antitrust Bulletin*, 2017, Vol. 62, núm. 4, págs. 710-725.

³¹ Vid. VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: "Titularidad y responsabilidad en la economía del dato", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 46, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

³² Vid. VALERO TORRIJOS, J.: "El régimen jurídico de los datos de alto valor: dificultades y retos para su aplicación práctica", en VALERO TORRIJOS, J. y MARTÍNEZ GUTIERRES, R. (Dir.): *Datos*

³³ Vid. COM (2020) 66 final, A European Strategy for data. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European economic and social committee, and the Committee of the regions.

³⁴ Una explicación global de estas iniciativas, en: BRÄUTIGAM, T. et. al: *EU regulation builds a fairer data economy The opportunities of the Big Five proposals for businesses, individuals and the public sector*, Sitra Working Paper, PunaMusta Oy, 2022. Disponible, en: <https://www.sitra.fi/app/uploads/2022/06/sitra-cu-regulation-builds-a-fairer-data-economy.pdf> (julio, 2023).

1. El paquete de normas "Big Five": bases para una regulación integrada de los datos en Europa

La llamada "década digital" europea, en la que nos encontramos, está impulsado el crecimiento tecnológico y la digitalización (100 por ciento en el ámbito de los servicios públicos) con la creación de estructuras administrativas que acaben con la dispersión normativa. Precisamente, este es uno de los objetivos principales que se fija la EED de 2020, de la cual se derivan cinco iniciativas, vitales, que actúan coordinadamente: *Data Governance Act* (DGA) o Reglamento de Gobernanza de Datos; *Digital Markets Act* (DMA) o Ley de Mercados Digitales; *Digital Services Act* (DSA) o Ley de Servicios Digitales; *Artificial Intelligence Act* (AIA) o Ley de Inteligencia Artificial; y *Data Act* (DA) o Ley de Datos.

Estas iniciativas (algunas de ellas ya aprobadas y otras en fase última de aprobación) están diseñadas para apoyarse entre sí y lograr un marco que pueda servir de ejemplo (vid. infografía *ut infra*). Denotan un desplazamiento desde la protección de datos (hasta ahora, la principal y casi única preocupación de la Unión Europea) hacia otros ámbitos de intervención, como el uso efectivo de los datos en el mercado interior. Es decir, pretenden una liberalización del mercado basada en la mayor circulación y acceso (intercambio de datos) para las empresas, investigadores y administraciones públicas europeas, que genere un aumento de la productividad y de la competitividad, además de un mejor funcionamiento de los servicios públicos, agudizando el intercambio de datos. En este sentido, pretende garantizar términos y condiciones razonables, no discriminatorias y transparentes en el intercambio de datos, evitando que, por ejemplo, se compartan datos de distinta calidad; o regulando el cobro de la tarifa por la cesión de los datos, como forma de compensación, pero no de recopilación o producción de esos datos. Pero, sobre todo, este paquete de normas vigila el papel que tienen las grandes plataformas y operadores tecnológicos, con el objetivo de que los ciudadanos puedan tener un mayor control sobre sus datos³⁵.

³⁵ Todo ello, sobre la base de cuatro puntales: 1) regulación y gobernanza; 2) inversiones; 3) herramientas e infraestructuras tecnológicas; 4) Competencia y competitividad en el manejo de los datos.

DESARROLLO DE LA ESTRATEGIA EUROPEA DE DATOS DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LA BASE DEL MERCADO ÚNICO DE DATOS

Características/Nombre	Data Governance Act (DGA) o Ley de Gobernanza de Datos	The European Data Act Proposal (DA) o Propuesta de Ley de Datos europea	Digital Markets Act (DMA) o Ley de Mercados Digitales	Digital Services Act (DSA) o Ley de Servicios Digitales
Instrumento	Regulation (EU) 2022/168 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2022 on European data governance and monitoring Regulation (EU) 2018/1724 (Data Governance Act)	Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on harmonised rules on fair access to and use of data (Data Act) COM(2022) 68 final	Regulation (EU) 2022/1925 on online platform to assist Digital Markets Act (DMA)	Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act)
Objetivo	Determinar el marco de gobernanza para el acceso a los datos y su uso con el fin de clarificar el intercambio de datos y promover la disponibilidad de los mismos en diferentes sectores y industrias.	Promover nuevos derechos sobre los datos (que han de ser accesibles a todos y/o controlados) para fomentar las oportunidades de innovación basadas en datos. La disponibilidad de los mismos. Establecer la compatibilidad del mercado de datos, mejorando las condiciones de acceso a los mismos.	Regular el papel de los "gatekeepers" mediante el establecimiento de obligaciones específicas para ellos con el fin de promover un mercado más justo para las PYME.	Ordenar el comportamiento y los contenidos del comercio de datos mediante la creación de responsabilidades y obligaciones sancionables para los distintos proveedores de servicios en función de su papel, tamaño y campo en el ecosistema en línea.
Referencia	Conseguir que los datos del sector público estén disponibles para su utilización, facilitar el intercambio de datos con terceros y promover nuevos servicios de datos.	Introducir medidas que permitan a los usuarios de dispositivos conectados acceder a los datos generados por dichos mismos, cubriendo los costes relacionados con la transferencia y recibiendo el uso de dichos intercambios en compensación directa con sus productores. Igualar el poder de negociación de las partes para evitar desequilibrios contractuales en el mercado de intercambio de datos.	Promover la competencia, la igualdad en el mercado digital.	Reforzar la responsabilidad de la supervisión de los proveedores de servicios intermediarios. Reducir la capacidad productora ilegales.
A quién se dirige	Sector público, Servicios de intercambio de datos y Intermediarios	Organizaciones del sector privado, Organismos públicos e instituciones de la UE. Sectores administrativos de competencia en línea, otros datos generados por dispositivos conectados y servicios relacionados	Grandes plataformas en línea, servicios de intermediación en línea, redes sociales, motores de búsqueda, Mercados en línea y Servicios de publicidad.	Proveedores de servicios intermediarios. Redes sociales, Servicios de alojamiento y mercados en línea.
Obligaciones específicas	Tener en cuenta la confiabilidad y el intercambio de veracidad única para el sistema de datos	Nuevas normas sobre acceso y uso de datos por personas, Obligaciones de privacidad de datos, Evaluación del impacto de privacidad en el procesamiento de datos, Acceso a los datos por diseño, opt out	Transparencia, interoperabilidad y portabilidad de datos.	Obligaciones de información, gestión de riesgos y normas sobre publicidad en línea, mejorar transparencia e responsabilidad al captar atención, moderación de los contenidos.
Autoridad reguladora y control	Autoridad nacional, Consejo de Innovación de datos y el régimen sancionador	Normas probadas (probablemente) por la Comisión a través del Sistema Europeo de Notificación	Comisión Europea y Comité Consultivo de los Mercados Digitales. Sanciones de hasta 1% del volumen de negocio mundial y 20% de este volumen, por recalcitrar.	Autoridad nacional de supervisión (Coordinador de Servicios Digitales, la Comisión Europea y el Consejo Europeo de Servicios Digitales). Sanciones que pueden alcanzar el 6% de la facturación global.
				Proposal for a Regulation laying down harmonised rules on artificial intelligence (AIRIA) o Propuesta de Ley de Inteligencia Artificial

Destacamos ahora, por cuanto permiten establecer condiciones de competencia efectivas, dos de estas regulaciones: la Ley de Mercados Digitales (*Digital Markets Act*) y la Ley de Servicios Digitales (*Digital Services Act*).

La *Digital Markets Act* busca poner fin a las prácticas desleales de las empresas que actúan como guardianes de la economía de las plataformas en línea. Define la calificación de una gran plataforma en línea como "guardián", siendo las plataformas que brindan una puerta de entrada entre los usuarios comerciales y los consumidores.

