



# **LA ECONOMÍA DE LOS DATOS. RETOS PARA LA COMPETENCIA.**

**Noviembre de 2016**

**REF. N.º: ES 12/2016**

«Come gather 'round people  
Wherever you roam  
And admit that the waters  
Around you have grown  
And accept it that soon  
Or You'll be drenched to the bone  
If your time to you  
Is worth savin'  
Then you better start swimmin'  
Or you'll sink like a stone  
For the times they are a-changin'.»

*The Times They Are A-Changin'*. Bob Dylan<sup>1</sup>. 13 de enero de 1964

«If a company's use of data is so bad for competition that it outweighs the benefits, we may have to step in to restore a level playing field. [...] we don't need a whole new competition rulebook for the big data world. Just as we didn't need one for a world of fax machines, or credit cards, or personal computers. What we do need is to pay close attention to these markets and to take action when it's necessary.»

*Competition in a big data world*. Margaret Vestager. 17 de enero de 2016<sup>2</sup>

«[...] we need to start looking at mergers with valuable data involved, even though the company that owns it doesn't have a large turnover. [...] I think there's a strong case for new EU rules as part of the answer. [...] if we do find that new EU legislation is the best way forward, I hope to put a proposal on the table early next year.» *Big data and competition*. 29 de septiembre de 2016<sup>3</sup>.

## CONTACTOS

Autoritat Catalana de la Competència  
Via Laietana, 60, 5a planta  
08003 Barcelona  
Tel: 93 552 81 60  
[autoritat.competencia@gencat.cat](mailto:autoritat.competencia@gencat.cat)  
[http://acco.gencat.cat/  
@competenciakat](http://acco.gencat.cat/@competenciakat)  
<https://telegram.me/competenciakat>

**Xavier Puig Soler**  
[xpuigs@gencat.cat](mailto:xpuigs@gencat.cat)  
[@xavipuigs](#)

**Susanna Grau Arnau**  
[sgrau@gencat.cat](mailto:sgrau@gencat.cat)  
[@susanna\\_grau](#)

---

<sup>1</sup> Nobel de Literatura del año 2016.

<sup>2</sup> [https://ec.europa.eu/commission/2014-2019/vestager/announcements/competition-big-data-world\\_en](https://ec.europa.eu/commission/2014-2019/vestager/announcements/competition-big-data-world_en)

<sup>3</sup> [http://ec.europa.eu/commission/2014-2019/vestager/announcements/big-data-and-competition\\_en](http://ec.europa.eu/commission/2014-2019/vestager/announcements/big-data-and-competition_en)



<b>(I) UNA NUEVA REALIDAD: LA ECONOMÍA DE LOS DATOS.....</b>	<b>6</b>
1.    La digitalización.....	6
2.    La interconexión digital.....	7
3. <i>Big data</i> .....	7
4.    El valor de los datos.....	8
5.    La acentuación del desequilibrio en los <i>two sided markets</i> .....	10
6.    Los efectos de red.....	11
6.1    Tradicionales.....	11
6.2    Volumen de datos (aprendizaje).....	12
6.3    Amplitud de la información.....	12
6.4    Retroalimentación entre las dos caras.....	13
<b>(II) RETOS PARA LA COMPETENCIA.....</b>	<b>14</b>
1.    Una perspectiva más amplia.....	14
2.    Riesgos para la competencia.....	15
2.1    Riesgo estructural: los <i>winners take it all</i> .....	16
2.2    Riesgo de comportamiento: Conductas restrictivas de la competencia.....	19
2.2.1    La degradación de la calidad del servicio.....	20
2.2.1.1    Trato preferencial.....	20
2.2.1.2    Incremento de beneficios.....	22
2.2.2    Dificultar la portabilidad de datos.....	26
2.2.3    Abusar del dominio en un ámbito y trasladarlo a otro.....	27
2.2.4    Limitar el acceso a los datos.....	27
2.2.4.1    Acuerdos en exclusiva.....	27
2.2.4.2    Operaciones de concentración.....	28
2.2.5    Coordinar precios o condiciones comerciales (algoritmos).....	31
2.2.6    La discriminación perfecta.....	32
2.2.6.1    La captura del excedente del consumidor por el oferente.....	33
2.2.6.2    Menores diferencias de precios.....	33
2.2.6.3    La exclusión del mercado.....	34
<b>(III) NECESIDAD DE CAMBIOS.....</b>	<b>35</b>
1.    Cambios regulatorios.....	35
1.1    Contratación pública.....	35
1.2    Defensa de la competencia.....	35
1.2.1    En relación con el control de las operaciones de concentración.....	36
1.2.1.1    Los umbrales.....	36
1.2.1.2    Los datos.....	36



1.2.1.3 Las operaciones embrionarias .....	37
1.2.1.4 Indicadores alternativos.....	38
1.2.2 En relación con el control de los comportamientos anticompetitivos .....	38
2. Cambios en la forma de actuar de las autoridades de competencia.....	39
2.1 Mayor coordinación.....	39
2.2 Mayor velocidad.....	40
2.3 Nuevos instrumentos (tecnológicos y de <i>soft law</i> ).....	40
2.3.1 En relación con el control de comportamientos.....	41
2.3.2 En relación con la promoción de la competencia .....	41
2.4 Nuevo enfoque en las operaciones de concentración.....	41
2.4.1 La definición de los mercados relevantes.....	42
2.4.2 Una visión omnicomprendensiva .....	43
2.4.3 Plazo de análisis .....	44
2.4.4 Inversión de la carga de la prueba .....	44
(IV) CONCLUSIONES .....	46

## PRELIMINAR

La *Autoritat Catalana de la Competència* (en adelante, «ACCO») es un organismo de la *Generalitat de Catalunya* de carácter independiente, regulado por la Ley 1/2009 de 12 de febrero de la *Autoritat Catalana de la Competència*, que, de conformidad con el art 2.1 de esta norma «tiene el objetivo de garantizar, mejorar y promover las condiciones de libre competencia y transparencia en los mercados respecto de las actividades económicas que se ejercen principalmente en Cataluña»<sup>4</sup>.

La innovación incide en las condiciones de competencia en los mercados en la medida que altera el comportamiento de los operadores que actúan en él e incluso puede modificar el funcionamiento de los mercados.

Es por ello que la ACCO ha trabajado en el análisis de importantes factores innovadores tales como la llamada economía colaborativa<sup>5</sup> o el autoconsumo eléctrico<sup>6</sup> con el fin de promover que las nuevas posibilidades tecnológicas contribuyan a mejorar las condiciones de competencia en los mercados, de tal forma que se incremente el bienestar de consumidores y usuarios.

Uno de los avances tecnológicos más significativos corresponde a la posibilidad de la captación de una ingente cantidad de información así como un rápido procesamiento de la misma (dos de las principales características que configuran el fenómeno conocido como *Big Data*). Ello no solo implica la aparición de operadores especializados en este tipo de actividades, sino que también hace posible «la economía de los datos».

En este sentido, amplía la rentabilidad de modelos de negocios basados en los datos y otorga más valor estratégico a la recopilación de los mismos. Las mayores posibilidades de obtención de ingresos a partir de la información hace más eficiente la estrategia de establecer un precio 0 en uno de los mercados del que dependen los modelos de negocio tipo plataforma (*two-sided*).

No obstante, el mercado en el que un operador ofrece su servicio a precio 0 no se encuentra exento de eventuales problemas de competencia en parámetros distintos al precio (significativamente, calidad: ya sea entendida como información adecuadamente clasificada o el nivel de privacidad ofrecido a los usuarios). Por ello las autoridades de competencia deberán necesariamente abandonar una perspectiva *Price-centric* y adentrarse en la valoración de otros parámetros ya previstos en la Ley de Defensa de la Competencia.

Este es sólo uno de los retos que plantea este nuevo entorno (la economía de los datos). En este documento se explora la posibilidad de que los mismos requieran cambios regulatorios y de forma de actuar por parte de las autoridades de competencia.

El documento se estructura en 3 partes: (i) caracterización del fenómeno, (ii) principales retos y (iii) posibles respuestas de índole regulatoria y de forma de actuar de las autoridades de competencia.

---

<sup>4</sup> Este documento se enmarca en la función de promoción de la competencia, tiene carácter divulgativo y, por tanto, las referencias a operadores concretos persiguen únicamente el objetivo de ilustrar la realidad a la que se quiere hacer mención, sin que en ningún caso supongan una validación de su actuación en términos de política de competencia.

<sup>5</sup> *TRANSACCIONES ENTRE IGUALES (P2P). UN PASO ADELANTE*. Mayo de 2016. ACCO. Xavier Puig y Susanna Grau. <http://acco.gencat.cat/ca/detall/article/ES-10-2016.-Transaccions-entre-iguals-P2P-i-competencia.-Un-pas-endavant>

<sup>6</sup> *El autoconsumo eléctrico y la competencia*. Mayo de 2016. ACCO. Xavier Puig y Susanna Grau. <http://acco.gencat.cat/ca/detall/noticia/LACCO-fa-publicues-unes-observacions-sobre-lautoconsum-electric-i-la-competencia>



## (I) UNA NUEVA REALIDAD: LA ECONOMÍA DE LOS DATOS

La evolución tecnológica ha conllevado cambios significativos en múltiples ámbitos y la economía no ha quedado ajena a los mismos.

Algunos de los cambios más recientes y significativos que ha suscitado la tecnología en la economía han consistido en la aparición de múltiples operadores que basan su modelo de negocio en el tratamiento de la información y que pueden acceder a la misma gracias a (i) una creciente digitalización (transformación de bienes físicos a información) que ha permitido las interacciones digitales (a diferencia de las físicas, dejan constancia –información-) y (ii) un amplio volumen de información (internet y los sensores).

Los cambios indicados no sólo han permitido la proliferación de los modelos de negocios basados en el tratamiento de información sino que, singularmente, se corresponden con aquellos operadores que han conseguido éxitos más significativos recientemente (desde Google hasta Facebook, Whatsapp o LinkedIn pasando por Uber y Airbnb).

### 1. La digitalización

Desde la revolución industrial hasta bien avanzado el siglo XX la ventaja competitiva más relevante de los operadores económicos se fundamentaba en su capacidad de producir y distribuir un bien o producto físico. No obstante, en las décadas que nos preceden se ha producido un fenómeno muy particular de transformación de los bienes físicos (átomos) a la información (bits). En otros términos, cada vez resulta menos relevante el soporte y más la información.

Los que han podido vivir las 3 últimas décadas han conocido los cassettes y los CD. Igualmente, han comprado y visionado vídeos (videocassetes) y han consultado las páginas amarillas. Muy probablemente las niñas y niños que nacen hoy no utilizarán nunca ninguno de los soportes físicos mencionados. Únicamente, datos. Por ejemplo, a través de servicios ofrecidos por Spotify (música), Netflix (vídeo) o Google (como directorio de información de contacto de las empresas). Y quizá utilicen menos libros en papel y más libros electrónicos.

Si no se hubiese producido el avance tecnológico que ha permitido desmaterializar la información, no habrían aparecido ninguna de las compañías antes descritas. Google nace como respuesta al problema que suscita la aparición de multitud de información digital que requiere ser ordenada para poder ser consultada con facilidad. Sin un ingente volumen de información digital en términos de noticias, música, vídeo, etc. Google nunca habría existido. No habría tal necesidad.

Una tendencia que, lejos de desaparecer, parece que se consolidará, con la eventual utilización masiva de las impresoras 3D.

Así, la ventaja competitiva más relevante parece haberse trasladado de la producción y la distribución a la información (los datos) y su gestión<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Tal y como se expondrá, la gestión de la información puede depender también en gran medida de los datos o interacciones tanto o más que del algoritmo. En este sentido los algoritmos parece que se estarían convirtiendo en una especie de *commodity* y que pueden conseguirse o perfeccionarse a partir de iniciativas como «Kaggle.com».

## 2. La interconexión digital

A la desmaterialización de la información (ya no es necesario un soporte físico) hay que añadir las posibilidades de interacción digital que ha permitido internet. Internet, no deja de ser una red que nos pone en contacto digital y que permite multitud de interacciones telemáticas. Fruto de estas posibilidades han aparecido multitud de operadores en el marco de lo que se ha convenido llamar «Internet 2.0» (internet relacional). Entre los mismos se encuentran Wikipedia, Facebook, Uber, Airbnb, Tripadvisor y otros.

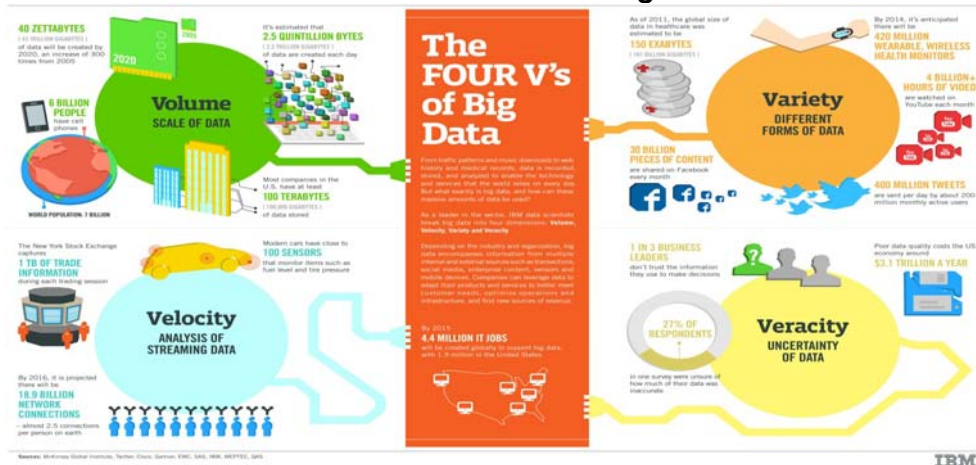
Es decir, sin internet, no existirían las posibilidades de trabajo colectivo o colaborativo, como Wikipedia o tripadvisor, ni tampoco habrían aparecido empresas como Uber y Airbnb que trabajan para hacer más eficiente la conexión entre oferentes y demandantes a través de los medios digitales. Tampoco existiría Facebook si una interacción, antes restringida al ámbito personal (tener una relación de amistad con alguien), no hubiese podido ser configurada de forma digital.

En cualquier caso, estamos a las puertas de una nueva revolución<sup>8</sup> en la medida de que las interacciones digitales dejen de estar prácticamente monopolizadas por las personas para también abarcar la intercomunicación entre los objetos *Internet of Things*<sup>9</sup> (en adelante, IoT). Probablemente la implantación masiva del IoT permitirá la aparición de nuevos operadores que compartirán, con los anteriormente mencionados, la característica de que su modelo de negocio pivote sobre la información.

## 3. Big data

Múltiples operadores económicos, conscientes de la importancia creciente de los datos, han invertido en aspectos relacionados con los mismos. Singularmente en su obtención y tratamiento. Ello ha dado lugar al fenómeno conocido como *Big Data* caracterizado por las «4v»: volumen, variedad, velocidad (de procesamiento) y veracidad.

Ilustración 1.- Las 4 v del *Big data*<sup>10</sup>



<sup>8</sup> «¿Internet de las cosas? ¡Tranquilos!» *La Vanguardia-Dinero*, 25 de septiembre de 2016. Fernando Trias de Bes Mingot. <http://www.esade.edu/web/esp/about-esade/today/esade-opinion/viewelement/324781/1/internet-de-las-cosas-tranquilos>

<sup>9</sup> *BIG DATA: INDIVIDUAL RIGHTS AND SMART ENFORCEMENT*, European Data Protection Supervisor-BEUC Joint Conference Brussels, Bélgica, 26 de septiembre de 2016. Remarks of Commissioner Terrell McSweeney [https://www.ftc.gov/system/files/documents/public\\_statements/987103/mcsweeney\\_euro\\_data\\_protection\\_conf\\_9-29-16.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/987103/mcsweeney_euro_data_protection_conf_9-29-16.pdf) «Last year, Cisco released a report predicting that the Internet of Things will generate more than 500 zettabytes of data a year by 2019 – or the rough equivalent of all the data created from the dawn of the written word to the dawn of the Internet.» *Cisco Global Cloud Index: Forecast and Methodology*, 2014–2019 White Paper, 21 de abril de 2016.

[http://www.cisco.com/c/en/us/solutions/collateral/service-provider/global-cloud-indexgci/Cloud\\_Index\\_White\\_Paper.pdf](http://www.cisco.com/c/en/us/solutions/collateral/service-provider/global-cloud-indexgci/Cloud_Index_White_Paper.pdf).

<sup>10</sup> <http://www.ibmbigdatahub.com/infographic/four-vs-big-data>





#### 4. El valor de los datos

La obtención de datos requiere de un gasto por parte de las empresas ya sea en forma de implementación de sistemas más o menos sofisticados de recopilación de información (sensores) o a través del ofrecimiento de productos (*smartphones*) o servicios (Google) gratis o subvencionados con el fin de poder captar información de los usuarios para después obtener un beneficio económico a partir de la misma.

La captación de datos puede resultar más o menos evidente<sup>11</sup>:

La FTC ha tenido que advertir<sup>12</sup> a los desarrolladores de aplicaciones en relación con el uso de un software que permite, sin notificar a los usuarios, escuchar a través del teléfono móvil con el fin de detectar el uso televisivo de los usuarios.

También han aparecido noticias<sup>13</sup> conforme algunas *Smart TV* o muñecos *Smart* estarían escuchando las conversaciones que acontecen a su alrededor. Esta circunstancia fue recogida en un informe de la *Competition and Markets Authority (CMA)*<sup>14</sup>.

En la era del IoT cada vez más productos recopilarán información. Recientemente se ha hecho pública<sup>15</sup> una demanda en relación con la recopilación de datos de un vibrador (se configuraba a través de una *app*).

Google ha sido acusada de evitar las configuraciones de privacidad del navegador de Apple Safari con el fin de poder obtener información de los usuarios mediante *cookies*<sup>16</sup>.

En cualquier caso y sin entrar por el momento en consideraciones sobre la privacidad (que también puede ser vulnerada en relación con el uso posterior de la información recopilada), la obtención de datos requiere de una inversión con lo que aquel operador que dispone de los mismos ostenta una ventaja competitiva. Estos grandes cuerpos de datos se están convirtiendo en un activo central en la economía, impulsando nuevas industrias, procesos y productos y creando significantivas ventajas competitivas<sup>17</sup>.

Algunos<sup>18</sup> han afirmado que los datos son como el petróleo (un input básico, quizá esencial, para el funcionamiento de la economía en su conjunto y de importante valor económico).

Apuntar únicamente que la consideración de los datos como un *input* básico o esencial presenta consecuencias jurídicas muy relevantes. En particular, en caso de efectivamente conceptualizar los datos como un elemento esencial, las autoridades de competencia podrían imponer, bajo determinadas circunstancias, a quien dispone de los mismos la obligación de garantizar el acceso de sus competidores a tal información. Para considerar que estamos ante un *input* esencial deben concurrir las siguientes circunstancias: (i) ausencia de

<sup>11</sup> «Your Coffeemaker Is Watching You», *The Atlantic*, julio/agosto de 2016

<http://www.theatlantic.com/magazine/archive/2016/07/your-coffeemaker-is-watching-you/485597/?preview=VjDYOXUkmMWwsJe5MWcW3SkhVmQ%20...https://twitter.com/DataCompetition/status/784197284799983616>

<sup>12</sup> <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2016/03/ftc-issues-warning-letters-app-developers-using-silverpush-code>  
<https://www.ftc.gov/news-events/blogs/business-blog/2016/03/letters-app-developers-caution-against-info-surprises>

<sup>13</sup> <http://www.bbc.com/news/technology-31296188> <https://www.theguardian.com/technology/2015/mar/13/smart-barbie-that-can-listen-to-your-kids-privacy-fears-mattel>

<sup>14</sup> Párrafo 4.90

[https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/435817/The\\_commercial\\_use\\_of\\_consumer\\_data.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/435817/The_commercial_use_of_consumer_data.pdf)

<sup>15</sup> 23 de setiembre de 2016 <http://www.elladodelmal.com/2016/09/internet-of-sexy-things-una-mujer.html>

<sup>16</sup> 30 de agosto de 2016. «Google Just Agreed to Pay \$5.5 Million to Settle Claims It Hacked Apple's Browser»

<http://fortune.com/2016/08/30/google-safari-class-action/>. También en relación con Safari, resulta destacable este asunto entre la FTC y Google: *United States v. Google Inc.* [No. CV 12-04177 SI (N.D. Cal. Nov. 16, 2012)] [https://en.wikipedia.org/wiki/United\\_States\\_v.\\_Google\\_Inc.](https://en.wikipedia.org/wiki/United_States_v._Google_Inc.)

<sup>17</sup> «These large data sets are becoming a core asset in the economy, fostering new industries, processes and products and creating significant competitive advantages», <http://www.oecd.org/sti/economy/data-driven-innovation.htm>

<sup>18</sup> <https://www.quora.com/Who-should-get-credit-for-the-quote-data-is-the-new-oil>





## (I) UNA NUEVA REALIDAD: LA ECONOMÍA DE LOS DATOS

alternativas<sup>19</sup> y (ii) obstáculos de índole técnica, legal o económica<sup>20</sup> que hagan irracionalmente difícil para cualquier otro operador competir<sup>21</sup> con quien ostenta el *input* esencial si no obtiene acceso al *input* que se encuentra en su poder<sup>22</sup>.

No obstante, si bien el símil datos/petróleo parece acertado en base a las características indicadas en relación con su trascendencia, no captura adecuadamente otros elementos que singularizan los datos y que son, quizá, origen de alguna confusión.

Así, a diferencia del petróleo, los datos llevan aparejado el problema de la privacidad y además, la información constituye un bien, no un rival; es decir, la captación por parte de una determinada empresa no impide la recopilación de la misma información por parte de un competidor, a diferencia del petróleo que únicamente lo puede consumir una empresa y nunca dos a la vez. No obstante, la «no rivalidad» de los datos no impide que quien los ha obtenido excluya o trate de excluir a los competidores de su almacén de datos.

Por este motivo, cada vez más operaciones de concentraciones se explican en base a la obtención de información<sup>23</sup>, la siguiente ilustración recoge algunos ejemplos<sup>24</sup>:

<sup>19</sup> El *input* resulta necesario. «Necesidad objetiva del insumo» en términos de la Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:ES:PDF>

<sup>20</sup> De manera que no quede restringida únicamente a aquellos operadores con capacidad económica adecuada para la masiva recopilación de información.

<sup>21</sup> «La Comisión considerará si el suministro del insumo denegado es objetivamente necesario para que los operadores puedan competir eficazmente en el mercado. Esto no significa que sin el insumo denegado ningún competidor podría introducirse o sobrevivir en el mercado descendente (1). Se considerará más bien que un insumo es imprescindible cuando no haya ningún sustituto real o potencial en el que puedan basarse los competidores del mercado descendente para contrarrestar —al menos a largo plazo— las consecuencias negativas de la denegación» en términos de la Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:ES:PDF>

<sup>22</sup> Párrafos 44-45. Case C-7/97 *Bronner* [1998] ECR I-7791 <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-7/97>

<sup>23</sup> Según una estimación de la OCDE recogida por los Srs. Ariel Ezrachi y Maurice Stucke, estas operaciones se duplicaron con creces entre 2008 y 2013 (de 55 a 134).

[http://data.parliament.uk/writtenevidence/committeeevidence.svc/evidencedocument/eu-internal-market-subcommittee/online-platforms-and-the-eu-digital-single-market/written/23223.html#\\_ftn9](http://data.parliament.uk/writtenevidence/committeeevidence.svc/evidencedocument/eu-internal-market-subcommittee/online-platforms-and-the-eu-digital-single-market/written/23223.html#_ftn9). La misma estimación se encuentra referenciada en el *Report of workshop on Privacy, Consumers, Competition and Big Data 2 June*. 11 de julio de 2014.

[https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/Consultation/Big%20data/14-07-11\\_EDPS\\_Report\\_Workshop\\_Big\\_data\\_EN.pdf](https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/Consultation/Big%20data/14-07-11_EDPS_Report_Workshop_Big_data_EN.pdf)

<sup>24</sup> Elaboración propia a partir de estas informaciones: Facebook: <http://www.statista.com/statistics/225771/price-of-selected-acquisitions-by-facebook-since-2009/>; Google: <http://www.statista.com/statistics/192300/price-of-selected-acquisitions-by-google/>; Microsoft (hasta 2014): <http://www.onlinemarketing-trends.com/2014/12/top-10-list-of-most-cash-guzzling.html>; BMW, Audi, Mercedes: <http://www.autoevolution.com/news/audi-bmw-and-mercedes-benz-conclude-the-acquisition-of-here-102602.html>. La adquisición de LinkedIn por parte de Microsoft estaría valorada en 26 000 millones de dólares. 13 de junio de 2016. *Bloomberg*, «Microsoft Pays \$26 Billion for LinkedIn in Biggest Deal Yet» <http://www.bloomberg.com/news/articles/2016-06-13/microsoft-to-buy-linkedin-in-deal-valued-at-26-2-billion-ipe079k9>. No obstante, la operación estaría siendo objeto de revisión por parte de las autoridades de competencia europeas. Salesforce así lo habría solicitado: 29 de septiembre de 2016. *Reuters*, «Salesforce urges EU to probe Microsoft, LinkedIn antitrust issues» <http://www.reuters.com/article/us-linkedin-m-a-microsoft-salesforce-idUSKCN11Z2YV> y la Unión Europea habría ya enviado requerimientos de información. «UE Sent Questionnaires About Microsoft-LinkedIn Deal to Rivals», 22 de octubre de 2016. <http://www.wsj.com/articles/eu-sent-questionnaires-about-microsoft-linkedin-deal-to-rivals-1477144129>. En esta interesante conferencia celebrada en Bruselas el pasado día 3 de octubre de 2016, el Sr. Damien Neven apuntó en el momento 1:15:55 que quizá LinkedIn no tiene un volumen de negocio que permitiera la valoración de las autoridades de competencia europea al no superar los límites legales establecidos a tal efecto. «Big data, digital platforms and market competition», <http://bruegel.org/events/big-data-digital-platforms-and-market-competition/>. En esta información se puede observar el coste por usuario de distintas operaciones de concentración conocidas en el sector tecnológico: <https://techcrunch.com/2014/02/25/the-age-of-acquisitions/> «Visualizing 15 Years Of Acquisitions By Apple, Google, Yahoo, Amazon, And Facebook», 25 de febrero de 2014. También resulta interesante este interactivo sobre operaciones de concentración protagonizadas por gigantes tecnológicos: Hungry Tech Giants. Simply Business. <http://www.simplybusiness.co.uk/microsites/hungry-tech/>;

**Ilustración 2.- Algunas operaciones de concentración relevantes en términos de adquisición de información**

Adquirente	Adquirida	Precio	Año
Microsoft	LinkedIn	26.000 M \$	2016
Facebook	WhatsApp	19.000 M \$	2014
Microsoft	Skype	8.500 M \$	2011
Google	Nest	3.200 M \$	2014
Google	Doubleclick	3.100 M \$	2008
Audi  Mercedes-Benz	Veeva	2.800 M \$	2015
Google	YouTube	1.600 M \$	2006
Google	Waze	1.100 M \$	2013
Facebook	Instagram	1.000 M \$	2012

### 5. La acentuación del desequilibrio en los *two sided markets*

El valor de los datos deriva esencialmente de su posterior uso; generalmente con fines publicitarios (permiten a los anunciantes definir mejor el perfil u objetivo al que se dirigen).

Esta circunstancia ha incidido de forma muy particular en la estrategia de los gestores de las plataformas que operan en mercados de doble cara (*two-sided markets*) y que se caracterizan por poner en contacto a dos colectivos distintos y en el que por lo menos uno de los colectivos valora positiva la concurrencia del otro.

Esta estructura no es nada nueva y comprende desde periódicos (lectores y anunciantes), televisión (televidentes y anunciantes) y radio (oyentes y anunciantes) hasta aeropuertos (compañías aéreas y viajeros) o centros comerciales (compradores y tiendas).

Tal y como se ha expuesto, en muchos de estos ámbitos se ha producido primero un proceso de conversión del formato físico al digital que ha permitido una obtención creciente de valiosa información proveniente de los usuarios que puede ser rentabilizada, por ejemplo, ofreciendo la posibilidad de que aparezcan anuncios cada vez más personalizados al público objetivo del diseñador de la campaña de *marketing* correspondiente.

Es decir, en el medio digital el oferente de contenidos no sólo obtiene una compensación monetaria por los mismos, sino que también información sobre como los usuarios interactúan con el contenido ofrecido.

Antiguamente un vendedor de un periódico o de libros únicamente obtenía el precio del mismo y desconocía la identidad del comprador, así como el uso posterior del mismo. Hoy en día, operadores como Amazon no sólo obtienen el precio monetario que abonamos cuando compramos uno de sus libros, sino que tienen o podrían tener información de: (i) todo nuestro historial de adquisiciones, (ii) lo que subrayamos (iii) cuando avanzamos rápido las páginas o lentos, (iv) en qué punto abandonamos un determinado libro, (v) a partir de qué punto de lectura la gran mayoría de lectores terminan el libro, etc.<sup>25</sup>

En cierto modo, percibe un doble ingreso de tal forma que la maximización del conjunto de los mismos puede consistir en renunciar a uno de los ingresos. Así, puede que la estrategia

<sup>25</sup> «Your E-Book Is Reading You», *The Wall Street Journal*, 19 de julio de 2012.  
<http://www.wsj.com/articles/SB10001424052702304870304577490950051438304>



## (I) UNA NUEVA REALIDAD: LA ECONOMÍA DE LOS DATOS

más eficiente sea la de ofrecer el contenido de forma gratuita (atrayendo todos los usuarios posibles de un lado del mercado) para obtener mayores ingresos en la otra parte del mercado (anunciantes) en base a la mayor información recopilada (a partir de un número superior de usuarios y de interacciones). Amazon ya ha patentado la posibilidad de que aparezca publicidad mientras los usuarios leen libros en formato digital<sup>26</sup>.

También éste ha sido el modelo seguido por empresas como Google que, aunque obviamente incurre en un importante coste para ofrecer sus servicios, no impone coste monetario alguno a sus usuarios que utilizan el buscador. De esta forma obtiene la práctica totalidad de sus ingresos a partir de los pagos que realizan los anunciantes para publicitarse a su *target* más selectivo. Gracias a la información captada por Google un publicista puede determinar que su anuncio únicamente aparezca cuando un usuario introduce unos determinados términos en el buscador, que se encuentre en un país concreto, o que tenga unos gustos determinados<sup>27</sup> etc. Unas posibilidades que, en ausencia de los datos asociados a la interacción digital previa con los usuarios, no existirían.

En consecuencia, en una economía cada vez más dirigida/caracterizada por los datos resulta más frecuente observar operadores que ofrecen servicios y bienes gratuitos con el objetivo de intentar conseguir el mayor número de usuarios y de interacciones posibles, asumiendo las pérdidas que derivan directamente de esta estrategia, conscientes de que podrán sobrecompensar las mismas a partir de la explotación de los datos obtenidos.

En este escenario el precio deja de ser significativo; al menos en relación con una de las caras del mercado - en la que se ofrece el bien o servicio gratuitamente - en que operan este tipo de plataformas (que como se ha expuesto son estructuras relativamente comunes y frecuentes).

### 6. Los efectos de red<sup>28</sup>

#### 6.1 Tradicionales

El efecto de red tradicional se puede definir como aquel en que un determinado usuario de un servicio obtiene una mejor experiencia en la medida que otros usuarios también lo utilizan.

Si me instalo una aplicación de mensajería instantánea en el teléfono la utilidad que obtengo de la misma depende directamente del número de mis contactos que también utilicen esta aplicación. Como más familiares, amigos y conocidos opten por la misma aplicación más útil me resultará.

Los mecanismos de reputación también se benefician de estos efectos de red: el valor que un usuario obtiene cuando consulta tripadvisor depende de las personas que previamente también han utilizado este servicio con el fin de exteriorizar su opinión.

<sup>26</sup> «Amazon Patent Details Ad-Supported Kindle Books», 7 de julio de 2009, *Gizmodo*. [http://gizmodo.com/5309001/amazon-patent-details-ad-supported-kindle-books?trending\\_test\\_three\\_e&utm\\_expid=66866090-68.Rvuykf2gT9qOAx\\_axtw3\\_w.2&utm\\_referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.es%2F](http://gizmodo.com/5309001/amazon-patent-details-ad-supported-kindle-books?trending_test_three_e&utm_expid=66866090-68.Rvuykf2gT9qOAx_axtw3_w.2&utm_referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.es%2F)

<sup>27</sup> About targeting your ads by audience interests.  
<https://support.google.com/adwords/answer/2497941?hl=en>

<sup>28</sup> La sistematización se ha fundamentado en la exposición contenida en el muy recomendable libro *Big data and competition policy*, Maurice E. Stucke & Allen P. Grunes, Oxford, 2016.



### 6.2 Volumen de datos (aprendizaje)<sup>29</sup>

Algunos de los servicios propios de la sociedad de la información se prestan mediante el uso de algoritmos que tienen una característica muy particular: aprenden a partir de su propio funcionamiento en relación con las reacciones de los usuarios.

Imaginemos que aparece una nueva compañía llamada «Tesla». Cuando alguien introduce este término en un buscador sería probable que inicialmente el buscador ofreciera como resultado la página de la Wikipedia relativa a Nikola «Tesla» (ingeniero eléctrico). A medida que el propio buscador perciba que más y más usuarios en lugar de acceder a este contenido acceden a un contenido que aparece más relegado en los resultados que ofrece el mismo buscador, lo irá priorizando. Es decir, el buscador cuando un usuario introduce un determinado término realiza un cálculo de probabilidades con el fin de ofrecer la información que considera que con un mayor porcentaje está buscando el usuario. Si un buscador tiene un número menor de interacciones, por más bien confeccionado que esté, le resultará especialmente difícil recalibrar estas probabilidades.