Por su parte, el *Digital Services Act* (DSA) que ha entrado en vigor en agosto de 2023, permite a los consumidores y a las empresas destinatarias acceder a los datos de su dispositivo y utilizarlos para servicios posventa y de valor añadido, tales como el mantenimiento predictivo y el uso de publicidad. Los usuarios, al disponer de más y mejor información, (pensemos por ejemplo en agricultores, compañías aéreas, o propietarios de edificios, etc.) pueden tomar decisiones más sólidas para mejorar la eficiencia energética, por ejemplo.

La DSA introduce derechos tangibles al permitir a los ciudadanos denunciar los contenidos ilegales que encuentren en línea o impugnar cualquier decisión del proveedor de servicios de suspender o bloquear el acceso a contenidos que ellos mismos hayan publicado en línea. De tal modo que, estos ciudadanos deberán ser informados cuando se muestre un anuncio, saber quién está detrás de ese anuncio y conocer las formas en que se dirigen los anuncios para otorgarles la oportunidad de rechazar este tipo de publicidad en el futuro.

De forma contundente, la DSA realiza un marcaje a las plataformas en línea y a los motores de búsqueda, especialmente a los denominados *Very Large Online Platform* (VLOP), como *Facebook* y *Google*, que deben explicar a los usuarios por qué se recomiendan determinados productos o contenidos, revelando los parámetros que siguen sus algoritmos y sistemas de recomendación; y ofrecer a los usuarios como utilizar el servicio sin estas recomendaciones personalizadas. De este lado, incorpora obligaciones para favorecer que las plataformas en línea reduzcan los daños y contrarresten los riesgos en línea, generando un marco de transparencia y de responsabilidad en la utilización de estos datos para la comercialización de productos y el desarrollo de estrategias publicitarias. Así, en el caso de las plataformas en línea, deben de publicar el número de usuarios, siempre que alcancen un umbral promedio mensual de 45 millones de destinatarios del servicio activo (aproximadamente, el 10 por ciento de población de la Unión Europea) como criterio para designar los servicios de dichos prestadores como plataformas en línea de gran tamaño y como motores de búsqueda en línea de gran tamaño (*VLOP*).

La Ley de Servicios Digitales, por tanto, busca crear un entorno seguro para el ciudadano, ofreciendo protección jurídica a los usuarios al regular por primera vez a los intermediarios en línea, estando dirigida, con carácter general, a todos los servicios digitales que conectan a los consumidores con bienes, servicios o contenidos³⁶.

2. Un nuevo edificio normativo para buscar el equilibrio técnico del mercado de datos

La EED supone, una alternativa al modelo de gestión de datos hasta ahora dominado por las grandes tecnológicas y permite relacionar -como gran avance- las cuestiones técnicas (conectividad en el procesamiento y almacenamiento de datos, computación y ciberseguridad) con las cuestiones sociales (gobernanza en la estructura y manejo de datos, incremento de la calidad de datos, acceso al suministro y reutilización de pools de datos, etc.). De hecho, la EED debe implementarse teniendo en cuenta, *ad intra*, el desarrollo normativo de los Estados miembros y la orientación técnica que desarrollan sus agencias públicas en materia de competencia; y, *ad extra*, por los intereses internacionales (*data-agile economy*) que desarrollan actores globales (significativamente Estados Unidos³⁷ y China; pero, también, los gigantes tecnológicos), por el potencial predador que tienen y la diferente regulación a la que se sujetan.

Uno de los objetivos prioritarios de la EED es el reforzamiento de los mercados de datos³⁸, desarrollando un marco cooperativo que dependerá de cuatro pilares:

- a) Dotar de un marco de gobernanza intersectorial para el acceso a los datos y su utilización;
- b) Reforzar las capacidades e infraestructuras europeas de alojamiento, tratamiento y uso de datos, interoperabilidad;
- c) Invertir y aumentar la capacitación de las personas y en las PYME;

³⁶ En este caso, el Portal Oficial de datos de la Unión Europea, *data.europa.eu*, supervisará los cambios en los marcos legislativos implicados en el intercambio de datos, y promoverá el intercambio de datos abiertos y la interoperabilidad de flujos de datos a través de interfaces accesibles, API y estándares abiertos, incorporando información actualizada y de interés. Un ejemplo lo encontramos en el *European Single Access Point*.

³⁷ En este contexto, es preciso enfatizar la importancia del nuevo Acuerdo de protección de datos entre Europa y Estados Unidos, tras la invalidación del acuerdo anterior (2020) por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) del Escudo de Privacidad UE-EE. UU. El nuevo Acuerdo, tras acometer algunas mejoras, define un nuevo marco transatlántico de flujos de datos que ha recibido el visto bueno del TJUE.

³⁸ Por lo demás, la articulación y desarrollo de protocolos de estandarización y mecanismos de Findability, Accesibility, Interoperability and Resusability (FAIR) ha permitido explorar la economía de datos, y respaldar el intercambio fluido de datos entre el sector público y privado.

d) Crear espacios comunes europeos de datos en sectores estratégicos y ámbitos de interés público, como luego diremos.

Otra medida estrella es la creación de 12+1 espacios comunes europeos de datos, que van desde la industria a la movilidad, desde el Pacto Verde Europeo hasta la energía y la salud³⁹. Estos espacios aglutinan infraestructuras de datos y marcos específicos de gobernanza para facilitar la puesta en común, la interoperabilidad y el intercambio de datos entre Estados miembros⁴⁰. El desarrollo de estos espacios comunes se vertebra sobre sectores estratégicos en los que recae un especial interés público. Ello permitirá crear grandes repositorios, así como herramientas e infraestructuras técnicas para garantizar el intercambio de datos, permitiendo que los organismos públicos obtengan y usen datos en poder del sector privado, en caso de emergencias públicas y catástrofes naturales, por ejemplo. En particular, se trabaja en la idea global de que los datos no pueden ni deben estar sujetos a una protección jurídica independiente.

Pero el paquete de normas europeas también se ha dirigido a ámbitos sectoriales más específicos. A destacar, la Propuesta de Reglamento *E-privacy* o la *Digital Content Directive*⁴¹, que respalda a los individuos introduciendo derechos contractuales cuando los servicios digitales son suministrados a consumidores que proporcionan el acceso a los datos.

Por lo demás, el nuevo edificio normativo se complementa con la aplicación de otras regulaciones que siguen siendo decisivas en la protección y el manejo de datos: *General Data Protection Regulation* (GDPR)⁷⁴²; *Regulation on the free flow of non-personal data* (FFD)⁴³, *Cybersecurity Act* (CSA)⁴⁴ y *Open Data Directive* (DRISP)⁴⁵, *Payment Service Directive*⁴⁶, *Smart metering information*⁴⁷, *Electricity network data*⁴⁸, *Intelligent transport*

³⁹ El objetivo es que los 12 espacios europeos de datos (salud, agricultura, industria manufacturera, energía, movilidad, finanzas, administración pública, competencia, Ciencia Abierta, Green Deal), medios de comunicación, patrimonio cultural, más la contratación pública, conformen un único espacio de datos europeo: un mercado único.

⁴⁰ Vid. Commission Staff Working document on Common European Data Spaces, SWD (2022) 45 final, de 23 de febrero.

⁴¹ Directive (EU) 2019/770.

⁴² Regulation (EU) 2016/679.

⁴³ Regulation (EU) 2018/1807.

⁴⁴ Regulation (EU) 2019/881.

⁴⁵ Directive (EU) 2019/1024 y Regulation 715/2007 as amended by Regulation 595/2009.

⁴⁶ Payment Service Directive 2015/2366.

⁴⁷ Directive 2019/944 for electricity, Directive 2009/73/EC for gas meters.