Así, si un usuario utiliza un buscador con más interacciones es más probable que cuando introduzca el término «Tesla» se le ofrezca la información de coches que seguramente está buscando (tesla.com de Tesla Motors, Inc.) con lo que se beneficiará de otras interacciones de otros usuarios que le habrán permitido al buscador perfeccionar el referido recalcado de probabilidades.

En consecuencia, como mayor sea el número de usuarios (o más precisamente, de interacciones) que usan el algoritmo, mejor será el propio algoritmo y por tanto, mejor servicio ofrecerá a sus usuarios<sup>30</sup>. Nuevamente, la utilidad que obtengo a partir del uso del algoritmo se encuentra positivamente correlacionada con el número de usuarios que lo utilizan<sup>31</sup>.

### 6.3 Amplitud de la información

Los efectos de red también pueden ser concebidos de forma individual. En este sentido, la red se encontraría configurada por los distintos ámbitos de interacción entre un usuario y el operador que recopila sus datos. Así, cuantos más ámbitos de interacción existan con un determinado operador, más personalizado puede ser el servicio que el usuario obtiene.

Continuando con el ejemplo del buscador, el mismo se nutre no solo de los datos obtenidos por el propio buscador (Google), sino también de otras informaciones como por ejemplo del contenido de los correos electrónicos (Gmail) o del uso de nuestro teléfono (Android), historial de navegación (Chrome), videos visionados (Youtube) o incluso presencia en el domicilio (a partir de datos del termostato Nest).

<sup>29</sup> Los efectos de red vinculados al aprendizaje se encuentran habitualmente relacionados con las potencialidades derivadas del «Machine learning».

<sup>30</sup> El grado de dependencia que el algoritmo tiene de los datos/interacciones para su buen funcionamiento depende de la tarea que el mismo tiene que resolver. Así lo apuntó el Sr. Hal Varian, Chief Economist de Google, cuando señaló que el reconocimiento de imagen y de voz requería de abundante información. «Big data, digital platforms and market competition», <http://bruegel.org/events/big-data-digital-platforms-and-market-competition/>, 3 de octubre de 2016, *Bruegel*.

<sup>31</sup> Por ello se considera que este fenómeno constituye un efecto de red aunque el Chief Economist de Google, Sr. Hal Varian, afirme lo contrario. «Big data, digital platforms and market competition» <http://bruegel.org/events/big-data-digital-platforms-and-market-competition/>, 3 de octubre de 2016, *Bruegel*. «Si bien es cierto que esta economía de red tiene un impacto inicial en el lado de la oferta (permite ofrecer un servicio sustancialmente mejor). El Sr. Varian apunta que este factor no es distinto al ofrecer un producto/servicio, tener éxito y, con los ingresos obtenidos, mejorarlo. No obstante, se considera que el *Machine learning* conlleva una mejora directa de su uso (no requiere ninguna inversión adicional) de tal forma que la causa de la mejora es atribuible directamente al uso por parte de múltiples usuarios. En el ejemplo del Sr. Varian, la mejora del rendimiento del servicio depende del acierto en la reinversión de los ingresos obtenidos de un producto o servicio de éxito.»



## (I) UNA NUEVA REALIDAD: LA ECONOMÍA DE LOS DATOS

A modo ilustrativo, si un usuario introduce al buscador el término «Tivoli» sin tener activado el GPS y por la información que ostenta Google cree que el usuario se encuentra en Barcelona quizá le ofrecerá información del Teatro Tivoli. Probablemente, si el usuario se encuentra en Copenhague y tiene activado el gps del teléfono android e introduce el mismo vocablo, la primera información que se le facilitará será la relativa al parque de atracciones homónimo de la capital danesa.

### 6.4 Retroalimentación entre las dos caras

En los mercados de doble cara es probable que el número de usuarios en la otra vertiente (cara 2) incremente el valor para el usuario de la primera cara (cara 1).

La utilidad de un potencial usuario de Uber será mayor cuanto mayor sea el número de oferentes (el tiempo de espera será menor). Asimismo, para los potenciales oferentes, Uber será más atractivo cuanto más grande sea el número de potenciales clientes a los que puedan acceder a través de la mencionada aplicación. Ambos efectos se retroalimentan.

Por tanto, hay que tener en cuenta también que los efectos de red no se circunscriben al incremento de usuarios que ocupan una misma posición en un determinado sector (p.ej usuario; como era el ejemplo relativo a los efectos de red tradicionales en que el incremento de utilidad dependía de un mayor número de usuarios –whatsapp–) sino que el incremento de utilidad puede producirse también a partir del crecimiento de otra tipología de usuarios (oferentes –Uber– cuanta más oferta, menor tiempo de espera).

## (II) RETOS PARA LA COMPETENCIA

### 1. Una perspectiva más amplia

Anteriormente se ha apuntado que el importante rendimiento económico que se puede obtener a partir de los datos ha fortalecido la estrategia consistente en que operadores en mercados de doble cara que se fundamentan en la información. Estos eximan mediante el pago monetario a los usuarios con el fin de conseguir atraerles en el máximo número posible y obtener toda la información posible de esta relación comercial.

La estrategia anteriormente descrita conlleva que los usuarios reciban un producto o servicio gratuitamente. No obstante, por contraintuitivo que inicialmente pueda parecer, también en un mercado en el que los usuarios reciben un servicio a precio monetario 0 pueden existir problemas de competencia que incidan negativamente en su bienestar.

En concreto, el bienestar de los usuarios no sólo depende del precio que monetariamente abonan por el servicio sino también de la calidad del mismo<sup>32</sup> y la variedad de oferta a su disposición.

El mandato del legislador de las autoridades de competencia comprende no solo tomar en consideración la variable «precio» sino también otros elementos que inciden en el bienestar del consumidor como es: «la cantidad de productos ofrecida», «su variedad» y «su calidad».

Resulta preciso destacar el contenido del primer párrafo del preámbulo de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, «LDC»):

**«La existencia de una competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado, disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos en favor de los operadores o las técnicas más eficientes. Esta eficiencia productiva se traslada al consumidor en la forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del bienestar del conjunto de la sociedad».**

Entre las variables cualitativas se encuentra la privacidad de sus datos. Un elemento que también puede ser concebido como un «precio no monetario». Concretamente en relación con el factor cualitativo, en el marco de una mesa redonda de la OCDE<sup>33</sup>, las autoridades de competencia lo consideraron específicamente un objetivo aun siendo conscientes de la subjetividad inherente a este elemento<sup>34</sup>.

Si bien en el ámbito de promoción de la competencia con cierta frecuencia se hace referencia a factores distintos del precio con el fin de realzar las virtudes de la competencia, resulta más difícil identificar consideraciones en relación con estos mismos factores en los procedimientos de defensa de la competencia.

Todo parece indicar que las autoridades de competencia deberán analizar aspectos distintos del precio en sus análisis de competencia. Tal y como se expondrá, algunas ya han tenido que adoptar esta perspectiva más amplia para tratar algunos casos que presentaban las

<sup>32</sup> Cuando el producto es gratis, la calidad deviene especialmente relevante según la Comisión Europea. «Microsoft/Yahoo! Search Business (Case Comp/M.5727)», Commission Decision C(2010) 1077 [2010] OJ C 020/08, para 101; Microsoft/Slype (Case Comp/M.6281), Commission Decision C(2011)7279, 7 de octubre de 2011, par. 81.

<sup>33</sup> OECD Policy Roundtables: «The Role and Measurement of Quality in Competition Analysis», 28 de octubre de 2013, <http://www.oecd.org/competition/Quality-in-competition-analysis-2013.pdf>, P. 22

<sup>34</sup> Ibid. P. 6.



características antes anunciadas. Singularmente, constituye un hito en este sentido el llamado «caso Google» por parte de la DG Comp<sup>35</sup>.

Apuntar también que uno de los objetivos de las autoridades de competencia es el de garantizar la variedad que deriva de la competencia.

La variedad es un factor si cabe más sensible en determinados ámbitos, como el de los medios de comunicación<sup>36</sup> en que la variedad puede incluso ser sinónimo de calidad informativa vista en su conjunto. En términos de quien fue Director de la FTC, el Sr. Robert Pitofsky: «Competencia es más que economía... y creo que si tienes asuntos en el ámbito del negocio de prensa, de los libros, en general de las noticias, entretenimiento, creo que debes ser más cuidadoso y amplio en tu investigación que si los mismos problemas acontecen en el ámbito de los cosméticos, de la ebanistería o de las minas de carbón. Quiero decir, si alguien monopoliza el campo de los cosméticos, ellos quitarán el dinero de los bolsillos de los consumidores, pero las implicaciones para los valores democráticos son cero. En cambio, si monopolizan libros, estás hablando de implicaciones que van más allá de lo que el precio mayorista debería ser»<sup>37</sup>.

Más recientemente, Giovanni Buttarelli - actual supervisor de la protección de datos a nivel europeo (EDPS) - afirmó<sup>38</sup>: «¿Qué sucedería si Twitter fuese adquirido por un gigante digital? Esto debería ser del interés de las autoridades de protección de los consumidores y de las de competencia, así como de la comunidad en defensa de la privacidad. Tendría implicaciones reales para la libertad de expresión *online*. El control de concentraciones se preocupa de la protección de la pluralidad de los medios de comunicación - esto es una preocupación del mundo analógico. Necesitamos actualizarla en relación con la realidad digital en la medida que una mayor parte de nuestras vidas y objetos se trasladan al mundo online.»

En el marco de la operación de concentración entre AT&T Inc. y Time Warner Inc., hay quien indica la necesidad de tomar en consideración el impacto de esta operación en la variedad de los medios de comunicación<sup>39</sup>.

## 2. Riesgos para la competencia

La economía caracterizada por los datos como elemento de especial relevancia presenta algunas características singulares entre las que destacan su dinamismo y la presencia habitual de alguno de los efectos de red previamente recogidos. La conjunción de ambos aspectos supone que una actuación poco decidida por parte de las autoridades de

<sup>35</sup> [http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case\\_details.cfm?proc\\_code=1\\_39740](http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39740)

<sup>36</sup> «The merger may therefore lead to higher prices or a reduction in choice and quality for readers.» Press release: «Specialist magazines merger could face in-depth investigation. 7 de octubre de 2016. <https://www.gov.uk/government/news/specialist-magazines-merger-could-face-in-depth-investigation>

<sup>37</sup> Referencia recogida por el Sr. Maurice Stucke en el marco de una entrevista. 26 de septiembre de 2016. *How Can Antitrust Be Used to Protect Competition in the Digital Marketplace?*

<https://promarket.org/digital-market-not-going-correct/>

«Antitrust is more than economics . . . . And I do believe if you have issues in the newspaper business, in book publishing, news generally, entertainment, I think you want to be more careful and thorough in your investigation than if the very same problems arose in cosmetics, or lumber, or coal mining. I mean, if somebody monopolizes the cosmetics fields, they're going to take money out of consumers' pockets, but the implications for democratic values are zero. On the other hand, if they monopolize books, you're talking about implications that go way beyond what the wholesale price of the books might be.»

Las declaraciones del Sr. Pitofsky fueron recogidas inicialmente en el Washington Post. Alec Klein, «A Hard Look at Media Mergers», *Wash. Post*, 29 de noviembre, 2000 (quoting Robert Pitofsky, FTC Chairman).

<https://www.washingtonpost.com/archive/business/2000/11/29/a-hard-look-at-media-mergers/d8380c2d-92ee-4b1b-8ffd-f43893ab0055/>

<sup>38</sup> «What if Twitter were acquired by a digital giant? This should be of interest to consumer enforcers and antitrust, as well as the privacy community. It would have real implications for freedom of expression online. Merger control provides for the protection of media plurality – this is a concern from an analogue world. We need to update this for the digital reality, as more and more of our lives and objects go online.»

«Big Data individual rights and enforcement Speech at EDPS-BEUC», *Joint Conference European Commission*, Berlaymont, Bruselas, 29 de septiembre de 2016, Giovanni Buttarelli

[https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Publications/Speeches/2016/16-09-29\\_Speech\\_EDPS\\_BEUC\\_BigData\\_EN.pdf](https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Publications/Speeches/2016/16-09-29_Speech_EDPS_BEUC_BigData_EN.pdf)

<sup>39</sup> Carta del senador Bernard Sanders de fecha 26 de octubre de 2016 <http://www.sanders.senate.gov/download/atandt-time-warner-letter?inline=file>



competencia<sup>40</sup> puede tener consecuencias relevantes en el entorno competitivo de los mercados.

Así, a título de ejemplo, permitir determinadas operaciones de concentración por parte de quien ya atesora un importante volumen y variedad de datos puede impedir que un operador de menor dimensión disponga de la información necesaria para experimentar economías de red, con lo que difícilmente en el futuro podrá erigirse como alternativa al operador que sí dispone de la información y que experimenta a gran velocidad los efectos positivos derivados de los efectos de red.

En consecuencia, resulta conveniente -desde una óptica dinámica de la competencia- valorar en qué grado la integración dificultaría el acceso al mercado de alternativas económicamente viables, así como la dependencia en términos de datos respecto de la entidad fusionada y que eventualmente pueda constituir un límite la innovación.

Este tipo de riesgo se corresponde con un problema de índole estructural (los riesgos tienen una doble naturaleza: estructural/conductual).

### 2.1 Riesgo estructural: los *winners take it all*

El riesgo estructural es consecuencia de los efectos de red recogidos en el punto 1.4 anterior y consiste en que cuando un operador consigue una cierta ventaja competitiva en términos de interacciones (información)<sup>41</sup> es posible que el nivel de calidad que puede ofrecer como consecuencia de la misma resulte irreplicable a no ser que otro operador alcance ese punto mínimo a partir del cual los crecimientos en términos de calidad son ya muy marginales.

Esta misma situación ha sido advertida por la OCDE y magistralmente recogida en el libro *Big Data and Competition Policy*<sup>42</sup>:

«Estamos ya escuchando las advertencias: «Donde las empresas adquieren datos de forma masiva», la OCDE observó que, «existe un riesgo superior de que nos estemos dirigiendo hacia los datos como una fuente de poder de monopolio»<sup>43</sup>. La OCDE también destacó cómo «la economía de los datos favorece la concentración del mercado y la dominancia» y cómo «los mercados dirigidos por los datos pueden conducir a un resultado en un ganador que se lo lleva todo donde la concentración es un resultado probable del éxito del mercado»<sup>44</sup>.»

<sup>40</sup> Destacar el informe «Competition Law and Data», de 10 de mayo de 2016. Autorité de la Concurrence y Bundeskartellamt. <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/reportcompetitionlawanddatafinal.pdf>. Este estudio dio lugar a dos entradas del blog de la CNMC, 18 de agosto de 2016. José Rubio y Pedro Hinojo. La política de competencia y el *big data* (una visión francesa y alemana) (I) <https://blog.cnmc.es/2016/08/18/competencia-y-big-data/>

La política de competencia y el *big data* (una visión francesa y alemana) (II) 22 de agosto de 2016. José Rubio y Pedro Hinojo. <https://blog.cnmc.es/2016/08/22/la-politica-de-competencia-y-el-big-data-una-vision-francesa-y-alemana-ii/>. Como parte de continuación al referido estudio conjunto, el Bundeskartellamt hizo público un documento de trabajo sobre el poder de mercado de las plataformas y las redes. 9 de junio de 2016.

[https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/09\\_06\\_2016\\_ThinkTank.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/09_06_2016_ThinkTank.html)

<sup>41</sup> Así lo refleja este artículo de elocuente título: *Data, not algorithms, is key to machine learning success*, 6 de enero de 2016 <http://versionone.com/data-not-algorithms-is-key-to-machine-learning-success/#ixzz4LApiviHE>

<sup>42</sup> *Big data and competition policy*, Maurice E. Stucke & Allen P. Grunes. Oxford. 2016. Párrafo 16:52. Página 252. Original en inglés: «We are already hearing the warnings: «Where companies acquiring massive proprietary data sets» the OECD observed, «there is thus a higher risk that we're kind of heading toward data as a source of monopoly power». The OECD also noted how the «economics of data favours market concentration and dominance» and how «data-driven markets can lead to a «winner takes all» result where concentration is a likely outcome of market success.»

<sup>43</sup> OECD, «Data Driven Innovation for Growth and Well-Being»: Interim Synthesis Report, octubre de 2014, p.58,

<https://www.oecd.org/sti/inno/data-driven-innovation-interim-synthesis.pdf>

<sup>44</sup> Ibid, p.7

El ejemplo paradigmático es el de Google:

Una vez google confeccionó su algoritmo de clasificación de información y obtuvo un número elevado de usuarios, el mismo algoritmo se perfecciona (aprende) de cada una de las interacciones. Ello, en la práctica, puede significar que aunque un competidor potente como Microsoft destine múltiples esfuerzos a crear un buscador alternativo (Bing), incluso en el supuesto de que el diseño del mismo sea mejor que el de Google, muy difícilmente rendirá tan bien como el de Google en la medida de que no contará con un número de interacciones suficientes como para aprender de las mismas.

Tanto es así que el *Department of Justice* en su comunicación<sup>45</sup> sobre la operación de concentración entre Microsoft (y su buscador Bing) y Yahoo, apreció la necesidad de que el buscador pudiese contar con un mayor número de interacciones para evolucionar en calidad y poder generar competencia real.

«Las industrias de la búsqueda y los anuncios de pago de las búsquedas se encuentran caracterizadas por una relación inusual entre escala y rendimiento competitivo. La transacción ampliará el rendimiento competitivo de Microsoft porque tendrá un acceso a un número superior de consultas, que debería acelerar el aprendizaje automatizado de los algoritmos de búsqueda y pago por búsqueda de Microsoft y ampliar la habilidad de Microsoft de ofrecer resultados de búsqueda y de pago relevantes, particularmente en relación con las consultas más ocasionales o «de la cola». El incremento de consultas recibidas por la operación de concentración ofrecerá a Microsoft un marco de datos más amplio del que dispone actualmente o podría obtener sin esta transacción. Este marco más amplio de datos seguramente le permitirá testear de forma más efectiva y, por tanto, lograr una mayor innovación en potenciales productos vinculados con la búsqueda, cambios en la presentación de los resultados y en los resultados de pago, otros cambios en la interfaz de los usuarios y cambios en los algoritmos de búsqueda y pagos por búsqueda. Este rendimiento mejorado, si perceptible, debería en consecuencia infligir una mayor presión competitiva en el mercado»<sup>46</sup>.

La constatación de que la estructura de algunos mercados queda reducida a un único operador (*Winner takes it all*) debe necesariamente poner en alerta a las autoridades de competencia.

El primer objetivo debe consistir en la persecución y promoción de mecanismos que permitan garantizar una mayor competencia en los mercados y cierta variedad de opciones a disposición de los usuarios y consumidores.

En este sentido, resultaría interesante definir el régimen de propiedad de los datos. Si los mismos son siempre propiedad del usuario, cualquier operador podría ofrecer servicios de calidad a aquellos que voluntariamente le diesen acceso a sus propios datos<sup>47</sup>. En otros términos, la ventaja competitiva derivada de la interacción con los usuarios no dependería de la capacidad de su recopilación masiva (derivada de importantes inversiones) sino que estaría en función de la capacidad de persuadir a los usuarios para voluntariamente cederles sus datos.

En esta misma línea se encuentra quien sostiene el derecho de los usuarios a obtener en todo momento una copia de toda la información que un operador haya recopilado sobre ellos:

<sup>45</sup> Department of Justice. 18 de febrero de 2010. <https://www.justice.gov/opa/pr/statement-department-justice-antitrust-division-its-decision-close-its-investigation-internet>

<sup>46</sup> El original en inglés: «The search and paid search advertising industry is characterized by an unusual relationship between scale and competitive performance. The transaction will enhance Microsoft's competitive performance because it will have access to a larger set of queries, which should accelerate the automated learning of Microsoft's search and paid search algorithms and enhance Microsoft's ability to serve more relevant search results and paid search listings, particularly with respect to rare or "tail" queries. The increased queries received by the combined operation will further provide Microsoft with a much larger pool of data than it currently has or is likely to obtain without this transaction. This larger data pool may enable more effective testing and thus more rapid innovation of potential new search-related products, changes in the presentation of search results and paid search listings, other changes in the user interface, and changes in the search or paid search algorithms. This enhanced performance, if realized, should exert correspondingly greater competitive pressure in the marketplace.»

<sup>47</sup> Es decir, se trataría de garantizar que el usuario tiene la posibilidad de optar por la opción de la privacidad de sus datos, lo que probablemente hará que deba pagar un coste monetario por el servicio o que, por el contrario, opte expresamente por «venderlos» a cambio de disfrutar de un determinado servicio gratuitamente y/o recibir una compensación monetaria.

«un derecho a obtener copia de la información almacenada y la libertad de traspasarla de un proveedor de servicios a otro sin impedimentos.»<sup>48</sup>

«En base a esta propuesta de reforma, los usuarios tendrían el derecho a traspasar la información personal electrónica procesada de una empresa a su competidor a través de un formato electrónico “habitualmente utilizado”. Este derecho a la portabilidad de datos es visto como una mera extensión del principio conforme es “tu” información, no de los operadores que la han recabado».<sup>49</sup>

Asimismo, el que fue Comisario de Competencia, Sr. Joaquín Almunia afirmó que «el derecho a la portabilidad se encuentra en el corazón de la política de competencia»<sup>50</sup>.

Siguiendo con el ejemplo anterior, los usuarios podrían optar por ceder todos sus datos históricos recopilados por google por ejemplo al buscador Bing. De esta forma, Bing podría obtener los sets de datos históricos para que su algoritmo pueda aprender con la misma información histórica. Nótese que muy difícilmente Bing podría conseguir por vías alternativas esta información ya que los usuarios no lo utilizarían en la medida que su rendimiento – precisamente por falta de datos – sería inferior al de Google.

También en un sentido similar, Telefónica<sup>51</sup> ha anunciado<sup>52</sup> recientemente que está trabajando en una plataforma –operativa en 2017- con el fin de que sean los usuarios los que gestionen sus propios datos y los operadores que quieran hacer uso de los mismos paguen por ellos. Si bien no es la única propuesta comercial en esta línea<sup>53</sup>.

En la misma línea el Sr. Giovanni Buttarelli -actual supervisor de la protección de datos a nivel europeo (EDPS)- mencionó en un reciente discurso<sup>54</sup> el concepto de las «tiendas de datos personales» como concepto para asegurar el control sobre los datos personales y elogió los trabajos realizados por la administración japonesa para promover la descentralización en el almacenamiento de la información.

Otra posibilidad consistiría en obligar a que quien recopila la información ofrezca una API (*application programming interface*) de tal forma que los usuarios puedan siempre acceder a esta información y ofrecerla a competidores (incremento de la compatibilidad). Esta es la interesante línea apuntada por parte del Sr. Nick Grossman en el marco de una reciente entrevista<sup>55</sup> y que en cierto modo coincide con el contenido del artículo 20 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la

<sup>48</sup> Páginas 9 y 10. *Competition Law and Personal Data: Preliminary Thoughts on a Complex Issue*, Damien Geradin & Monika Kuschewsky. 12 de febrero de 2013. El original en inglés: «A right to obtain a copy of the stored data from the controller and the freedom to move it from one service provider to another, without hindrance.»

[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2216088](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2216088)

<sup>49</sup> Nota al pie 37, *Competition Law and Personal Data: Preliminary Thoughts on a Complex Issue*,

Damien Geradin & Monika Kuschewsky. 12 de febrero de 2013. El original en inglés: «Under this proposed reform, individuals would be given the right to “switch electronically processed personal data from one firm to its rival through a ‘commonly used’ electronic format.” This right of data portability is seen as a mere extension of the principle that it is “your” data, not the controllers».

<sup>50</sup> *The «right of portability» as going «to the heart of competition policy»* J. Almunia, *Competition and personal data protection*, 26 de noviembre de 2012. Speech12/860.

<sup>51</sup> Los operadores de telefonía también recopilan abundante información de sus clientes: <http://www.zeit.de/datenschutz/malte-spitz-data-retention> Zeit Online.

<sup>52</sup> [http://economia.elpais.com/economia/2016/09/05/actualidad/1473067092\\_839315.html](http://economia.elpais.com/economia/2016/09/05/actualidad/1473067092_839315.html);

<http://www.lavanguardia.com/economia/20160905/41120275640/telefonica-clientes-cobren-empresas-datos.html>;

<http://www.xatakamovil.com/movistar/telefonica-prepara-una-plataforma-para-que-los-otrs-recompensen-a-sus-clientes-por-acceder-a-sus-datos>

<sup>53</sup> <http://handshake.uk.com/hs/index.html>

<sup>54</sup> «Personal data stores will be one way of the individual reasserting her control over personal data, and we were impressed to learn of the work the Japanese administration is doing to promote such decentralisation of data storage.» *BIG DATA RIGHTS: LET'S GET TOGETHER*. 6 de octubre de 2016. Giovanni Buttarelli.

[https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/edps/site/mySite/Big\\_data\\_rights\\_Lets\\_get\\_together](https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/edps/site/mySite/Big_data_rights_Lets_get_together)

<sup>55</sup> *The Capital Forum*. 21 de septiembre de 2016. Basado en la conferencia telefónica de 15 de septiembre de 2016.

<http://createsend.com/t/j-D5D60E8ACC6E3E1C>

protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)<sup>56</sup>.

Por último, también se ha hecho referencia a la posibilidad de crear plataformas para que distintos operadores poseedores de información la trasladen a un mercado común y el contenido del mismo sea posteriormente revendido a otros operadores que necesitan la información<sup>57</sup>.

Es destacable que las distintas opciones coinciden en que limitan las posibilidades de exclusión por parte del operador que inicialmente ha obtenido los datos y que no implican coste alguno<sup>58</sup> para que el usuario pueda gestionar los datos (o bien no han salido de su esfera de control o bien puede acceder a los mismos a través de una API a coste 0). Es decir, todas ellas tratan de conseguir anular los costes de cambio de tal forma que los usuarios puedan facilitar el acceso a su historial o su reputación<sup>59</sup> a cualquier nuevo oferente para que le ofrezca los servicios personalizados en base a la misma información con la que contaba el anterior proveedor del servicio.

## 2.2 Riesgo de comportamiento: Conductas restrictivas de la competencia

La economía de los datos no está exenta de riesgos para la competencia<sup>60</sup> que se detallan a continuación y que, a la luz de lo indicado, muy probablemente requerirán de una actuación más vigorosa por parte de las autoridades de competencia. Las conductas limitadoras de la competencia podrían consistir, entre otras, en:

- Degradar la calidad del servicio. Conducta que puede llevarse a cabo en aquellos ámbitos más complejos y poco perceptibles por los usuarios (condiciones de privacidad, calidad de la respuesta ofrecida por el servicio –discriminar a favor de los servicios propios en lugar de ofrecer la mejor respuesta cualitativa-).
- Dificultar el cambio de los usuarios a operadores competidores. Los oferentes en servicios digitales pueden haber invertido esfuerzos en conseguir una buena reputación o elaborado trabajos digitales (por ejemplo campañas de publicidad). Dificultar la posibilidad de aprovechar este trabajo si se cambia a un operador alternativo limita la competencia.
- Abusar del dominio en un ámbito de mercado específico y regulado y trasladarlo a otro. Operar en un mercado permite el acceso a información. Cuando se trata de un ámbito regulado en que sólo los operadores designados a tal efecto pueden disponer de información, la misma no puede ser utilizada en otros ámbitos en la medida que pondría a los competidores en clara desventaja sin que la misma estuviese justificada en méritos empresariales.
- Limitar el acceso a los datos. En particular, vehiculados mediante acuerdos en exclusiva o operaciones de concentración.

<sup>56</sup> «El interesado tendrá derecho a recibir los datos personales que le incumban, que haya facilitado a un responsable del tratamiento, en un formato estructurado, de uso común y lectura mecánica, y a transmitirlos a otro responsable del tratamiento sin que lo impida el responsable al que se los hubiera facilitado». <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=en>

<sup>57</sup> *Creating a successful Internet of Things data Marketplace*.

Octubre de 2016. Johannes Deichmann, Kersten Heineke, Thomas Reinbacher, and Dominik Wee

<http://www.mckinsey.com/business-functions/digital-mckinsey/our-insights/creating-a-successful-internet-of-things-data-marketplace>

<sup>58</sup> La ausencia de coste es especialmente relevante ya que existe una tendencia a valorar más lo que exigimos para perder algo que posees que lo que estás dispuesto a pagar con el fin de recuperarlo.

<sup>59</sup> Han aparecido iniciativas en este sentido como «Traity» que facilitan la portabilidad de la reputación de los usuarios.

<sup>60</sup> En una reciente entrevista, Ariel Ezrachi y Maurice E. Stucke apuntan que la economía digital es menos competitiva de lo que se piensa (probablemente debido a su complejidad). <https://promarket.org/digital-economy-much-less-competitive-think/>

- Coordinar precios o condiciones de la oferta. Mediante el uso de algoritmos.
- La discriminación perfecta entre usuarios/compradores con el fin de apoderarse del excedente del consumidor (*targetting behaviour*).

### 2.2.1 La degradación de la calidad del servicio

La degradación de la calidad del servicio puede principalmente producirse por dos motivos. El primero, acontece cuando se ofrece un trato privilegiado en relación con uno mismo (cuando a la vez el gestor de la plataforma opera a través de la misma) y, por tanto, el objetivo deja de ser el de ofrecer los mejores resultados posibles para ser el favorecerse a sí mismo. Este comportamiento se desarrolla en la sección 2.2.1.1. de este documento.

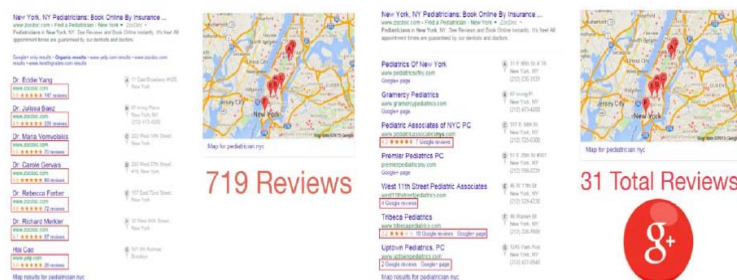
El segundo motivo para degradar el servicio puede derivar del objetivo de incrementar los beneficios a costa de explotar la asimetría informativa existente. Es decir, si un operador conoce que sus usuarios no pueden percatarse de determinados niveles de calidad del servicio (p.ej. elementos de seguridad, de privacidad, etc.) los rebaja con el fin de incurrir en menos gastos (menos gasto en seguridad) o de obtener más ingresos (menos privacidad - rebaja de calidad- implica unas mayores posibilidades de explotación). Es decir, cuando hay elementos difícilmente perceptibles por los usuarios se produce una carrera hacia el fondo (*race to the bottom*). Esta circunstancia se ve acentuada si el operador ostenta posición de dominio y, por tanto, tiene un menor riesgo (menos presión competitiva) de que esta estrategia le conlleve una pérdida significativa de clientes/usuarios. Estos comportamientos se desarrollan en la sección 2.2.1.2 de este documento.

#### 2.2.1.1 Trato preferencial

Uno de los elementos de hecho en que se sustenta el procedimiento entre la Comisión y Google<sup>61</sup> se refiere al posible favorecimiento por parte de la mercantil de sus propios servicios en el ámbito de los llamados buscadores verticales (por ejemplo, buscadores especializados en las opiniones de los usuarios).

A título de ejemplo<sup>62</sup>, Google podría haber priorizado la aparición de los comentarios recogidos en Google plus en lugar de otros servicios de opiniones aun cuando Google plus tenía en conjunto un menor número de opiniones.

### Ilustración 3.- La priorización de Google +. Reducción de calidad<sup>63</sup>



"pediatrician nyc": Focus on the User (FOTUL) results versus Google+

<sup>61</sup> [http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case\\_details.cfm?proc\\_code=1\\_39740](http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39740)

<sup>62</sup> Tanto este como los siguientes comportamientos que se ponen de manifiesto en esta sección constituyen meramente ejemplos ilustrativos, sin que en ningún caso puedan entenderse como un pronunciamiento sobre los casos en concreto por parte de la ACCO.

<sup>63</sup> Vid. <http://focusontheuser.eu/es#what-users-want>



Así, si la calidad de los resultados en este ámbito concreto –como es razonable pensar– se encuentra positivamente correlacionada con el número de opiniones a las que el usuario puede acceder, la priorización de google + genera un daño a los competidores que no pueden acceder a los usuarios y a los propios usuarios que reciben una peor información (reducción de la calidad).

Recientemente han aparecido también informaciones<sup>64</sup> según las que Amazon también estaría priorizando sus propios servicios. Similarmente a Google, Amazon controla el portal de información y asimismo, opera a través del mismo cuando ofrece productos directamente.

Aparentemente, Amazon habría colocado en la «buy box» a los productos que ofrece sin ser los mismos los más económicos. Asimismo, en la ordenación de la información no estaría tomando en consideración el coste de envío de los productos cuando son ofrecidos directamente por Amazon, si bien el consumidor debe abonarlos siempre que no tenga una suscripción con Amazon.

Tanto Google como Amazon parecería que habrían eventualmente beneficiado sus propios servicios en perjuicio de los competidores, ocasionando un daño a los consumidores y usuarios (en el caso de Google en términos de calidad de la información recibida y de Amazon incluso en términos monetarios – adquiriendo quizá productos más caros sin llegar a conocer que habría opciones más económicas-).

Otros entornos donde es probable que tengan lugar conductas anticompetitivas de similar naturaleza serían los correspondientes a las tiendas virtuales de aplicaciones<sup>65</sup>. Nuevamente, el portal es controlado por un operador (los dos más importantes por Google y Apple) y el mismo operador ofrece aplicaciones propias a través del referido portal.