⁴⁸ Commission Regulation (EU) 2017/1485, Commission Regulation (EU) 2015/703.

systems⁴⁹, *Digital Content Directive*⁵⁰, o el Reglamento para la libre circulación de datos no personales en la UE⁵¹.

3. El mercado de la publicidad online: *Cookies, targeted advertising & Pool Sharks*

Un aspecto que, sin duda, preocupa, es el del control de la publicidad ante el uso no controlado de los datos. La lógica del mercado (liberalización de datos) no encaja con la del Reglamento General de Protección de Datos (mayor control de los datos)⁵². Un ejemplo, son las *cookies* de terceros, para los sitios web, que permiten mejorar la experiencia de navegación pero que impactan con publicidad personalizada. Estas *cookies* obtienen información de los hábitos de consumo. La regulación exige un consentimiento expreso e informado de los permisos que se otorgan durante la navegación, pero se trata de un procedimiento tedioso y poco seguro para el usuario, como comprobamos con nuestra propia experiencia de usuarios al navegar por Internet.

Como ha señalado MARTÍNEZ MORIEL, el descenso de usuarios en los que poder impactar, debido al rechazo de las cookies, así como las deficiencias de los sistemas de analítica censal que no se adaptaban a las redes 5G, ha llevado a los operadores a buscar soluciones alternativas, como la empleada por cuatro de los principales operadores de telecomunicaciones europeos -*Deutsche Telekom AG (Alemania)*, *Orange SA (Francia)*, *Telefónica, S.A. (España)* y *Vodafone Group (Reino Unido)* -lanzando el proyecto de *TrustPid* (denominada, también, como "*Supercookie Europea*"), que les permite rastrear a usuarios para ofrecerles publicidad⁵³. Este proyecto se basa en una plataforma de apoyo a las actividades de publicidad digital de marcas y editores, que controlan los propios operadores de telecomunicaciones. *TrustPid* solicita al usuario cuando visita por primera vez la web o el medio online, el consentimiento para generar un identificador o código único derivado de la red fija o móvil, y activa un sistema de anuncios personalizados. Es un identificador pseudoanonimizado, que los propios operadores venden a los anunciantes, quienes pueden segmentar a los usuarios para verificar audiencias y usuarios.

⁴⁹ Directive 2010/40/EU.

⁵⁰ Directive (EU) 2019/770.

⁵¹ Regulation (EU) 2018/1807

⁵² Sobre esta cuestión, vid: CASTILLO PARRILLA, J.A.: "Los datos personales como contraprestación en la reforma del TRLGDCU y las tensiones normativas entre la economía de los datos y la interpretación garantista del RGPD", *La Ley Mercantil*, núm.82, julio-agosto, 2021, 22 págs.

⁵³ Vid. MARTÍNEZ MORIEL, I.: "TrustPid o la denominada "supercookie europea": necesaria interacción entre el Derecho de la Competencia y la Protección de Datos para el desarrollo del Mercado Digital", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 995/2023.

Esta iniciativa plantea dudas desde la óptica de los umbrales cuantitativos de la normativa de control de concentraciones y de defensa de la privacidad. Pese a ello, la Comisión Europea informó positivamente y sin restricciones de esta operación. A su juicio, la clave era la obtención del consentimiento expreso por parte del usuario. Se trata de un caso relacionado con la publicidad, la competencia y la privacidad que, aunque puede no transgredir los derechos fundamentales, sí estaría en situación de vulnerar las reglas de competencia.

4. Datos abiertos, datos de alto valor y reutilización de la información por parte del sector público⁵⁴

La compartición de datos abiertos (*Open Data*) suele asociarse con organismos públicos que pretenden alcanzar mayores niveles de transparencia o facilitar el acceso de los ciudadanos a los servicios públicos. Sin embargo, su funcionalidad y beneficios afecta a todo el tejido económico y empresarial. Por ello, es necesario profundizar en los mecanismos de compartición y reutilización de datos, exigiendo el cumplimiento de la normativa, y aclarando el régimen de excepciones, como, por ejemplo, en el caso de operadores en materia de telecomunicaciones y del sector bancario y financiero, que están sujetos a normas más detalladas a través del *European Electronic Communications Code* (EECC); o en relación con los proveedores OTT (*over-the-top*) que ofrecen comunicaciones interpersonales, contenidos y servicios en *streaming* y en la nube⁵⁵.

Con la aprobación de la *Directiva (UE) 2019/1024, relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del sector público* (DRISP) y su transposición en España, a través del Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, que actualiza la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, de Reutilización de la Información del Sector Público (LRI), se adaptó el marco normativo de los datos de especial interés y singular relevancia en España. Entre ellos, los datos de investigación -con carácter general aquellos que se obtienen financiados con fondos públicos (art. 3 LRI)-, o los datos dinámicos (art. 5.4 LRI), referidos a bases de información con registros e información cambiante. También los datos que generan un valor añadido por su carácter estratégico (geoespacial, ambiental, meteorológico, estadísticos, societario o relacionado con la movilidad). A este respecto, resulta de gran relevancia la reciente aprobación del *Reglamento de ejecución (UE) 2023/138 de la Comisión, de 21 de diciembre, de 2022, por el que se establecen una lista de conjuntos de datos específicos de alto valor y modalidades de publicación y reutilización*, que resulta de particular interés a la hora de definir el alcance práctico: en concreto,

⁵⁴ ZLOTNIK, A.: "Inteligencia Artificial en las Administraciones Públicas: definiciones, evaluación de viabilidad de proyectos y áreas de aplicación", Boletín, núm. 84, 2019.

⁵⁵ Como Netflix, Disney+, Amazon Prime Video y HBO Max, potifí, Apple Music, Google Music y Tidal.

el art. 5.1, 6 y 7 de la LRI, referentes a los datos abiertos desde el diseño y por defecto, a las medidas relativas a los acuerdos exclusivos y al criterio de recuperación de costes marginales⁵⁶.

Estas nociones del dato, como explica VALERO TORRIJOS, permiten incorporar medidas tendentes a que ciertos conjuntos de datos sean fácilmente reutilizables en condiciones tasadas, favoreciendo un desarrollo propicio del actual ecosistema digital⁵⁷. De hecho, la propuesta del Reglamento de Gobernanza de datos impone a los organismos públicos que permitan la reutilización de datos afectados por derechos e intereses de terceros, adoptando las medidas técnicas, organizativas y jurídicas que garanticen su protección. De igual manera, se les otorga la facultad de reutilizar datos sometidos a un "pretratamiento", que consiste en anonimizarlos o seudonimizarlos, suprimiendo también cualquier información confidencial. Contemplando, que, dicha reutilización, solo se admita en entornos directamente controlados por el organismo público.

En lo que ahora nos concierne, hay que tener en cuenta la incidencia que tiene el manejo de estos datos de alto valor estratégico, sobre todo, cuando son generados por sujetos privados vinculados a la satisfacción de intereses públicos. Se trata de un entorno propicio para la colaboración público-privada, muy común en el ejercicio de servicios económicos de interés general, como el suministro de energía, la gestión del ciclo urbano del agua, la contratación pública, las comunicaciones electrónicas o la gestión de residuos, por citar algunos. Piénsese, por ejemplo, en los datos sobre movilidad poblacional que proporcionan las empresas de telefonía móvil o determinadas aplicaciones relacionadas con los hábitos saludables y los seguros en el ámbito de la salud pública y la educación, entre otros. No solo en la cesión de estos datos a la Administración pública, sino, en cuanto al uso y cesión que la propia Administración podría realizar en favor de terceros.

V. TRAINING THE ALGORITHM. PRÁCTICAS COLUSORIAS QUE PUEDEN VULNERAR LA LIBRE COMPETENCIA EN LA INDUSTRIA DEL DATO

La "datificación" permite captar consumidores a través de procesos de agregación y desagregación automáticos⁵⁸. Estos modelos de integración matemáticos

⁵⁶ Esta última noción nos parece importante por cuanto no se aplicaría dicho criterio a aquellos organismos que deban cubrir una parte de sus costes destinados a una misión de servicio público, como puede ser el caso de las empresas públicas.

⁵⁷ Vid. VALERO TORRIJOS, J.: "El régimen jurídico de los datos de alto valor...", *óp. cit.*, pág. 83.

⁵⁸ Vid. HERRERO SUÁREZ, C.: "Big data y derecho de la competencia", *Revista electrónica de Derecho*, Vol. 18, núm. 1, 2019, pág. 667.

son, predictivamente, cada vez, más fiables, al detectar patrones y comportamientos que utilizan correlaciones complejas. Es lo que se conoce como "entrenar el algoritmo"⁵⁹ tratando de que asimile, a través de un aprendizaje autónomo, los resultados extractados de cada "análisis de datos" y transfiriéndoles una "experiencia" o un "criterio propio", en términos analíticos y tecnológicos, como sucede en el caso de la Inteligencia artificial. Ahora bien, el agente que entrena el algoritmo no tiene por qué ser quien rentabilice sus resultados.

Las empresas que intercambian datos (generalmente a través de acuerdos comerciales) crean un ciclo de valor. Por eso, el trasvase de datos de una empresa filial a una empresa matriz puede no ser tan relevante a efectos de un análisis de competencia. Las autoridades deben distinguir entre el intermediario de datos (obtienen sus datos de clientes), el *data controller* (realizan simulaciones y análisis predictivo avanzado con los datos obteniendo un rendimiento económico) y el *data processor* (tiene acceso a los datos, pero está limitado en su uso en función del nivel de confianza y los acuerdos comerciales). Es frecuente que un *data processor* pueda no tener permisos para mejorar sus productos o crear u valor añadido partiendo de esos datos si no son obtenidos directamente de los consumidores.

La singularidad del dato como recurso (ubicuo, obsolecente, de bajo coste, accesible)⁶⁰ permite un uso no excluyente de los mismos (*multihoming*). De ahí la proliferación de empresas que suministran y comercializan datos con terceros (*data brokers*). En todo caso, la rentabilidad de los datos no depende tanto del volumen de informaciones, sino de la capacidad para rentabilizar los mismos y del tipo de mercado. En dicho sentido, encontramos mercados de doble cara o múltiple cara (*two-sided o multisided markets*)⁶¹, basados en la interdependencia económica, que se caracterizan por tener dos demandas distintas, como los que se generan en las plataformas online y de comida a domicilio, que les confiere una posición cercana al oligopolio natural que suele contar con barreras de entrada.

⁵⁹ "An algorithm, designed to probe a database containing all personal data available to the government, sees that you have recently bought some fertilizer and a large truck, and that you have emailed someone with a .lb (Lebanon) email address. Seeing this red flag pop up on his computer, a government agent pulls your bank records, your Amazon and iTunes purchases, the domain names that you've recently visited, and a list of everyone you have recently phoned or emailed. Inspecting all of these records, the agent determines that you were merely asking your Lebanese uncle for advice on expanding your farm and makes a notation in his database. (He is also able to determine your religious affiliation, that you have an affinity for Steven Seagal movies, and that you have been having an affair, but is less interested in all of that)." Vid. Data Mining, Dog Sniffs, and the Fourth Amendment, 128 Harv. L. Rev. 691 (2014). Disponible, en: <https://harvardlawreview.org/> (julio, 2023).

⁶⁰ Vid. HERRERO SUÁREZ, C.: "Big data y derecho de la competencia", *Op. cit.*, pág. 671.

⁶¹ Sobre el funcionamiento de los mercados de doble cara, vid. ALCARAZ, F.: "Mercados de doble cara (I y II)", *Blog New Deal*, 2017, disponible en: <https://blognewdeal.com/fluensanta-alcaraz/mercados-de-doble-cara-i-caracteristicas-y-estrategia/> (julio, 2023)

Como explican SIVINSKI et. al, los datos pueden servir de producto, de input o de activo no comercial (sin uso relevante o explícitamente reconocido). Esta caracterización permite establecer su carácter competitivo o anticompetitivo.

a) El dato como producto tiene valor comercial significativo (*commodity product*) en áreas como la publicidad, la segmentación del mercado o en la generación de nuevos hábitos de consumo. Así sucede con paquetes de datos que contienen información relevante sobre consumidores: nombre, dirección, edad, ingresos, trabajo, historial de visitas on-line, hábitos de compra, etc.

b) El dato como input innova un producto o servicio ya disponible en el mercado. Los datos que sirven para desarrollar o mejorar productos tienen una utilidad competitiva demostrada, por lo que hay que hacer una prueba de unicidad. En el caso de las fusiones de datos, su relevancia también debe ser calibrada a efectos de privacidad y protección del consumidor⁶².

c) El dato sin uso comercial relevante o conocido no tiene valor predictivo, por lo que su impacto no es significativo a efectos de la competencia. Ahora bien, este juicio de validez debe ser actualizado debido al desarrollo de softwares de *Deep Learning*. Su uso comercial puede resultar encubierto o puede "revelarse" con nuevos sistemas algorítmicos.

El control de la competencia se produce sobre las dos primeras tipologías de datos: cuando actúan como producto o como input. Su uso debe ser supervisado por las agencias antitrust, aplicándoles estándares de competencia: relevancia comercial, precio, sustituibilidad en el mercado, etc. En cambio, este análisis de transparencia impone mecanismos de control (*accountability*) que se centran, por ejemplo, en estrategias de publicidad dirigida⁶³; en la autorregulación (*antitrust compliance by design*); y en protocolos de buenas prácticas y documentos de soft law para identificar los riesgos operativos y legales. La extensión de la responsabilidad penal a las personas jurídicas constituye un impulso para la real implementación de estos sistemas.

La intervención de los poderes públicos pretende evitar la concentración de poder económico por parte de gigantes tecnológicos (*tipping effects*) a través de mecanismos de supervisión no intrusivos. Con todo, el sector de la economía digital no debe aplicar un análisis clásico de la competencia consistente o dirigido a prevenir la creación de cárteles, el dumping de precios, las concentraciones de empresariales o las ayudas públicas. Por el contrario, el control a las grandes plataformas y firmas

⁶² Vid. SIVINSKI, G. et al: "Is big data a big deal? *Op. cit.*, pág. 209.

⁶³ Vid. U.S. Fed. Trade Comm'n, 'Data Brokers: A Call for Transparency and Accountability ii' (May 2014). Disponible, en: <https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/data-brokers-call-transparency-accountability-report-federal-trade-commission-may-2014/140527databrokerreport.pdf> (julio, 2023).

digitales radica en la detección de comportamientos asimétricos relacionados con el acceso y utilización de datos, con base a las condiciones de contratación o a la erección de barreras de entrada.

A continuación, introducimos una serie de escenarios en donde se manifiestan conductas que pueden resultar contrarias a la competencia.

1. El abuso de posición dominante

Las agencias de la competencia deben analizar el carácter competitivo del dato partiendo de la inferencia de casos⁶⁴: por ejemplo, si las partes poseen el control de datos relevantes o si estos datos están disponibles como producto o como entrada para productos de competidores intermedios; si los datos relevantes pertenecen al propietario o al que controla los productos o servicios; si son un insumo crítico para la competencia; o si existen datos sustitutos para los datos relevantes, incluso hasta preguntarse si se trata de datos son únicos⁶⁵.