Esta configuración singular implica una relación de amor/odio muy particular del gestor de la plataforma en relación con los oferentes que operan a través de la misma<sup>66</sup>. Al principio de amor, ya que todas estas plataformas necesitan de la concurrencia de estos oferentes para que la misma plataforma tenga valor. Poco valor tendría Google sin contenido de terceros y Amazon sin productos ajenos ni Android e IOS sin aplicaciones de desarrolladores independientes.

No obstante, esta relación inicial de amor puede convertirse en odio cuando el gestor de la plataforma quiere utilizarla para ofrecer su propia información (Google plus), sus propios productos (Amazon) o sus propias aplicaciones (Android<sup>67</sup> e IOS). Algunos autores han optado por definir esta relación como de amigo/enemigo (frenemy)<sup>68</sup>.

<sup>64</sup> <https://www.propublica.org/article/amazon-says-it-puts-customers-first-but-its-pricing-algorithm-doesnt>

<sup>65</sup> Se expone el control que tiene el gestor de una plataforma como la AppStore para retrasar los permisos que se otorgan a las apps para poderse comercializar a través de la misma. *The Capital Forum*. 21 de septiembre de 2016. Basado en una conferencia telefónica de 15 de septiembre de 2016. <http://createsend.com/tj-D5D60E8ACC6E3E1C>. *Japan: Report shows Apple, Google hinder app competition*. *Competition Policy International* 15 de septiembre de 2016. <https://www.competitionpolicyinternational.com/japan-report-shows-apple-google-hinder-app-competition/>

<sup>66</sup> El Parlamento británico hizo público el 20 de abril de 2016 el informe *Online Platforms and the Digital Single Market* en el que se examina esta situación de puerta de entrada que configuran estas plataformas. <http://www.parliament.uk/online-platforms>. En el marco de este estudio los Srs. Ariel Ezrachi y Maurice Stucke presentaron esta información: <http://data.parliament.uk/writtenevidence/committeeevidence.svc/evidencedocument/eu-internal-market-subcommittee/online-platforms-and-the-eu-digital-single-market/written/23223.html>

<sup>67</sup> *Android and Competition Law: Exploring and Assessing Google's Practices in Mobile*. Benjamin G. Edelman, Damien Geradin 1 de septiembre de 2016.

[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2833476](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2833476)

<sup>68</sup> Párrafo 6.76. Libro *Big data and competition policy*. Maurice E. Stucke & Allen P. Grunes. Oxford. 2016

Ello conlleva tal nivel de riesgo que el Parlamento Europeo aprobó una Resolución en que se «pide además a la Comisión que estudie propuestas que desvinculen los motores de búsqueda de otros servicios comerciales, como uno de los medios potenciales a largo plazo para conseguir los objetivos mencionados»<sup>69</sup>. Es decir, la Resolución del Parlamento estaría en la línea de que se valorara una posible intervención estructural con el fin de evitar que quien ostenta el control de una de estas plataformas opere también a través de la misma.

Por ejemplo y aunque todavía no hay constancia de ello, ¿debería Airbnb poder acceder al mercado inmobiliario y ofrecer pisos de su propiedad a través de su plataforma? Sea cual sea la respuesta a esta cuestión, está claro que en caso afirmativo, existiría un elevado riesgo de que Airbnb, con toda la información y capacidad de intermediación que atesora en ese sector, pudiese utilizar estos elementos para favorecer a sus propios alojamientos.

### 2.2.1.2 Incremento de beneficios

Resulta destacable que la calidad los servicios no siempre se encuentra positivamente correlacionada con los beneficios que de los mismos se obtiene, lo que genera una carrera hacia una calidad inferior, *Race to the bottom*.

Existen distintos elementos que configuran un entorno en el que la calidad incluso puede estar negativamente correlacionada con los ingresos.

- Concurrencia entre servicios gratuitos y servicios de pago

Es posible que un mismo proveedor ofrezca servicios gratuitos y de pago.

Google ofrece enlaces «gratuitos» (resultados orgánicos) y enlaces de pago.

### Ilustración 4.- Tipología de resultados de Google

The image shows a Google search results page for the query 'car signage'. The search bar at the top indicates 'About 14,800,000 results (0.10 seconds)'. The results are divided into two main sections:

- Paid (sponsored) results:** This section is highlighted with a red box and labeled 'Paid (sponsored) results' with a red arrow. It includes several advertisements for car signage services, such as 'SIGN'S/SIEMAR Car Signage', 'Car Magnets by Easy Signs', and 'Car Graphics & Signs'. Each ad includes a title, a URL, and a brief description of the services offered.
- Organic Links:** This section is highlighted with a green box and labeled 'Organic Links' with a green arrow. It shows natural search results for 'car signage', including links to 'Signs - Car Signage', 'Viny Letters & Ink', and 'Vehicle Signage'.

The Google logo is visible on the left side of the page, with arrows pointing from it to the two result sections.

<sup>69</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 27 de noviembre de 2014, sobre el apoyo a los derechos de los consumidores en el mercado único digital <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2014-0071+0+DOC+XML+V0/ES>



Larry Page y Sergey Brin, en el documento universitario que dio lugar a Google (*The Anatomy of a Large-Scale Hypertextual Web Search Engine*<sup>70</sup>) indicaron que si una empresa paga para ser anunciada en un buscador, el incentivo por parte del gestor del buscador es intentar que esa misma información no aparezca gratuitamente como resultado orgánico cuando el usuario introduce la denominación del anunciante. Es decir, si el buscador tiene más calidad a la hora de identificar una determinada compañía esa mejora en calidad puede comportar un descenso en ingresos:

«Además, los ingresos por anuncios frecuentemente ofrecen un incentivo para ofrecer resultados de pobre calidad. Por ejemplo, nos hemos dado cuenta que uno de los buscadores más importantes no ofrecía el enlace a la página principal de una importante compañía aérea cuando los usuarios introducían el nombre de la misma en el buscador. Sucedió que esa aerolínea había adquirido un anuncio caro para aquellas búsquedas en los que los usuarios introducían su nombre. Un mejor buscador no habría hecho necesario tal anuncio y probablemente habría resultado en una pérdida de ingresos provenientes de la compañía aérea. En general, se podría argumentar que desde el punto de vista del consumidor cuanto mejor es un buscador, menos anuncios necesitará para encontrar lo que busca. Ello, por supuesto, erosiona el modelo de negocio basado en los anuncios de los buscadores existentes.»

En el mismo documento y apartado<sup>71</sup>, se advertía que también podía existir un incentivo a degradar la calidad de la información ofrecida con el fin de no dañar la reputación de ningún cliente (anunciante).

«Actualmente, el modelo de negocio actual para buscadores comerciales es el publicitario. Los objetivos del modelo de negocio publicitario no siempre coinciden con el ofrecimiento de calidad para los usuarios. Por ejemplo, en un buscador prototipo uno de los primeros resultados para teléfonos móviles es «El efecto del uso de los teléfonos móviles en relación con la atención de los conductores», un estudio que expone en gran detalle las distracciones y riesgos asociados a hablar con un teléfono móvil mientras se conduce. Este resultado aparecía el primero por la importancia que el algoritmo «PageRank» le otorgaba, una aproximación a la importancia de las citas en la web. Está claro que a un buscador que está obteniendo ingresos a partir de mostrar anuncios de teléfonos móviles le resultaría difícil justificar ante sus anunciantes (que le pagan) la página que el sistema ofrecía. Por este tipo de cuestiones y experiencia histórica con otros medios de comunicación, creemos que los buscadores que obtienen ingresos publicitarios estarán inherentemente sesgados hacia los anunciantes y lejos de las necesidades de los consumidores.»

Finalmente, Larry Page y Sergey Brin apuntaban que estos tipos de sesgos en los buscadores eran particularmente insidiosos para los usuarios en la medida que incluso para los expertos era «muy difícil» valorar los buscadores<sup>72</sup>.

Algo similar sucede en relación con la discusión de la neutralidad de la red. En este sentido los defensores de la misma<sup>73</sup> argumentan que si no se garantiza la

<sup>70</sup> Apéndice 8. «Furthermore, advertising income often provides an incentive to provide poor quality search results. For example, we noticed a major search engine would not return a large airline's homepage when the airline's name was given as a query. It so happened that the airline had placed an expensive ad, linked to the query that was its name. A better search engine would not have required this ad, and possibly resulted in the loss of the revenue from the airline to the search engine. In general, it could be argued from the consumer point of view that the better the search engine is, the fewer advertisements will be needed for the consumer to find what they want. This of course erodes the advertising supported business model of the existing search engines». <http://infolab.stanford.edu/~backrub/google.html>

<sup>71</sup> Apéndice 8 «Currently, the predominant business model for commercial search engines is advertising. The goals of the advertising business model do not always correspond to providing quality search to users. For example, in our prototype search engine one of the top results for cellular phone is "[The Effect of Cellular Phone Use Upon Driver Attention](#)", a study which explains in great detail the distractions and risk associated with conversing on a cell phone while driving. This search result came up first because of its high importance as judged by the PageRank algorithm, an approximation of citation importance on the web [Page, 98]. It is clear that a search engine which was taking money for showing cellular phone ads would have difficulty justifying the page that our system returned to its paying advertisers. For this type of reason and historical experience with other media [Bagdikian 83], we expect that advertising funded search engines will be inherently biased towards the advertisers and away from the needs of the consumers.» <http://infolab.stanford.edu/~backrub/google.html>

<sup>72</sup> «Since it is very difficult even for experts to evaluate search engines, search engine bias is particularly insidious.» Apéndice 8 <http://infolab.stanford.edu/~backrub/google.html>

neutralidad de la red, el gestor de la misma tendría incentivos en degradar voluntariamente la calidad del servicio *no premium* con el fin de que el servicio *premium* o de mayor velocidad resultase más atractivo.

- Asimetrías informativas

Mejorar o garantizar un cierto nivel de calidad poco apreciable por parte de los usuarios puede no verse compensado en términos de ingresos.

Por ello existe una amplia normativa en materias como la seguridad industrial. El regulador, consciente de estas asimetrías informativas, impone cargas con el fin de garantizar un determinado nivel de calidad.

La privacidad también constituye un factor de muy difícil percepción y verificación. Y, su salvaguarda constituye una limitación al uso y por tanto al rendimiento económico que los operadores pueden obtener de los datos recabados (ya se ha apuntado que los datos generan efectos de red, con lo que renunciar al uso de los mismos es todavía más relevante). Por ello, el incentivo general por parte de los operadores es claro: Ofrecer un nivel bajo de privacidad ya que ello permite obtener una mayor rentabilidad sin prácticamente coste en términos de pérdida de usuarios o compradores<sup>74</sup>.

Así, nuevamente la relación general positiva entre calidad e ingresos se rompe.

Nuevamente, por ello el legislador establece un conjunto normativo encaminado, en este caso, a la protección de los datos.

No obstante, sucede que cuando un operador ostenta posición de dominio, por definición, siente menos presión competitiva, con lo que conjuntamente con la baja percepción de este factor puede existir una tentación mayor a abusar de tal situación de preponderancia en el mercado y degradar la calidad del servicio ofrecido.

La autoridad de competencia alemana (*Bundeskartellamt*) inició a principios de año una investigación contra Facebook por, presuntamente, haber infringido aspectos relativos a la protección de datos<sup>75</sup> y, a finales de octubre, la autoridad

<sup>73</sup> *Net Neutrality Kills!* SavetheInternet.Eu. 9 de octubre de 2015.

<https://www.youtube.com/watch?v=g6fXpo8uQtA&feature=youtu.be>

<sup>74</sup> En este vídeo se muestra como cuando a un usuario se le explica adecuadamente que se le invita a un café (similar al ingreso que muchas apps intentan conseguir) pero a cambio debe suministrar multitud de información personal, el usuario opta por no aceptar el café gratuito. Supuestamente pues, existe un problema informativo por el que muchos usuarios aceptarían el uso gratuito en términos monetarios de las aplicaciones a cambio de sacrificar parte de su privacidad.

<https://www.youtube.com/watch?feature=youtu.be&v=hE9D3aFjUy8&app=desktop>

<sup>75</sup> [http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/02\\_03\\_2016\\_Facebook.html?jsessionid=6182A1E5981DA8D58F8EF0D4448C82ED\\_1\\_cid378?nn=3599398](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/02_03_2016_Facebook.html?jsessionid=6182A1E5981DA8D58F8EF0D4448C82ED_1_cid378?nn=3599398) La decisión del Bundeskartellamt no ha estado exenta de crítica: <http://chillingcompetition.com/2016/03/02/facebook-privacy-and-article-102-a-first-comment-on-the-bundeskartellamts-investigation/> En este interesante artículo se apunta que la decisión por parte de la autoridad de competencia alemana se apoyaría en una decisión previa del Bundesgerichtshof (KZR 58/ 11 –VBL-Gegenwert) de 6 de noviembre de 2013. Robert Mc. Leod. *Novel But a Long Time Coming: The Bundeskartellamt Takes on Facebook*.

<http://jeclap.oxfordjournals.org/content/7/6/367.full.pdf+html> *Journal of European Competition Law & Practice*, 2016, Vol. 7, No. 6. La Comisaria de la FTC Terrell McSweeney apuntó que en Estados Unidos esta práctica sería vista de la óptica de la protección de los consumidores y usuarios. «In the United States, we would view the violation of data protection provisions on its own as a consumer protection issue. Another difference is the European view that dominant firms have “special obligations.” The potential competition law violations identified in the recently-issued EDPS opinion are primarily “exploitative abuses,” which do not have an analogue under the American antitrust laws. In the U.S. context, extracting more data from customers than would be possible in a competitive market could be viewed as akin to charging monopoly prices. U.S. law is clear that monopoly pricing by itself does not violate the antitrust laws». [https://www.ftc.gov/system/files/documents/public\\_statements/987103/mcsweeney\\_euro\\_data\\_protection\\_conf\\_9-29-16.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/987103/mcsweeney_euro_data_protection_conf_9-29-16.pdf) *BIG DATA: INDIVIDUAL RIGHTS AND SMART ENFORCEMENT* European Data Protection Supervisor-BEUC Joint Conference Bruselas, Bélgica, 29 de septiembre, 2016 Remarks of Commissioner Terrell McSweeney.

de competencia italiana abrió una doble investigación en relación con (i) la posibilidad que Whatsapp hubiera forzado la aceptación de los nuevos términos y condiciones de uso (que permitían a dicha compañía compartir información con Facebook) mediante la advertencia a sus usuarios que en caso de no aceptar las mismas no podrían seguir utilizando el servicio y (ii) la posibilidad de que la inclusión de determinadas cláusulas en las referidas condiciones fuera opresiva (abusiva)<sup>76</sup>.

Precisamente Facebook ha sido el centro de otra polémica en términos de elementos de calidad de difícil apreciación. En este caso, habría sobreestimado algunas métricas relativas al «consumo» de vídeo por parte de los usuarios de la mencionada red social<sup>77</sup>, con lo que los anunciantes habrían realizado sus cálculos de rentabilidad de sus anuncios en base a una información errónea.

Todas las conductas descritas en este apartado (2.2.1) tienen una característica común: su relativa perceptibilidad por parte de los usuarios (asimetría informativa). Esta circunstancia, parece que será cada vez más presente en la medida que los usuarios priorizan en gran medida su comodidad: una respuesta lo más específica y rápida posible.

Así, por ejemplo el uso de los asistentes digitales (Siri de Apple, Alexa de Amazon, M de Facebook o el asistente de Google) ya ofrecen este tipo de respuesta: rápida y específica con lo que los riesgos tanto en términos de calidad como de cierre de mercado entre competidores son mayores<sup>78</sup>.

Retomando un ejemplo anterior, todavía le resultaría más difícil al usuario detectar que hay productos más económicos (en el caso de Amazon parece que priorizan sus productos, pero ello no impide, que después de buscar pormenorizadamente se puedan localizar). A través de un asistente como los apuntados, puede ser más difícil o imposible si ofrecen una única respuesta.

Esta mayor dificultad en su detección exigirá de un control más efectivo por parte de las autoridades públicas (tanto de autoridades de protección de datos como de competencia) el cual no puede ser asumido por los propios usuarios. Un estudio afirmaba que leerse todas las políticas de privacidad requeriría 244 horas al año, lo que supone más de la mitad del tiempo que un usuario dedica al año a navegar por internet<sup>79</sup> (una carga inasumible). Además, es necesario tomar en consideración la complejidad de muchas de ellas.

En este sentido, no solo parece interesante un seguimiento de estos aspectos por parte de las autoridades de competencia cuando ello presenta una vertiente competitiva, sino también la iniciativa por parte de la agencia de privacidad del Reino Unido de confeccionar un sello de calidad relativo a la privacidad<sup>80</sup> con el fin de minimizar la carga de verificación por parte de los usuarios.