Desde esta perspectiva, el abuso de la posición dominante de mercado como poder limitante para obstaculizar la libre competencia (*ex art.* 102 TFUE), puede quedar enmascarado con acuerdos de exclusividad sobre el uso o utilización de los datos o con la imposición de barreras de entrada que generen situaciones de ventaja. La posición dominante, a diferencia de la posición de supremacía, permite decidir autónomamente sin tener en cuenta a los competidores, proveedores o clientes⁶⁶, con capacidad efectiva para eliminar o condicionar la competencia, definida como: "una posición de poder económico de la que disfruta una empresa que le permite impedir el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante al posibilitarle en medida apreciable comportamientos independientes respecto a sus competidores y clientes y, en definitiva, de los consumidores"⁶⁷. La clave consiste en diferenciar entre una posición de dominio de una posición de supremacía frente a los competidores⁶⁸.

La doctrina ha establecido criterios como los de cuota de mercado (absoluta y relativa), la estabilidad y volatilidad históricas de las cuotas de mercado, la potencia económica y comercial de los competidores, las ventajas competitivas, el grado de integración vertical y dominancia en mercados conexos, la expugnabilidad del mer-

⁶⁴ Cfr. AA.VV.: *The Use Case Observatory A 3-year monitoring of 30 reuse cases to understand the economic, governmental, social and environmental impact of open data*, Oficina de la Unión Europea, Luxemburgo, 2022,

⁶⁵ Vid. SIVINSKI, G. et al: "Is big data a big deal? *Op. cit.*

⁶⁶ Sentencia del TJCE de 9 de noviembre de 1983, Asunto *Michelin*, C-322/81.

⁶⁷ Sentencia del TJCE de 14 de febrero de 1978, Asunto *United Brands*, C-27/76.

⁶⁸ BROSETA PONT M. y MARTÍNEZ SANZ F: *Manual de Derecho Mercantil*, 24ª edición, Volumen 1, ed. Tecnos, 2017, p.177.

cado en el que opera y la ausencia de barreras de entrada, el poder compensatorio de la demanda y la aplicación de poderes reguladores⁶⁹. Pero, en general, podemos distinguir dos tipos de posición dominante o abuso de poder: 1) los abusos de exclusión (impidiendo la entrada de nueva competencia o eliminando a la competencia que existe); y, 2) los abusos de explotación, mediante la utilización de prácticas discriminatorias o de vinculación de productos (precios predatorios, los contratos vinculados también llamados *tying agreements*, el estrechamiento de márgenes, *el bundling* o *mixed bundling*⁷⁰, etc. De hecho, el recorte selectivo de precios, incluso cuando estos se mantienen por encima del coste y no son predatorios, puede ser contrario a la competencia por aplicar ventajas a clientes de otro competidor⁷¹.

En estos casos, las empresas investigadas deberán demostrar un criterio de mayor eficiencia económica (*efficiency defence*).

El "*data advantage*", como efecto indeseado del mercado, genera desequilibrios en la posición de mercado (*imbalances in market power*) produciendo condiciones abusivas contra las PYMES en la prestación de servicios o infraestructuras de datos (ej. datos en la nube). Este resultado se traduce en asimetrías que pueden conducir a reglas unilaterales en la contratación del servicio, así como en el acceso, uso y control de datos⁷².

La economía del dato depende de los efectos de red (*network effects*) y de las economías de escala. Cuanto mayor es el número de usuarios que tiene una plataforma, mayor es la rentabilidad que oferta para los anunciantes.

2. El control de las concentraciones de empresas

En los mercados digitales, una cuota de mercado amplia no implica, necesariamente, una situación anticompetitiva. La adquisición de datos ha servido como estímulo para cerrar macrooperaciones entre gigantes tecnológicos: *Microsoft/Linkein, Verizon/Yahoo, Facebook/WhatsApp y Google/DoubleClick*⁷³. Con base en el art. 1 del

⁶⁹ Vid. MASSAGUER FUENTES, J. et. Al. (Dir.): *Comentario a la ley de defensa de la competencia*, 5ª ed., Civitas, 2017, Thomson-Reuters, Cizur Menor, pp. 181 y ss.

⁷⁰ Consistente en la venta de varios servicios o productos en un único paquete, o que ofrecen incentivos financieros para la compra de dos o más productos, muy frecuente en los productos de software. Véase una interpretación sobre el efecto restrictivo en relación con la inclusión del reproductor Windows Media player en Windows. Cfr. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de la UE, de 17 de septiembre de 2007, Asunto *Microsoft Copr. c. Comisión*, T-201/04.

⁷¹ Vid. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta), de 1 de julio de 2008, Asunto *Compagnie maritime belge, T-276/04*.

⁷² Vid. OECD: *Handbook on Competition Policy in the Digital Age*, 2022. Disponible, en: <https://www.oecd.org/daf/competition-policy-in-the-digital-age/> (julio, 2023).

⁷³ Decisión de la Comisión, de 11 de marzo de 2008, en el asunto Google/Double Click; Decisión de la Comisión de 3 de octubre de 2010, Asunto M.7217, Facebook/WhatsApp; Decisión de la Comisión

Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas. Estas plataformas, realizan cambios en sus condiciones de servicio y en su política de privacidad al incluir la posibilidad de vincular los números de teléfono de los usuarios cuando son absorbidas.

En otras ocasiones, la absorción se cierra antes de que una de la compañía experimente un extraordinario crecimiento en el mercado. Una de las dificultades que subyacen, precisamente, es la de calcular el coste de estas operaciones por el grado de opacidad y el valor agregado que generará el producto subyacente al producto subsistente. Estas operaciones tienen como presupuesto la adquisición de un volumen de datos que incrementará el volumen de negocio por encima del coste de transacción. Ahora bien, el *quantum* de la operación o la rentabilidad financiera que alcanza no son indicios tan relevantes como el tipo de concentración que emerge.

En el caso de concentraciones verticales (*vertical mergers*), las partes operan en un mercado ascendente o descendente al de la otra parte, por lo que la operación puede dar lugar a efectos coordinados o no coordinados. En estas operaciones es común encontrarse con la adquisición de datos que tienen un carácter complementario pero que resultan necesarios a la hora de desarrollar o mejorar un producto (Ej. *Google/ITA*, en el año 2011).

Por su parte, las concentraciones horizontales (*horizontal mergers*) se producen entre competidores directos. Emplazan a las partes en los mismos mercados, por lo que la operación puede derivar en creación o reforzamiento de una posición de dominio individual, efectos unilaterales o efectos coordinados⁷⁴. En general, estas adquisiciones constituyen un riesgo mayor para la competencia en el sector (Ej. *Thomson/Reuters*, en el 2008).

Finalmente, en las concentraciones “conglomeradas”, las partes no se encuentran en mercados verticalmente relacionados ni en el mismo mercado del producto principal. Sin embargo, puede existir entre ellas una complementariedad que implique el ejercicio de un poder de mercado, obstaculizando o impidiendo el ejercicio de la competencia efectiva.

3. Criterios de sustitución del producto

La sustitución o “elasticidad” del producto expresa la sensibilidad de una variable frente a las variaciones que experimenta otra variable que la determina. La elasticidad del precio de bienes sustitutivos, se mide el grado de afectación a la ofer-

de 6 de diciembre de 2016, Asunto M. 8124, Microsoft/LinkedIn.

⁷⁴ Vid. U.S. Dep’t of Justice & Federal Trade Comm’n: *Horizontal Merger Guidelines*, §6.4, 2010. Disponible, en: <https://www.justice.gov/atr/horizontal-merger-guidelines-08192010#6d> (julio, 2023).

ta y a la demanda del cambio en el precio de un producto o servicio. Pero ¿cómo medir esta elasticidad en mercados con productos y servicios a "precio cero"? En este caso, habrá que definir la "sustituibilidad funcional" basándonos en el uso y las características específicas del producto en cada sector. Conforme a la capacidad de comercialización del dato (ingresos publicitarios, repetitividad, volumen, potencial de predictibilidad, etc.). Por ejemplo, un paquete de datos en el mercado de seguros para analizar la probabilidad del riesgo asegurado. O en sectores bancarios, salud, transportes...

Para determinar esta magnitud surgen metodologías convenientes en los mercados digitales de "precio cero", que miden el resultado de dicha curva, como la *Small But Significant non Transitory Decrease in Quality test* (SSNDQ), que analiza cómo varían las preferencias de un consumidor ante un pequeño pero significativo y no transitorio decrecimiento de la calidad del producto⁷⁵.

Como señalan P. CALLOL⁷⁶ y J. FRAMIÑÁN⁷⁷, en España, la Comisión Nacional de los Mercados de la Competencia ha investigado a *IMS Health* por una denuncia de abuso de posición dominante al incluir condiciones contractuales en los acuerdos con proveedores de datos farmacéuticos que pueden evitar o dificultar la entrada de otros operadores ("Sales Tracking Data")⁷⁸. Las cláusulas de cliente más favorecido han sido objeto investigaciones antimonopolio por parte de la Comisión Europea en relación con el sector de reservas hoteleras por parte de empresas como Booking.com o Expedia que tuvieron que renunciar a exigir condiciones de precios y disponibilidad en las reservas tan favorables como las ofrecidas, al menos, por los hoteles a otras plataformas de reservas de la competencia. La negativa de suministro a ceder datos no protegidos por derechos de autor es otra de las formas que pueden suponer un abuso de posición dominante⁷⁹.

El análisis de la sustituibilidad del producto acepta varias aproximaciones, debiendo plantearnos cómo de probable resulta sustituir un dato o un paquete de

⁷⁵ Véase un análisis en, MANDRESCU, D.: "The SSNIP Test and Zero-Pricing Strategies: Considerations for Online Platforms", *CoRe* 4, 2018, pp. 244-258.

⁷⁶ Vid. CALLOL, P.: "Datos en la Sociedad de la Información y Derecho de la competencia", *Anuario de Derecho de la Competencia*, Civitas, enero de 2018, in totum.

⁷⁷ Vid. FRAMIÑÁN, J.: "Big data, consentimiento para tratar datos personales y Derecho de Defensa de la competencia", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 310, 2018.

⁷⁸ Este Asunto, finalizó con un proceso de terminación convencional (sin sanción), se refiere a las cláusulas de doble precio que conllevan una concesión de descuentos remunerados por la fidelidad de una empresa ante situaciones de dominación del mercado.

⁷⁹ Un ejemplo lo encontramos en el caso de Cegedim, proveedor líder de bases de datos de información médica, que se negó a vender su base de datos (OneKey) a clientes que usan Euris, un software de CRM que compite con el propio software CRM de Cegedim, situación que fue considerada como discriminatoria por la autoridad francesa de la competencia.

datos relevantes cuando son únicos en el mercado. Los Tribunales de EE. UU. han seguido un enfoque que difiere del realizado en Europa. Conforme a esta doctrina, en el país norteamericano no existe una norma que obligue a compartir el control o la propiedad de datos relevantes, aunque no se haya vendido datos comercialmente. Esta interpretación radica en una interpretación vetusta del Tribunal Supremo, con más de un siglo de antigüedad, según la cual, es factible decidir libre e independientemente con quién se quiere realizar negocios si la decisión está basada en una razón legítima⁸⁰.

En Europa, a *sensu contrario*, se ha seguido la "*essential facility doctrine*" que impone una decisión en materia de competencia basada al derecho de propiedad intelectual; lo que implica que, en situaciones excepcionales, empresas que tienen una posición dominante en un mercado, tengan que proveer acceso a una licencia IPRs como requisito esencial para que un producto emergente pueda alcanzar una demanda potencial y adquirir una posición de competencia en mercados secundarios. Este enfoque, no obstante, debe ser completado en mercados de publicidad de determinadas plataformas que ofrecen servicios a coste cero (*Facebook y Whatsapp*).

4. Ayudas de Estado a través de la cesión de datos a favor de terceros

El denominado *Government to business (G2B) data sharing* puede suponer un tipo de ayuda de Estado contrario a la competencia. El grado de apertura de la información pública y la transparencia es una prioridad política en la Unión Europea desde hace años. Estos datos se consignan con dinero público y, por tanto, deben redundar en la sociedad.

La Directiva sobre Datos Abiertos, así como otra legislación específica, garantizan que el sector público facilite el acceso a los datos que se producen con dinero público. Especialmente, en favor de las PYME, la sociedad civil y la comunidad científica, en beneficio de evaluaciones independientes de las políticas públicas. Sin embargo, la funcionalidad de estos datos abiertos puede ser aprovechada geopolíticamente por terceros países en un momento de tensiones comerciales globales. Esta

⁸⁰ United States v. Colgate & Co., 250 U.S. 300, 307 (1919); Trinko, 540 U.S., 407–08 (“Compelling ... firms to share the source of their advantage is in some tension with the underlying purpose of antitrust law, since it may lessen the incentive for the monopolist, the rival, or both to invest in those economically beneficial facilities. Enforced sharing also requires antitrust courts to act as central planners, identifying the proper price, quantity, and other terms of dealing – a role for which they are ill suited. Moreover, compelling negotiation between competitors may facilitate the supreme evil of antitrust: collusion. Thus, as a general matter, the Sherman Act “does not restrict the long-recognized right of [a] trader or manufacturer engaged in an entirely private business, freely to exercise his own independent discretion as to parties with whom he will deal”).

falta de control, unido a la sensibilidad que pueden tener estos datos (por ejemplo, los relativos a la salud), genera contención por parte de la Unión Europea⁸¹.

5. Otras amenazas para la libre competencia

El comercio electrónico mejora la transparencia y la comparación de precios, perfeccionando los canales de venta (*free riding*). Incluso, puede facilitar la venta directa por parte de fabricantes y pequeños prestatarios, sin intermediarios, generando sus propias redes de distribución selectiva. No obstante, Internet introduce nuevas amenazas colusorias por su carácter anticompetitivo basado en el uso de los datos. Algunas de las más habituales, siguiendo a VALDÉS BURGUI⁸², son:

1. Restricciones en la libertad de establecer los precios de reventa en el caso de los intermediarios que compran para revender determinados productos.
2. Restricciones al comercio en otros Estados Miembros/“Geo-Blocking”: estas prácticas pasan por impedir el acceso a los sitios web desde localizaciones externas a un territorio, redirigir a los clientes a sitios diseñados para los individuos de su propio Estado, negarse a hacer envíos a un territorio o rechazar medios de pago de otro Estado miembros en las ventas online, restringiendo la libertad de bienes entre Estados miembros, salvo cuando estén justificadas por motivos fiscales, por las diferentes normas de protección al consumidor, etc. Este fenómeno, aun cuenta con escasa jurisprudencia hasta la fecha (vid. *Asunto Canett Furniture*)⁸³.
3. Restricciones en el uso de plataformas de venta online y sistemas de distribución selectiva: situaciones derivadas de una posición dominante como la de Amazon o Ebay, cuando no están justificadas por razones técnicas y/o sanitarias, como en el caso de los productos farmacéuticos. En relación con estos casos, podemos destacar el Asunto Pierre Fabre⁸⁴, en el que el TJUE concluye que la protección de la imagen de marca de un proveedor no puede justificar por sí misma la introducción de restricciones a la competencia en

⁸¹ (Una estrategia de datos para Europa, p. 7 y ss.).

⁸² Vid. VALDÉS BURGUI, A.: “La distribución de bienes de consumo ante los cambios tecnológicos. Tendencias en la práctica de los órganos de defensa de la competencia”, *Anuario de Derecho de la Competencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pág. 3.