<sup>76</sup> Nota de prensa de la Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. 28 de octubre de 2016. <http://www.agcm.it/en/newsroom/press-releases/2358-exchange-of-personal-data-with-facebook-and-oppressive-clauses.-double-antitrust-investigation-on-whatsapp.html>

<sup>77</sup> <http://www.wsj.com/articles/facebook-overestimated-key-video-metric-for-two-years-1474586951>

<sup>78</sup> <http://www.nytimes.com/2016/09/24/business/media/facebook-apologizes-for-overstating-video-metrics.html?ref=media&r=0>

<sup>78</sup> *Is Your Digital Assistant Devious?*. Ariel Ezrachi y Maurice Stucke. 23 de agosto de 2016.

<sup>79</sup> [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2828117](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2828117)

<sup>79</sup> *EDPS Privacy and competitiveness in the age of Big Data: The interplay between Data protection, Competition Law, and Consumer Protection in the Digital Economy, Preliminary Opinion*, 26 de marzo de 2014, p.34

[https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/shared/Documents/Consultation/Opinions/2014/14-03-26\\_competition\\_law\\_big\\_data\\_EN.pdf](https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/shared/Documents/Consultation/Opinions/2014/14-03-26_competition_law_big_data_EN.pdf)

<sup>80</sup> <https://ico.org.uk/for-organisations/improve-your-practices/privacy-seals/>

### 2.2.2 Dificultar la portabilidad de datos

Existen opiniones en el sentido de que algunos de los riesgos recogidos en el apartado anterior no constituyen un problema substantivo en la medida que los usuarios pueden fácil y rápidamente cambiar de proveedor de servicios (*competition is a click away*). Esta argumentación no tiene en cuenta la asimetría informativa, por la que el usuario podría no cambiar de operador aun estando sufriendo una degradación en términos de la calidad recibida.

En el mundo digital la asimetría informativa puede eliminar los efectos positivos de una eventual facilidad en el cambio. En el mundo físico los costes de ir a otro oferente pueden consistir en el desplazamiento hasta el establecimiento competidor, lo que implica un coste que eventualmente puede ser sustancial si se compara con el mundo digital<sup>81</sup>. No obstante, hay una diferencia esencial entre ambos ámbitos: en el mundo físico resulta más fácilmente apreciable la calidad.

Si un helado/plato no le gusta a un usuario lo percibe y, consciente de tal circunstancia, opta por cambiar e ir a otro establecimiento competidor asumiendo incluso el desplazamiento a un lugar más alejado de su domicilio. En cambio, en el mundo digital, pocos usuarios han percibido si un buscador puntualmente le ha ofrecido información menos relevante que la que potencialmente podría haberle facilitado. En consecuencia, el usuario no se toma la molestia, por pequeña que sea, de cambiar a otro distinto.

Además, existen otros elementos que parecen apuntar a que los costes de cambio podrían ser superiores a los que aparentemente se perciben y por tanto deberían considerarse aspectos como la costumbre de usar un determinado servicio, efectos de red colectivos, reputación, etc.

Estas circunstancias (asimetría informativa y existencia de costes de cambio) explican las elevadas valoraciones que las propias empresas otorgan al hecho de ser una opción por defecto.

Google habría pagado a Apple mil millones de dólares por continuar siendo el buscador por defecto en los iPhone<sup>82</sup>.

Google también afronta un pliego de concreción de hechos (además del correspondiente al supuesto favorecimiento de sus propios servicios) en relación con Android. Este pliego recogería tres conductas, dos de las cuales consisten precisamente en intentar conseguir que sus aplicaciones se encuentren por defecto en los dispositivos Android<sup>83</sup>:

«al exigir a los fabricantes que preinstalen Google Search y el navegador Chrome de Google y obligarles a que seleccionen en sus dispositivos Google Search como servicio de búsqueda por defecto como condición para concederles licencias de determinadas aplicaciones exclusivas de Google;

[...]

al conceder incentivos financieros a los fabricantes y operadores de redes móviles con la condición de que preinstalen exclusivamente Google Search en sus dispositivos.»

En consecuencia, parece que la decisión por parte de los usuarios de cambiar entre competidores no es muy frecuente. Aun así, algunos operadores habrían intentado dificultar estas posibilidades de cambio.

<sup>81</sup> Así lo apuntó el Sr. Hal Varian, Chief Economist de Google. *Big data, digital platforms and market competition*. <http://bruegel.org/events/big-data-digital-platforms-and-market-competition/>. 3 de octubre de 2016. Bruegel.

<sup>82</sup> Google Paid Apple \$1 Billion to Keep Search Bar on iPhone. 22 de enero de 2016.

<http://www.bloomberg.com/news/articles/2016-01-22/google-paid-apple-1-billion-to-keep-search-bar-on-iphone>

<sup>83</sup> Antitrust: la Comisión envía un pliego de cargos a Google sobre el sistema operativo y las aplicaciones de Android. Comunicado de Prensa. 20 de abril de 2016. [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-1492\\_es.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1492_es.htm)

La propia Google recibió el escrutinio<sup>84</sup> por parte de las autoridades de competencia europeas en la medida que se consideraba que introducía limitaciones a las posibilidades de exportar los datos de las campañas creadas en *adwords* a otros competidores.

### 2.2.3 Abusar del dominio en un ámbito y trasladarlo a otro.

Operar en un mercado regulado -en el sentido de ser el único operador designado en exclusiva para desarrollar su actividad en el mismo- reporta dos beneficios: (i) monetarios derivados de la referida actividad y (ii) en recopilación de información de los usuarios. No obstante, la información obtenida en el segmento de actividad regulado probablemente puede ser únicamente utilizada en relación con aquél mismo ámbito. Es decir, el operador no puede utilizar estos datos conseguidos de forma privilegiada (es el único que tendría ese acceso en aquellas condiciones)<sup>85</sup> con el fin de obtener una ventaja competitiva en otro segmento o mercado.

En Francia, GDF Suez utilizó la información obtenida en su actividad monopolística regulada en el sector gasista para competir en otros mercados. La autoridad francesa de la competencia ordenó<sup>86</sup> a GDF Suez dar acceso a esta información.

Véase que los datos son nuevamente una variable capital para los operadores hasta el punto que puede ser el elemento clave para, desde una posición preponderante en un determinado mercado, ampliarla o trasladarla a otro.

### 2.2.4 Limitar el acceso a los datos

Vista la importancia competitiva de la información y, como se ha indicado anteriormente, su posibilidad de exclusión, no es sorprendente que los distintos operadores intenten disponer de esta ventaja respecto a sus competidores. Existen distintas conductas que persiguen esta misma finalidad de limitación del acceso de los operadores rivales a la información.

#### 2.2.4.1 Acuerdos en exclusiva

Una primera práctica que permite tanto la obtención de información como la limitación del acceso a terceros consiste en establecer acuerdos de exclusividad según los que una parte cede en exclusiva a la otra la información recopilada o permite directamente a la parte que quiere obtener la información estar presente en el portal o en el *hardware* a través del que se produce la captación de la información.

Google habría llegado a configurar una red de este tipo de acuerdos. En este sentido, además del ya referido acuerdo con Apple para ser el buscador por defecto en sus dispositivos móviles, también habría llegado a acuerdos con Mozilla Firefox<sup>87</sup> y Opera<sup>88</sup>.

<sup>84</sup> En el punto III de los compromisos que Google inicialmente remitió a la Comisión se hacía referencia a esta cuestión. COMMITMENTS IN Case COMP/C-3/39.740 - *Foundem and others*. 3 de abril de 2013.

<sup>85</sup> Si bien ya se ha apuntado anteriormente la conveniencia de permitir el acceso a la información a todos los competidores.

<sup>86</sup> Autorité de la Concurrence, *Gas Market*, comunicado de prensa, 9 de septiembre de 2014

[http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id\\_rub=592&id\\_article=2420](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=592&id_article=2420)

<sup>87</sup> Si bien a finales de 2014 Firefox llegó a un acuerdo por 5 años con Yahoo. 19 de noviembre de 2014. *Firefox drops Google as default search engine, signs five-year deal with Yahoo*

<http://www.theverge.com/2014/11/19/7250513/firefox-signs-yahoo-as-default-search-engine->

<sup>88</sup> Este acuerdo es vigente de 2012 y se ha extendido hasta el 31 de diciembre de 2017. *BRIEF-Opera Software and Google signs new agreement*

Reuters. 1 de junio de 2017. <http://www.reuters.com/article/idUSFWN0YN03L20150601>



Difícilmente otro competidor podría ofrecer las sustanciales cantidades de dinero que ofrece Google, ya que los competidores no tienen la capacidad de rentabilizar tan bien los anuncios (precisamente por la falta de datos).

Los referidos acuerdos, no hacen sino que ampliar la distancia entre Google y sus competidores los que, además, difícilmente encontrarán fuentes de información tan potentes como para acceder a información tan voluminosa. Según se afirma en un interesante estudio<sup>89</sup> esta red podría ser considerada contraria a los artículos 101 y 102 del TFUE.

A título de mero apunte final, indicar que Google también ha establecido acuerdos de exclusiva en relación no tanto con el fin de captar datos sino de impedir que sus usuarios de AdSense (titulares de webs que quieren rentabilizarlas a través de la venta de espacios de las mismas para la colocación de anuncios) compatibilicen sus servicios con los de empresas competidoras. Esta conducta también está siendo objeto de análisis por parte de la Comisión Europea quien la ha incorporado en uno de los pliegos de cargos contra la compañía de Mountain View<sup>90</sup>.

#### 2.2.4.2 Operaciones de concentración

Las operaciones de concentración constituyen un mecanismo para incorporar la información de otro operador de forma estructural y más estable en el sí de una compañía. Las compañías tecnológicas más renombradas han llevado a cabo distintas operaciones de concentración que parecen tener como motivación principal la incorporación de información tal y como se ha recogido en la ilustración 2. Particularmente conocidas han sido las operaciones de concentración ya ejecutadas entre Google y Double Click<sup>91</sup> y Google y Waze.

La primera, permitió a Google recabar información y tecnología para liderar la capacidad de obtener rendimiento a partir de los anuncios más personalizados o focalizados. Tanto la Comisión como la FTC autorizaron la operación. No obstante, en el caso de la FTC hubo un voto particular en el que se exponía que quizá no se habrían tenido en cuenta los efectos de red y que las barreras a la entrada que la operación generaba (en términos de que ningún competidor podría ofrecer un servicio de la misma calidad) conllevaría que los anunciantes no dispusieran de ninguna alternativa a recurrir a la entidad fusionada<sup>92</sup>.

La operación de concentración entre Google y Waze también se explica por la obtención de información. Waze, una empresa israelí mediante la que los usuarios identificaban distintos aspectos del tráfico a tiempo real, contenía pues una valiosa información para que Google pudiese complementar sus mapas en base a aportaciones individualizadas a tiempo real. La *Office of Fair Trading*<sup>93</sup> concluyó que

<sup>89</sup> Página 8 del documento:

*Competition Law and Personal Data : Preliminary Thoughts on a Complex Issue*

Damien Geradin & Monika Kuschewsky. 12 de febrero de 2013. [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2216088](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2216088)

<sup>90</sup> Defensa de la competencia: La Comisión sigue avanzando en las investigaciones sobre las prácticas de Google en materia de publicidad y comparación de precios que supuestamente vulneran la normativa de la UE. 14 de julio de 2016.

[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-2532\\_es.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2532_es.htm)

<sup>91</sup> Commission Decision of 11 March 2008. Comp/M.4731 Google / Double Click.

[http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4731\\_20080311\\_20682\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4731_20080311_20682_en.pdf); Statement of the Fed. Trade Comm'n Concerning Google/DoubleClick (Dec. 20, 2007), File No. 071-0170 at 12,

[https://www.ftc.gov/system/files/documents/public\\_statements/418081/071220googledc-commstmt.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/418081/071220googledc-commstmt.pdf)

<sup>92</sup> Commissioner Pamela Jones Harbour, Dissenting Statement in the matter of Google/DoubleClick, 20 December 2007.

[https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public\\_statements/statement-matter-google/doubleclick/071220harbour\\_0.pdf](https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/statement-matter-google/doubleclick/071220harbour_0.pdf)

<sup>93</sup> 17 de diciembre de 2013. Office of Fair Trading. *Completed acquisition by Motorola Mobility Holding (Google, Inc.) of Waze Mobile Limited. ME/6167/13.*

[http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.offt.gov.uk/shared\\_offt/mergers\\_ea02/2013/motorola.pdf](http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.offt.gov.uk/shared_offt/mergers_ea02/2013/motorola.pdf)

la operación no reduciría la competencia y tampoco la FTC<sup>94</sup> consideró que la adquisición conllevaba problemas de competencia. Tres años más tarde no parece que ningún producto alternativo ofrezca la misma calidad.

Otra operación de concentración que parece explicarse a partir del interés en conseguir información es la correspondiente a Facebook y Whatsapp. Facebook estaría interesada en disponer de toda la información generada a través de Whatsapp con el fin de mejorar su capacidad de dirigir mejor los anuncios. Esta visión parece haberse cumplido. El modelo de negocio de Whatsapp se ha visto alterado: (i) ha dejado de experimentar con el cobro de 1 € por la aplicación y (ii) su política de privacidad ha sido modificada para permitir expresamente la cesión de información a Facebook<sup>95</sup>.

La operación, por tanto, ha implicado una pérdida de opciones por parte de los usuarios. Es decir, donde con anterioridad a la referida operación coexistían dos modelos distintos (Whatsapp – con una mayor protección de datos pero con la exigencia de un pago monetario anual -) y Facebook Messenger (menor protección de la privacidad pero gratuita) ahora sólo hay uno (servicio gratuito pero con poca privacidad).

En consecuencia, para aquellos usuarios que valoraban su privacidad por un valor superior a la cantidad monetaria que whatsapp les requería, con la fusión han visto disminuido su bienestar (disminución de la calidad en términos de privacidad). Destacar que los mismos difícilmente pueden dejar de utilizar un servicio específico de mensajería cuando sus amigos y familiares permanecen en él (efectos de red tradicionales).

Resulta en este sentido destacable por ejemplo que la Comisión Europea, en relación con la operación de concentración entre Whatsapp y Facebook no analizó las consecuencias en privacidad derivadas de un incremento en la concentración de datos producida como consecuencia de la referida adquisición.

«Cualquier preocupación derivada del incremento en la concentración de la información controlada por Facebook como resultado de la transacción no cae dentro del ámbito de la ley de competencia de ámbito europeo»<sup>96</sup>.

«Por los objetivos de esta decisión, la Comisión ha analizado la concentración potencial de información sólo en relación con la posibilidad de que refuerce la posición de Facebook en el mercado de los anuncios digitales o cualquier

<sup>94</sup> Engadget. 1 de octubre de 2013. <https://www.engadget.com/2013/10/01/ftc-will-not-challenge-google-waze-acquisition/>

<sup>95</sup> 26 de septiembre de 2016. <http://www.xataka.com/moviles/whatsapp-empieza-a-compartir-tu-numero-de-telefono-y-conexiones-con-facebook>; La autoridad de protección de datos de Hamburgo ha emitido una orden administrativa para impedir esta transferencia de datos. Press release. 27 de septiembre de 2016. [https://www.datenschutz-hamburg.de/fileadmin/user\\_upload/documents/Press\\_Release\\_2016-09-27\\_Adminstrative\\_Order\\_Facebook\\_WhatsApp.pdf](https://www.datenschutz-hamburg.de/fileadmin/user_upload/documents/Press_Release_2016-09-27_Adminstrative_Order_Facebook_WhatsApp.pdf). También aparecen noticias en el sentido que la autoridad británica de protección de datos habría afirmado que investigaría facebook y whatsapp. BBC News. 29 de septiembre de 2016. <http://www.bbc.com/news/technology-37512419>. Facebook: WhatsApp consume su advertencia: o se aceptan sus condiciones o no se podrá seguir usando El país. 27 de septiembre de 2016

[http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2016/09/27/actualidad/1474975944\\_468987.html#?ref=rss&format=simple&link=seguir](http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2016/09/27/actualidad/1474975944_468987.html#?ref=rss&format=simple&link=seguir) Asimismo, la Comisaria Vestager indicó que requirió información de estas empresas. 9 de septiembre de 2016.

<http://www.bloomberg.com/news/articles/2016-09-09/facebook-grilled-by-eu-s-vestager-over-whatsapp-merger-u-turn> La Agencia Española de Protección de Datos también lo estaría investigando. «Protección de Datos investiga a Whatsapp por su nueva política de privacidad». *Sabemos Digital*. 5 de octubre de 2016. [http://sabemos.es/2016/10/05/proteccion-datos-investiga-whatsapp-privacidad-facebook\\_27268/](http://sabemos.es/2016/10/05/proteccion-datos-investiga-whatsapp-privacidad-facebook_27268/)

<sup>96</sup> Nota de prensa: *Commission approves acquisition of WhatsApp by Facebook*. 3 de octubre de 2014.