⁸³ El Reglamento 2016/0152, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre las medidas contra el bloqueo geográfico y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad o del lugar de residencia o de establecimiento de los clientes en el mercado interior; sobre la base tres ideas a) la reglamentación del acceso a interfaces en línea; b) el acceso a productos y servicios; y c) la no discriminación por motivos relacionados con el pago.

⁸⁴ Cfr. Sentencia TJUE, de 13 de octubre de 2011, Asunto *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS contra Président de l’Autorité de la concurrence contra Le Ministre de l’Économie de l’Industrie et de l’Emploi*, C-439/09.

un sistema de distribución selectiva, doctrina por lo general asumida por las autoridades nacionales. Los criterios interpretativos de esta Sentencia fueron perfilados en el *Asunto Coty*⁸⁵, que analiza la venta de productos cosméticos a través de un sistema de distribución selectiva de productos categorizados como de lujo, en relación con su venta en la plataforma Amazon.

4. Restricciones en el uso de páginas de comparación de precios: cuando no obedezcan a restricciones de calidad y supongan una vía para impedir la comparación de productos. Nos referimos a plataformas como *Rastreator*, *Skyscanner*, *Trivago*, *Lastminute*, *Booking.com*, *Kayak*, y, por supuesto, *Google*, *Bing*, *Yahoo!*, *Amazon*, *Alibaba*, entre otras. Estas empresas cotejan datos de diversos proveedores, realizando una comparativa del precio y las características del servicio, reduciendo la asimetría de la información, y dinamizando los entornos competitivos donde operan. En general, prestan servicios beneficiosos para los consumidores que además disfrutan de un “servicio gratuito” (*fenómeno network effect*, donde el algoritmo de búsqueda aumenta su fiabilidad a medida que aumenta el número de usuarios). En estos casos, se debe controlar que el posicionamiento no esté condicionado a un pacto o contratación previa, aunque, en general se aplica un enfoque restrictivo a estas limitaciones, permitiendo la distribución selectiva siempre que no demuestre discriminación⁸⁶.

En definitiva, la posibilidad de que se generen acuerdos restrictivos tiene que ver con la inmediatez y la accesibilidad de la información. Los sistemas dinámicos de precios (*pricing bots*) son aún demasiado opacos para las autoridades, por la evolución de los algoritmos y la mutabilidad de las condiciones del servicio que prestan, con acuerdos encubiertos (*facilitating practices*) o estrategias de alineación entre oligopolistas.

VI. REFLEXIONES FINALES

Como se ha afirmado, el *Big data* no se puede convertir en el *Sampo*⁸⁷ de un círculo cerrado de empresas que aumenta su productividad rompiendo el equilibrio

⁸⁵ Cfr. Sentencia TJUE, de 6 de diciembre de 2017, *Asunto Coty Germany GmbH contra Parfumerie Akzente GmbH*, C-230/16.

⁸⁶ Vid. Oficina Federal de Cárteles de Alemania, *Asunto ASICS*, B2 98/11, de 26 de agosto de 2015. En este caso, la empresa de material deportivo Asics, con sede alemana, que impuso una prohibición total del uso de sitios de comparación de precios basándose en criterios cualitativos de la marca. Un caso similar fue el de Ryanair, que excluía a sus vuelos del comparador Skyscanner.

⁸⁷ En la mitología finlandesa, el SAMPO era una especie de molino mágico que producía grano, sal y oro. Su cobertura era una clara alegoría de la bóveda celestial, cubierta de estrellas; giraba en torno a un eje central que simbolizaba la columna que sujeta el mundo. Rebosante e inagotable, se relaciona con la cornucopia (el cuerno de la Abundancia).

competitivo del mercado. La gestión colaborativa debe permitir el desarrollo de un mercado de datos transparente y accesible, a través de una metodología actualizada.

La Estrategia Europea de Datos reduce la fragmentación normativa y las interpretaciones divergentes de los Estados miembros, potenciando los retos y oportunidades que plantea la nueva economía de los datos. El paquete de normas (*Big Five*) confiere mayor sistematicidad y coherencia a una regulación todavía compleja y por desarrollar.

Las personas ocupan el centro de gravedad de la Estrategia europea de datos, vigorizando la defensa de sus intereses y la protección de sus derechos. En este sentido, se promueve una economía de datos más justa, en la que los usuarios tengan derecho a controlar y utilizar los datos que producen. Ello también favorecerá la creación y diversificación de modelos de negocio dentro de la economía de datos.

Por su parte, las empresas se beneficiarán de una regulación más transparente y de la creación de nuevas oportunidades, con una redefinición, que será progresiva, de las reglas de la competencia; mejorando, sobre todo, el acceso y disponibilidad de datos (B2B). Esta regulación ofrecerá a las PYME más y mejores oportunidades de sobrevivir en una "piscina de tiburones" (*pool sharks*), introduciendo cláusulas y estipulaciones contractuales equilibradas en entornos competitivos.

En cuanto al sector público, se aprovechará de la mayor disponibilidad y utilidad de los datos (B2G). La supervisión nacional deberá compatibilizar sus funciones con las dispersas estructuras de responsabilidad existentes, requiriendo una presencia más activa en la autorregulación de mecanismos de supervisión, así como promoviendo la generación de datos abiertos y la reutilización de estos. La participación de las iniciativas debe propiciar estructuras de colaboración público-privadas, llevando a cabo una integración técnica y operativa que tenga en cuenta la realidad de países como Reino Unido, China o Estados Unidos, contra la que estas grandes empresas, indefectiblemente, deben competir; así como generar indicadores coherentes para calibrar el desarrollo en la economía de datos⁸⁸.

El trabajo desarrollado se sustenta sobre las siguientes ideas fuerza:

1) La conveniencia de perfeccionar los instrumentos de regulación, vigilancia y supervisión que se vienen desarrollando en Europa desde el año 2016 y en el marco de la Estrategia Europea de Datos, para dar respuesta a las necesidades y cambios disruptivos que introduce el manejo de datos masivos en nuestra sociedad postmoderna.

⁸⁸ Véase, por ejemplo, la aplicación "Brújula: *Digital Compass*".

2) La necesidad de analizar el carácter precompetitivo del dato y, si la captación, explotación o almacenamiento de datos puede servir para crear, consolidar o extender una posición dominante del mercado.

3) La conveniencia de adaptar, conforme pone de relieve la doctrina, nuevas herramientas del Derecho *anitrust* que resultan más adecuadas para generar un nuevo equilibrio competitivo y operativo del mercado de datos, avanzando en metodologías jurídicas que permitan ajustar los estándares de medición (juicios de proporcionalidad técnica e inferencia de casos reales). Estos postulados, se deben sustentar sobre la base de instrumentos normativos y organizativos, en el ámbito de la supervisión, la vigilancia y el control, que deben servir a los poderes públicos para regenerar el sistema de incentivos de la "*workable competition*".

En el futuro, las agencias de la competencia deben verificar el dato en función, no ya de su volumen o su procedencia, sino de su capacidad para crear valor añadido e innovar productos y servicios. Esta metodología debe apoyarse en el carácter competitivo del dato, en sus relaciones de exclusividad, de sustituibilidad, o de capacidad para evitar abusos de posición dominante. Ello implica desarrollar un análisis renovado de las reglas de la competencia, sin espacios de estancamiento o atavismos.

La supervisión, vigilancia y control se ven dificultados por la opacidad y el dinamismo de los entornos tecnológicos, además de por el carácter no homologable de ciertas normas entre países. Un elemento trascendental será el grado de innovación y el desarrollo estratégico que tengan otras tecnologías asociadas a los datos. También en el desarrollo tecnológico de instrumentos de control. Especialmente, aquellas que tienen que ver con el *Deep Learning* y la Inteligencia artificial, que producirán avances exponenciales. Por su parte, las soluciones técnicas y legales son, y seguirán siendo cambiantes y complejas.