[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-14-1088\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1088_en.htm). «Any privacy-related concerns flowing from the increased concentration of data within the control of Facebook as a result of the transaction do not fall within the scope of EU competition law.»



subsegmento que del mismo dependa. Cualquier cuestión relacionada con la privacidad derivada del incremento de concentración de datos dentro del control de Facebook como consecuencia de la transacción no cae dentro del ámbito de las normas de competencia europeas sino dentro del ámbito de la protección de datos a nivel europeo»<sup>97</sup>.

Esta visión más restrictiva respecto del ámbito de aplicación de las normas de competencia ha conllevado un cierto daño en el bienestar de los consumidores y usuarios tal y como se ha expuesto.

Los hechos descritos muestran como una eventual ausencia de actuación por parte de las autoridades de competencia no puede ser solventada por una intervención posterior por parte de los organismos encargados de velar por la protección de datos. En este sentido, debe tenerse en cuenta, por ejemplo, que las operaciones de concentración son, cuando corresponde, únicamente notificadas a las autoridades de competencia y que sólo estas pueden imponer condiciones estructurales<sup>98</sup>. En consecuencia, la valoración de una posible incidencia negativa en la privacidad de los usuarios como consecuencia de tal operación únicamente puede ser apreciada por los organismos encargados de la promoción y defensa de la competencia y solo estas pueden por ejemplo condicionar la operación a que los datos de un servicio no puedan ser utilizados por parte de la adquirente.

Si bien, cabe no desconocer que en términos de precio los usuarios obtendrán un mayor bienestar (ya no deberán abonar ninguna cantidad por utilizar whatsapp) y que una menor privacidad puede incluso incidir positivamente en alguno de los factores cualitativos<sup>99</sup>. Se considera no adecuado no tomar también en consideración la cuestión relativa a la privacidad (posible rebaja en la calidad) así como de una menor posibilidad de elección (menor variedad de operadores «relevantes»<sup>100</sup> con ofertas diferenciadas). Es decir, aunque quizá los efectos cualitativos son más fácilmente cuantificables (por ejemplo, superior ratio de conversión de los anuncios), cabe ponderar el doble efecto cualitativo (también la eventual degradación en términos de privacidad).

<sup>97</sup> Párrafo 164 de la Decisión de 3 de octubre de 2014. *Case No COMP/M.7217 - FACEBOOK/ WHATSAPP*.

[http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217\\_20141003\\_20310\\_3962132\\_EN.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_3962132_EN.pdf): «For the purposes of this decision, the Commission has analysed potential data concentration only to the extent that it is likely to strengthen Facebook's position in the online advertising market or in any sub-segments thereof. Any privacy-related concerns flowing from the increased concentration of data within the control of Facebook as a result of the Transaction do not fall within the scope of the EU competition law rules but within the scope of the EU data protection rules.»

<sup>98</sup> «Competition enforcement has been so effective not only because of the level of the fines but also because it disrupts how companies and organisations behave». P. 15. *Opinion 8/2016 EDPS Opinion on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data*. 23 de septiembre de 2016. European Data Protection Supervisor (EDPS).

[https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Events/16-09-23\\_BigData\\_opinion\\_EN.pdf](https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Events/16-09-23_BigData_opinion_EN.pdf)

<sup>99</sup> Por ejemplo en el ámbito de la medicina, resulta evidente que una menor privacidad puede proporcionar soluciones más adecuadas a cada perfil concreto. Project Hanover: ¿es el *big data* la esperanza contra el cáncer? 29 de septiembre de 2016. *El País*.

[http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2016/09/23/actualidad/1474647362\\_976680.html#?ref=rss&format=simple&link=guid](http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2016/09/23/actualidad/1474647362_976680.html#?ref=rss&format=simple&link=guid) 6es Jornades TIC Salut i Social 2016. El Repte de la Salut i el Benestar en la Societat Digital. 30 de septiembre de 2016. Minuto 44:50 segundos. Intervención de Javi Creus *Sabemos que los datos curan*. [https://www.youtube.com/watch?v=MonYWFoW2\\_g](https://www.youtube.com/watch?v=MonYWFoW2_g): «The data released through the Open Data Initiative is being used to improve public health, energy efficiency, traffic flow, and even drought management. It is pioneering precision medicine for individual patients and making hospitals work better. There are apps created from the data that are helping families looking for colleges and consumers who want to avoid unhygienic restaurants». Remarks of Commissioner Terrell McSweeney. *BIG DATA: INDIVIDUAL RIGHTS AND SMART ENFORCEMENT* European Data Protection Supervisor-BEUC Joint Conference Bruselas, Bélgica Septiembre 29, 2016. P. 3

[https://www.ftc.gov/system/files/documents/public\\_statements/987103/mcsweeney\\_-\\_euro\\_data\\_protection\\_conf\\_9-29-16.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/987103/mcsweeney_-_euro_data_protection_conf_9-29-16.pdf)

<sup>100</sup> Los costes de cambio en un servicio con importantes efectos de red, pueden ser sustanciales. En otros términos, si todos mis conocidos usan un determinado servicio de mensajería difícilmente «puedo» cambiar a otro dado mis preferencias de privacidad.

Tal y como se ha apuntado, puede existir una paradoja ya que menor privacidad puede al mismo tiempo significar menos calidad en términos de «intimidad» pero la información obtenida de cada usuario tal y como se ha explicado puede permitir la obtención de un mejor servicio y más personalizado para el mismo usuario. En cualquier caso, debería quedar a elección del consumidor o usuario el nivel de privacidad por el que opta aún conociendo que un elevado nivel de privacidad puede conllevar un servicio relativamente peor<sup>101</sup>.

Esta paradoja no concurre cuando los datos recabados no son necesarios para el servicio que se presta. Por ello, una clara recomendación que realizan acertadamente las autoridades de protección de datos consiste en la minimización del volumen de datos recabados<sup>102</sup>.

Las dificultades a la hora de valorar este tipo de operaciones de concentración no se limitan a la determinación de los aspectos objeto de análisis. También constituye un reto el replanteamiento de la noción clásica de definición del mercado relevante afectado.

En la adquisición de Nest (termostatos domésticos inteligentes) por parte de Google –que fue aprobada en fase inicial por parte de la FTC<sup>103</sup>– una de las cuestiones controvertidas es cuál sería el mercado afectado por la referida operación.

Parece poco probable que con la adquisición Google estuviese mostrando un interés en convertirse en oferente de termostatos. Más bien, el objeto de la operación sería el de obtener información recabada por estos dispositivos con el fin de mejorar la capacidad de confeccionar un perfil de usuario y así perfeccionar su capacidad de ofrecer a los potenciales anunciantes una mayor certeza de que sus anuncios lleguen a los usuarios que estén más interesados en alcanzar.

En consecuencia, la determinación del mercado relevante –al estar vinculado con los datos– parece no tener una correspondencia física evidente. Y, por tanto, lejos de poderlo definir en el ámbito de los termostatos, procede una visión más amplia. En otros términos, los datos trascienden las configuraciones de mercado más vinculadas a los elementos físicos.

### 2.2.5 Coordinar precios o condiciones comerciales (algoritmos).

Los operadores económicos se han adaptado a este nuevo marco caracterizado por la relevancia de la información, los datos y la capacidad de su procesamiento. Así, utilizan las nuevas posibilidades que este entorno les ofrece.

<sup>101</sup> La Agencia Europea de Protección de Datos (EDPS) también ha recomendado explorar la posibilidad de crear un espacio del web donde los usuarios puedan interactuar sin ser monitorizados. «We also recommend that the EU institutions with external experts explore the creation of a common area, a space on the web where, in line with the Charter, individuals are able to interact without being tracked». *Opinion 8/2016 EDPS Opinion on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data*. 23 de septiembre de 2016. European Data Protection Supervisor (EDPS).

[https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Events/16-09-23\\_BigData\\_opinion\\_EN.pdf](https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Events/16-09-23_BigData_opinion_EN.pdf)

<sup>102</sup> «Data protection authorities need to enforce data minimisation, which requires personal information only to be processed where 'adequate, relevant and limited to what is necessary in relation to the purposes for which they are processed.» P. 7. *Opinion 8/2016 EDPS Opinion on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data*. 23 de septiembre de 2016. European Data Protection Supervisor (EDPS).

[https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Events/16-09-23\\_BigData\\_opinion\\_EN.pdf](https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Events/16-09-23_BigData_opinion_EN.pdf)

<sup>103</sup> 4 de febrero de 2014. <https://www.ftc.gov/enforcement/premerger-notification-program/early-termination-notice/20140457>

Si mientras las prácticas colusorias requerían en el pasado necesariamente de una coordinación entre representantes de los distintos operadores económicos que determinaban elementos estratégicos como el precio, en este nuevo entorno la fijación de estos elementos puede ser establecida por algoritmos. En consecuencia, una eventual coordinación anticompetitiva puede también llevarse a la práctica a través de estos mecanismos automatizados<sup>104</sup>.

El Departamento de Justicia americano<sup>105</sup> y la CMA<sup>106</sup> ya han sancionado prácticas colusorias implementadas mediante el uso automatizado de la determinación dinámica de los precios. Y el uso de algoritmos para la fijación de los precios por parte de empresas como UBER está siendo objeto de análisis judicial por si es constitutivo de un acuerdo colusorio entre los prestadores del servicio<sup>107</sup>.

### 2.2.6 La discriminación perfecta

Es antigua y relativamente general la práctica de cobrar precios distintos en función del «grupo» al que pertenezca el cliente. Así, a menudo, un parque de atracciones ofrece entradas a un precio distinto en función de la edad (niño, adulto, sénior).

No obstante, en el marco actual existen mayores posibilidades de discriminación sistemática en función de múltiples factores (por ejemplo, a través del dispositivo mediante el que uno accede a la información. Si lo hace a través de un dispositivo Apple, se puede considerar que tiene un nivel de ingresos superior y, por tanto, se le ofrecen los productos a precios superiores). Este tipo de discriminaciones pueden reducir la categoría o grupo al tamaño individual (ofrecer un precio distinto a cada uno de sus clientes) y no son fácilmente perceptibles por los usuarios<sup>108</sup>.

Cuanto más parámetros se tomen en consideración, más individualizado será el precio (cada vez será menos probable que dos consumidores distintos presenten exactamente las mismas características en relación con todas las variables utilizadas para determinar el precio). Y, continuando con el ejemplo, es poco probable que un mismo usuario utilice dispositivos distintos a los propios para verificar si hay algún sesgo de este tipo.

Además, las propias empresas disimulan este tipo de prácticas a través del ofrecimiento de descuentos o cupones muy personalizados.

Estas prácticas son objeto de debate<sup>109</sup>. En concreto se analizaba el caso Amazon y cómo estas prácticas pueden afectar no solo a los consumidores y usuarios, sino también a los operadores que venden sus productos a través de la referida plataforma (una práctica eventualmente distorsionadora de la competencia consistente en la imposición de precios no equitativos).

La discriminación juntamente con el desconocimiento de este tipo de prácticas y posibles errores –presumible a favor de quien las implanta– conducen a pensar que las mismas

<sup>104</sup> *Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition*. Ariel Ezrachi y Maurice E. Stucke. 8 de abril de 2015. [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2591874](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2591874)

<sup>105</sup> *Former E-Commerce Executive Charged with Price Fixing in the Antitrust Division's First Online Marketplace Prosecution*. 6 de abril de 2015.

<https://www.justice.gov/opa/pr/former-e-commerce-executive-charged-price-fixing-antitrust-divisions-first-online-marketplace>

<sup>106</sup> *Online seller admits breaking competition law*. 21 julio de 2016.

<https://www.gov.uk/government/news/online-seller-admits-breaking-competition-law>. CMA issues final decision in online cartel case. 12 de agosto de 2016. <https://www.gov.uk/government/news/cma-issues-final-decision-in-online-cartel-case>.

<sup>107</sup> <http://business.cch.com/ald/MeyervKalanick3312016.pdf> Acción presentada el 31 de marzo de 2016.

<sup>108</sup> Si bien trabajar para revertir la opacidad en la configuración de los precios puede corresponder al ámbito de actuación de las autoridades o agencias de protección del consumidor, se incluye en este Trabajo sobre competencia en la medida que esta opacidad puede distorsionar la competencia (por ejemplo, se incrementa el riesgo de eventuales abusos de posición dominante como la imposición de precios no equitativos – art. 2 LDC-).

<sup>109</sup> Finales de enero de 2016. *Amazon's Book Monopoly: A Threat to Freedom of Expression?* [http://www.ustream.tv/recorded/82066262?lang=es\\_ES](http://www.ustream.tv/recorded/82066262?lang=es_ES) (a partir de las 2 horas del vídeo).

acabarán presentando un impacto negativo en el bienestar de los consumidores y usuarios. En un entorno perfectamente competitivo, este tipo de prácticas podrían incluso ser positivas para consumidores como para oferentes<sup>110</sup>. No obstante, en nuestra opinión, los mercados y los propios consumidores y usuarios no se encuentran, en la realidad, perfectamente alineados con la teoría económica. La *Office of Fair Trading* señaló que el contexto de competencia en el mercado incidía en la probabilidad que la discriminación de precios perjudicara a los consumidores y usuarios<sup>111</sup>.

Esta circunstancia puede conllevar tres graves perjuicios para los consumidores y usuarios<sup>112</sup>:

### 2.2.6.1 *La captura del excedente del consumidor por el oferente*

Cuanto más se acerquen los oferentes a conocer la cifra correspondiente a la disponibilidad máxima al pago de cada uno de los consumidores, menor será el remanente de bienestar que los consumidores podrán experimentar.

Es decir, si un usuario está dispuesto a pagar 30 € por una camiseta y consigue adquirirla por 20 €, su excedente del consumidor será de 10 €. Pero si los distintos productores de camisetas consiguen (acercarse a) conocer la cantidad máxima que está dispuesto a abonar el consumidor (p.ej 29 €), el consumidor abonará 29 € y su excedente quedará reducido a un único euro.

En la medida en que el bienestar general de los consumidores puede verse menoscabado y que su protección configura el objeto último perseguido por la competencia, según consta en el preámbulo de la LDC<sup>113</sup>, las autoridades de competencia deberían prestar atención a este tipo de prácticas<sup>114</sup> y, particularmente, cuando son llevadas a cabo por un operador dominante.

### 2.2.6.2 *Menores diferencias de precios*

En consecuencia, la relación entre los oferentes y sus usuarios o consumidores se ve alterada. Pasa de ser de un oferente a una pluralidad de usuarios a ser una relación bilateral uno a uno (precio individualizado).

Ello implica, por ejemplo, que la comparación de precios entre oferentes puede perder cierto sentido. Cada uno de ellos intentará probablemente identificar la disponibilidad máxima al pago del usuario y cargarle el precio máximo. Aunque pueden existir diferencias (probablemente no todos los oferentes utilizarán el mismo algoritmo y, por tanto, tendrán en cuenta los mismos factores con idéntica magnitud) las mismas se presume que serán menores que en otro escenario en que un

<sup>110</sup> Página 16. *BIG DATA AND DIFFERENTIAL PRICING*. Febrero 2015. «Executive Office del Presidente de los Estados Unidos de América. Economists typically see value-based pricing as a tool for expanding the size of the market by charging more to those willing to pay and less to those who are not».

[https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/docs/Big\\_Data\\_Report\\_Nonembargo\\_v2.pdf](https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/docs/Big_Data_Report_Nonembargo_v2.pdf)

<sup>111</sup> Página 8. *The economics of online personalised pricing*. Office of Fair Trading. Mayo de 2013.

[http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.of.gov.uk/shared\\_of/research/oft1488.pdf](http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.of.gov.uk/shared_of/research/oft1488.pdf)

<sup>112</sup> Página 16. *BIG DATA AND DIFFERENTIAL PRICING*. Febrero 2015. «Executive Office del Presidente de los Estados Unidos de América. For example, big data may facilitate discrimination against protected groups, and when prices are not transparent, differential pricing could be conducive to fraud or scams that take advantage of unwary consumers. This final section of the report considers how big data and differential pricing relate to existing antidiscrimination and consumer protection laws that might address these issues».

[https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/docs/Big\\_Data\\_Report\\_Nonembargo\\_v2.pdf](https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/docs/Big_Data_Report_Nonembargo_v2.pdf)

<sup>113</sup> «Esta eficiencia productiva se traslada al consumidor en la forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del bienestar del conjunto de la sociedad».

<sup>114</sup> «La competencia en términos de precio podría quedar reducida a las diferencias entre las mismas en averiguar la disponibilidad máxima al pago de cada usuario individual. Y, en un entorno con creciente información, las mismas pueden ser cada vez menos significativas».

consumidor puede beneficiarse de conseguir el producto a un precio menor, ya que va dirigido a una pluralidad supuestamente con menor disponibilidad a pagar que él.

Siguiendo con el potencial comprador de la camiseta, cuando recurra a un oferente alternativo, probablemente este intentará aproximarse nuevamente al precio máximo que está dispuesto a pagar (30 €). Quizá diferirá del anterior y en lugar de 29 € la estimará en 27 €. Pero, en todo caso, la ganancia potencial de la competencia en precios se vería significativamente reducida (a solo 3 €). No sería racional ofrecer la camiseta por 20 €. Anteriormente, como los operadores desconocían (absolutamente) la disponibilidad al pago de cada individuo, no hubiese sido descartable que el consumidor hubiese conseguido la camiseta por 20 € o incluso 10 €.