Finalmente, la función de los gobiernos consiste en evitar asimetrías y favorecer la competencia: generando riqueza, pero, también, seguridad jurídica y protección a los usuarios. Se debe proteger el mercado sin destruir los incentivos que genera la economía de datos. En última instancia, la industria de datos aporta progreso y bienestar social. Los árboles no solo no nos impiden ver el bosque, sino que, además, nos lo muestran.

VII. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

AA.VV.: *Publicidad, defensa de la competencia y protección de datos*, Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), 2010.

AA.VV.: *The Use Case Observatory A 3-year monitoring of 30 reuse cases to understand the economic, governmental, social and environmental impact of open data*, Oficina de la Unión Europea, Luxemburgo, 2022.

ALCARAZ, F.: "Mercados de doble cara (I y II)", *Blog New Deal*, 2017, disponible en: <https://blognewdeal.com/fuensanta-alcaraz/mercados-de-doble-cara-i-caracteristicas-y-estrategia/> (julio, 2023)

ASBROECK.V. B & CÉSAR.J & DEBUSSCHE.J.: *Big data-bigger contracts?*, 2016, disponible, en: <http://www.digitalbusiness.law> (julio, 2023).

BRÄUTIGAM, T. et. al: *EU regulation builds a fairer data economy The opportunities of the Big Five proposals for businesses, individuals and the public sector*, Sitra Working Paper, PunaMusta Oy, 2022. Disponible, en: <https://www.sitra.fi/app/uploads/2022/06/sitra-eu-regulation-builds-a-fairer-data-economy.pdf> (julio, 2023).

BROSETA PONT M. y MARTÍNEZ SANZ F: *Manual de Derecho Mercantil*, 24ª edición, Volumen 1, ed. Tecnos, 2017.

CALLOL, P.: "Datos en la Sociedad de la Información y Derecho de la competencia", *Anuario de Derecho de la Competencia*, Civitas, enero de 2018.

CASTILLO PARRILLA, J.A.: "Los datos personales como contraprestación en la reforma del TRLGDCU y las tensiones normativas entre la economía de los datos y la interpretación garantista del RGPD", *La Ley Mercantil*, núm.82, julio-agosto, 2021.

CRÉMER, J. et al.: *Competition policy for the digital era*, Directorate-General for Competition, European Commission, Brussels, 2019.

DEVIN, C. et al.: "The law and big data", *Cornell Journal of Law and Public Policy*, Vol. 27, núm. 357, 2017.

ESCRIBANO CAÑAS, B.: "Dos proyectos de Reglamento europeos mantienen en vilo a la llamada economía de los datos de la Unión", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 937, Cizur Menor, 2018.

FRAMIÑÁN, J.: "Big data, consentimiento para tratar datos personales y Derecho de Defensa de la competencia", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 310, 2018.

GIL GONZÁLES, E.: *Big data, privacidad y protección de datos*, Ed. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2016, pág. 15

HERNÁEZ ESTEBAN, E.: "Inteligencia artificial y vehículos autónomos: el régimen de la responsabilidad civil ante los nuevos retos tecnológicos", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, num.48, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

HERRERO SUÁREZ, C.: "Big data y derecho de la competencia", *Revista electrónica de Direito*, Vol. 18, núm. 1, 2019, pág. 667.

KENNEDY, J.: "The Myth of Data Monopoly: Why Antitrust Concerns About Data Are Overblown", *Information Technology & Innovation Foundation*, marzo, 2017. Disponible, en: <https://www2.itif.org/2017-data-competition.pdf> (julio, 2023).

KENNETH C.: 'Data, data everywhere' *The Economist* (London, 25 February 2010): <http://www.economist.com/node/15557443> (julio, 2023).

LUNDQVIST B.: "Standarization for the Digital Economy; the issue of Interoperability and Access under Competition Law", *The Antitrust Bulletin*, 2017, Vol. 62, núm. 4, págs. 710-725.

MAHNKE, R.: "Big Data as a Barrier to Entry", *CPI Antitrust Chronicle*, mayo de 2015. Disponible, en: <https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/Uploads/Mahnke2May-152.pdf> (julio, 2023)

MANDRESCU, D.: "The SSNIP Test and Zero-Pricing Strategies: Considerations for Online Platforms", *CoRe 4*, 2018.

MARTÍNEZ MORIEL, I.: "TrustPid o la denominada "supercookie europea": necesaria interacción entre el Derecho de la Competencia y la Protección de Datos para el desarrollo del Mercado Digital", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 995/2023.

MASSAGUER FUENTES, J. et. Al. (Dir.): *Comentario a la ley de defensa de la competencia*, 5ª ed., Civitas, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2017.

MAYER-SCHÖNBERGER, V. & CUKIER, K.: *Big data la revolución de los datos masivos*, Ed. Turner, Madrid, 2017.

NEWMAN, N.: "Search, antitrust, and the economics of the control of user data", *Yale Journal of Regulation*, 31, 2014.

MAIMON, O. y ROKACH, L.: *Data Mining and Knowledge Discovery Handbook*. Springer, New York, 2005.

OECD: *Handbook on Competition Policy in de Digital Age*, 2022. Disponible, en: <https://www.oecd.org/daf/competition-policy-in-the-digital-age/> (julio, 2023).

PAREJO ALFONSO, L.J.: *La vigilancia y la supervisión administrativas: un ensayo de su construcción como relación jurídica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

REIG FABADO, I.: "La adaptación del Derecho de competencia europeo en la era digital: algunos aspectos de la propuesta legislativa para las grandes plataformas digitales", en CASTELLÓ PASTOR, J.J. (Dir.): *Desafíos jurídicos ante la integración digital: aspectos europeos e internacionales*, Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), 2021.

ROSELLÓ RUBERT, F.M.: "Cloud computing para el pequeño empresario turístico: problemática contractual", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, num.49, Cizur Menor, 2019.

RUBINFELD, D. y GAL, M.: "Access Barriers to Big Data", *Arizona Law Review*, 2017. Disponible, en: <https://arizonalawreview.org/pdf/59-2/59arizrev339.pdf> (julio 2023).

SAMANIEGO, J.F.: "Big data" para desentrañar el futuro de Europa, 2018, disponible, en: <https://www.nobbot.com/big-data-en-europa/> (julio, 2023).

SIVINSKI, G. et al: "Is big data a big deal? A competition law approach to big data", *European Competition Journal*, 2017, Vol. 13, núm. 2-3, 199-227, [tps://doi.org/10.1080/17441056.2017.1362866](https://doi.org/10.1080/17441056.2017.1362866)

SOKOL, D./COMERFORD, R.: "Does Antitrust Have a Role to Play in Regulating Big Data? *Cambridge Handbook of Antitrust, Intellectual Property and High Tech*, Cambridge University Press, 2016, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2723693> (julio, 2023).

VALDÉS BURGUI, A.: "La distribución de bienes de consumo ante los cambios tecnológicos. Tendencias en la práctica de los órganos de defensa de la competencia", *Anuario de Derecho de la Competencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

VALERO TORRIJOS, J.: "El régimen jurídico de los datos de alto valor: dificultades y retos para su aplicación práctica", en VALERO TORRIJOS, J. y MARTÍNEZ GUTIERRES, R. (Dir.): *Datos abiertos y reutilización de la información del sector público*, Comares, Granada, 2022, págs. 81 y ss.

VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: "Titularidad y responsabilidad en la economía del dato", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 46, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

ZLOTNIK, A.: "Inteligencia Artificial en las Administraciones Públicas: definiciones, evaluación de viabilidad de proyectos y áreas de aplicación", *Boletic*, núm. 84, 2019.