### 2.2.6.3 La exclusión del mercado

En cualquier caso, el mayor perjuicio por los usuarios consistiría en la exclusión de la posibilidad de contratar<sup>115</sup>. Esta circunstancia también ha sido examinada por distintas instancias. Una de las propuestas con mejor acogida es la misma que anteriormente se apuntaba, que podía contribuir a un entorno más competitivo (determinar que la propiedad de los datos recaer en los usuarios)<sup>116</sup>:

«Una forma de limitar aplicaciones desleales o inadecuadas del *Big data* podría consistir en otorgar a los consumidores un mayor control respecto a su información. Los intermediarios de información afirman que fuertes derechos de propiedad respecto la información personal podrían incrementar los costes de transacción, lo que incidiría negativamente en aplicaciones valiosas del *Big data*. Las teorías económicas también sugieren que tales derechos de propiedad no resolverían completamente el problema de privacidad. Por ejemplo, problemas de selección adversa reaparecerían a través de la voluntaria compartición de información. No obstante, una aproximación basada en los derechos de propiedad en relación con la privacidad resulta particularmente atractiva cuando *Big data* conlleva preocupaciones sobre trato equitativo en la aplicación de estrategias de precio basadas en el riesgo, e intermediarios de información pueden tener incentivos insuficientes para garantizar la precisión de la información personal».

En definitiva, el *Big data* puede a la vez ser un mecanismo de inclusión en el mercado (rebajando el precio para aquellos con menos disponibilidad), pero también de exclusión<sup>117</sup>.

<sup>115</sup> «Con lo que aquellos usuarios no podrían ver satisfechas sus necesidades y, por tanto, no se beneficiarían de la competencia entre oferentes. El "no mercado" es un fallo de mercado que debería ser corregido.»

<sup>116</sup> Página 18. *BIG DATA AND DIFFERENTIAL PRICING*. Febrero 2015. Executive Office del Presidente de los Estados Unidos de América. «One way to limit unfair or inaccurate applications of big data might be to give consumers greater control over their information. Data brokers claim that strong property rights over personal information could produce large transaction costs that would undermine valuable applications of big data. Economic theories also suggest that such property rights would not fully resolve the privacy problem. For example, adverse selection issues could re-emerge through voluntary disclosure of information. 21 Nevertheless, a property rights approach to privacy seems particularly appealing where big data leads to concerns about fairness in the application of risk-based pricing strategies, and information intermediaries may have insufficient incentives to ensure the accuracy of personal information.»

[https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/docs/Big\\_Data\\_Report\\_Nonembargo\\_v2.pdf](https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/docs/Big_Data_Report_Nonembargo_v2.pdf)

<sup>117</sup> *Big Data. A Tool for Inclusion or Exclusion?* Enero de 2016. FTC. <https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/big-data-tool-inclusion-or-exclusion-understanding-issues/160106big-data-rpt.pdf>



### (III) NECESIDAD DE CAMBIOS

#### 1. Cambios regulatorios

El entorno actual presenta sin duda nuevos retos<sup>118</sup> y la cuestión es si las autoridades disponen actualmente de los instrumentos adecuados para dar una respuesta eficaz a los mismos.

##### 1.1 Contratación pública

Una de las primeras y más importantes recomendaciones que se ha realizado es la de considerar elementos distintos al precio como elementos propios de la competencia. Esta aproximación resulta del valor económico de los datos y el uso comercial de los mismos. No obstante, no solo las autoridades de competencia son o han sido *price-centric*; también lo son los órganos de contratación.

Ello conlleva, por ejemplo, que la licitación de un contrato público para la transformación de una ciudad en *Smart* pueda canalizarse a través del procedimiento de adjudicación menos procompetitivo en el supuesto de que el licitador no solicite ninguna contraprestación monetaria. En tal supuesto, desde la óptica *price-centric* se trataría de un contrato de muy poca entidad, de tal forma que no sería necesario garantizar una mínima concurrencia competitiva.

En este sentido en NYC se está desarrollando el proyecto «linkNYC» con Sidewalk labs (la unidad de google para la investigación de Smart cities)<sup>119</sup>. Está claro que, si a día de hoy una empresa ofreciese a coste 0 este tipo de servicios en España, desde un punto de vista de estricto cumplimiento de la legalidad, podría resultar adjudicataria mediante un procedimiento de adjudicación no de acorde con la importancia real (no monetaria) del proyecto.

Lo anterior implica la necesidad urgente de promover la reformulación de la normativa de contratación pública que, con el fin de garantizar la concurrencia competitiva, toman únicamente en consideración como coste el factor precio.

##### 1.2 Defensa de la competencia

En el mismo sentido expuesto en relación con la normativa de contratación, es probable que la normativa de defensa de la competencia también requiera de una adaptación a esta nueva realidad (economía de los datos). Como afirmaba la Sra. Vestager, quizá no es necesario un «nuevo cuerpo jurídico para el mundo big data» a principios de 2016<sup>120</sup>, pero cada vez resulta más evidente que «nuevas normativas europeas son parte de la respuesta» en palabras también de la Sra. Vestager unos meses más tarde -septiembre 2016<sup>121</sup>.

<sup>118</sup> Una apreciación que coincide con la OCDE que abordará estos retos (Big data y competencia) en el marco del próximo encuentro que tendrá lugar en París entre los días 28 de noviembre y 2 de diciembre. A modo de antecedentes, el secretariado de la OCDE ha elaborado unas interesantes notas. *BIG DATA: BRINGING COMPETITION POLICY TO THE DIGITAL ERA*. 27 de octubre de 2016.

[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2016\)14&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2016)14&docLanguage=En). También en relación con estos retos el

[https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/09\\_06\\_2016\\_ThinkTank.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/09_06_2016_ThinkTank.html)

<sup>119</sup> [http://www.ara.cat/economia/Ignasi-Vilajosana-No-capital-aconseguir\\_0\\_1594640547.html](http://www.ara.cat/economia/Ignasi-Vilajosana-No-capital-aconseguir_0_1594640547.html)

<https://www.wired.com/2016/02/googles-city-fixing-sidewalk-labs-is-finally-getting-to-work/>

<sup>120</sup> «We don't need a whole new competition rulebook for the big data world. Just as we didn't need one for a world of fax machines, or credit cards, or personal computers.» *Competition in a big data world*. Margaret Vestager. 17 de enero de 2016

[https://ec.europa.eu/commission/2014-2019/vestager/announcements/competition-big-data-world\\_en](https://ec.europa.eu/commission/2014-2019/vestager/announcements/competition-big-data-world_en)

<sup>121</sup> «[...] we need to start looking at mergers with valuable data involved, even though the company that owns it doesn't have a large turnover. [...] I think there's a strong case for new EU rules as part of the answer. [...] if we do find that new EU legislation is

En esta línea, a continuación se señalan algunos aspectos concretos que, quizá, deberían ser objeto de revisión y/o adaptación.

### 1.2.1 En relación con el control de las operaciones de concentración

#### 1.2.1.1 Los umbrales

La LDC y el Reglamento 139/2014 a nivel europeo contienen unos límites relativos a cuotas de mercado y volúmenes de negocio por debajo de los que se presupone que las operaciones de concentración no son susceptibles de alterar la competencia y, por tanto, no deben ni tan siquiera ser objeto de notificación a las autoridades de competencia.

#### 1.2.1.2 Los datos

Tal y como habría afirmado la Sra. Vestager «una empresa puede comprar a un competidor con el fin de apoderarse de su información, incluso aunque no haya sido capaz de monetizar dicha información»<sup>122</sup>.

A la luz de los límites actuales, este tipo de operación no tendría ni siquiera que ser notificada aun cuando presentara implicaciones significativas en términos de competencia. Por ello, la propia Sra. Vestager apuntó que «por ello estamos explorando si necesitamos empezar a revisar operaciones de concentración con información valiosa involucrada, incluso cuando la compañía propietaria de la misma no presenta un nivel de facturación significativo»<sup>123</sup>. También la Agencia Europea de Protección de Datos había recomendado «actualizar las normas en base a las que las autoridades efectúan el control de concentraciones para proteger mejor la privacidad *online*, la información personal y la libertad de expresión»<sup>124</sup>.

Esta exploración ha conducido al inicio de un proceso de consulta pública<sup>125</sup> al objeto de obtener puntos de vista sobre el funcionamiento del control de concentraciones. El primer punto hace precisamente referencia a los umbrales de notificación y expone las dudas respecto a que los mismos sean efectivos en la medida que pivotan exclusivamente sobre facturación monetaria.

En este sentido, pueden existir empresas con un gran potencial (por ejemplo, en el sector farmacéutico o el tecnológico) que atesoran activos muy relevantes (patentes de fármacos todavía no comercializados o multitud de información todavía no explotada) pero que no tengan todavía reflejo en sus ingresos monetarios.

---

*the best way forward, I hope to put a proposal on the table early next year.» Big data and competition. 29 de septiembre de 2016 [http://ec.europa.eu/commission/2014-2019/vestager/announcements/big-data-and-competition\\_en](http://ec.europa.eu/commission/2014-2019/vestager/announcements/big-data-and-competition_en)*

<sup>122</sup> «Data could be an important factor in how a merger affects competition» said Ms Vestager. «A company might even buy up a rival just to get hold of its data, even though it hasn't yet managed to turn that data into money».

European Commission may consider customer data concerns in mergers. 29 de septiembre de 2016. Financial Times. <https://www.ft.com/content/415351b8-3ec6-3d1e-9677-ff0e54cc9101>

<sup>123</sup> «We are therefore exploring whether we need to start looking at mergers with valuable data involved, even though the company that owns it doesn't have a large turnover.» *European Commission may consider customer data concerns in mergers.* 29 de septiembre de 2016. Financial Times. <https://www.ft.com/content/415351b8-3ec6-3d1e-9677-ff0e54cc9101>

<sup>124</sup> «Finally, we recommend updating the rules on how authorities apply merger controls better to protect online privacy, personal information and freedom of expression». *P. 3 Opinion 8/2016 EDPS Opinion on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data.* 23 de septiembre de 2016. European Data Protection Supervisor (EDPS).

[https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Events/16-09-23\\_BigData\\_opinion\\_EN.pdf](https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Events/16-09-23_BigData_opinion_EN.pdf)

<sup>125</sup> *Mergers: Commission seeks feedback on certain aspects of EU merger control.*

7 de octubre de 2016. [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-3337\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-3337_en.htm);



El funcionamiento inadecuado de los umbrales no es sino una consecuencia de la menor correlación entre ingresos monetarios e importancia fruto del valor intrínseco de la información. Todo ello invita a reflexionar sobre la conveniencia de revisar la normativa de defensa de la competencia con el fin de abarcar aquellas operaciones de concentración empresarial en que no existe una correlación entre nivel de ingresos (esencialmente de la entidad adquirida) e importancia económica de la operación.

Whatsapp en el momento que fue adquirida por Facebook no tenía unos elevados niveles de facturación –no superaba los umbrales- aunque la operación era muy relevante<sup>126</sup> (valorada en 19.000 millones de dólares). Operadores como LinkedIn<sup>127</sup>, Wallapop o Waze, por citar algunos ejemplos también pueden atesorar gran cantidad de información sin presentar niveles de facturación elevados.

### 1.2.1.3 Las operaciones embrionarias

La conveniencia de esta revisión deviene mayor si se tiene en cuenta que cada vez pueden producirse un número mayor de operaciones de concentración en un momento inicial de la andadura de la entidad absorbida (y, por tanto, que la entidad adquirida no tenga un nivel de ingresos que supere los umbrales exigidos para notificarse la operación de concentración).

Esta circunstancia (operaciones de concentración en estados iniciales de desarrollo de un proyecto empresarial) se debe a las capacidades de detección de que gozan algunos operadores en relación con iniciativas con un interesante potencial (radar competitivo). Así, el operador que gestiona una plataforma tiene una valiosa información sobre las iniciativas que despiertan un mayor interés entre los usuarios.

Imaginemos, por ejemplo, que Google, que opera la tienda virtual Google Play de aplicaciones, observa que una aplicación de información sobre el tráfico está experimentando un éxito creciente por parte de los usuarios<sup>128</sup>. Y, vista esta trayectoria inicial, puede eventualmente optar por su adquisición.

Alguien podría considerar que estas operaciones deberían ser validadas en la medida en que el operador adquirido no representa una amenaza competitiva (probablemente debido al estado de desarrollo de la iniciativa). No obstante, esta línea de razonamiento conllevaría que cada vez resultaría más difícil que los potenciales adquiridos representasen una amenaza para el adquirente, que cada vez tendría una dimensión y capacidad superior. Por ello, sería importante determinar a partir de qué momento un operador deviene dominante y, por tanto, puede abusar de su posición en términos cuantitativos y cualitativos, así como hasta qué punto la operación incrementa las barreras de entrada al mercado (para poder competir efectivamente), con independencia de la amenaza real que el operador adquirido pudiera representar.

<sup>126</sup> «The Transaction does not have a Union dimension within the meaning of Article 1(2) or Article 1(3) of the Merger Regulation as the EU turnover of one of the Parties (WhatsApp) amounted to only EUR [...] in 2013». Página 1 de la Decisión de 3 de octubre de 2014. *Case No COMP/M.7217 - FACEBOOK/ WHATSAPP*. [http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217\\_20141003\\_20310\\_3962132\\_EN.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_3962132_EN.pdf)

<sup>127</sup> En esta interesante conferencia celebrada en Bruselas el pasado día 3 de octubre de 2016, el Sr. Damien Neven apuntó en el momento 1:15:55 que quizá LinkedIn no tiene un volumen de negocio que permitiera la valoración de las autoridades de competencia europea al no superar los límites legales establecidos a tal efecto. Big data, digital platforms and market competition. <http://bruegel.org/events/big-data-digital-platforms-and-market-competition/>

<sup>128</sup> Nótese que Google también puede observar esta tendencia a través de las interacciones que recibe su buscador.

#### 1.2.1.4 Indicadores alternativos

En base a lo anterior, sería necesario replantear la utilización del volumen de ingresos como único elemento para determinar la importancia de una determinada operación de concentración.

Tal y como se apunta en la consulta pública iniciada por parte de la Comisión Europea, la noción de importante mercado potencial (ya sea en base de patentes o de información de los usuarios) podría ser capturado por el valor económico que las propias partes otorgan a la operación<sup>129</sup>. En consecuencia, el valor económico de la transacción podría ser un buen indicador de la importancia de la misma en la medida que, en principio, refleja la relevancia que las propias partes le otorgan.

No obstante, tomar en consideración este factor genera un problema esencial, ya que este valor es fijado por las partes, de manera que estas, a fin de evitar el control de concentraciones, podrían intentar, mediante estructuras complejas de pago<sup>130</sup>, proyectar una imagen de una operación de una menor cuantía económica que la que realmente tendría.

Adicionalmente, el valor económico real de una operación de concentración que se produjera en un estadio inicial de la trayectoria del operador adquirido podría no superar tampoco el límite monetario que eventualmente se fijara para desencadenar la obligación de notificar la operación a las autoridades de competencia.

Por tanto, aun apreciándose la posible incorporación del factor precio de la operación de concentración como umbral de notificación, esta medida podría no resultar suficiente.

Por último, los riesgos de que una operación impacte en la competencia son mayores cuanto más grande es el adquirente (además, su capacidad de detección de un operador competidor «interesante» puede conllevar que la operación no presente un precio de transacción elevado). Así, quizá convendría analizar a posibilidad de que aquellos operadores que hayan alcanzado una cuota de mercado relevante (en cualquiera de los mercados en que operen) tengan el deber de notificar todas las adquisiciones que realicen<sup>131</sup>.

#### 1.2.2 En relación con el control de los comportamientos anticompetitivos

Mayor consenso parece existir en considerar suficientes los instrumentos de los que ya disponen las autoridades de competencia a fin de detectar comportamientos anticompetitivos. Y quizá sea cierto que en este ámbito no resulta necesario replantear aspectos tan esenciales como en relación con las operaciones de concentración. No obstante, existen dos aspectos que deberían ser cuanto menos objeto de análisis.

<sup>129</sup> «Under current EU Merger Regulation thresholds, acquisitions of target companies that do not yet generate significant turnover but that have a high market potential, which may be reflected in a high purchase price, do not have to be notified to the Commission. This can happen, in particular, in the digital services sector».

*Mergers: Commission seeks feedback on certain aspects of EU merger control.*  
7 de octubre de 2016. [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-3337\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-3337_en.htm);

<sup>130</sup> *LBOs and the Size of Transaction Test.* 6 de octubre de 2016. FTC. <https://www.ftc.gov/news-events/blogs/competition-matters/2016/10/lbos-size-transaction-test>

<sup>131</sup> La LDC ya combina factores relativos a la cuota de mercado y, llegados a cierto punto (50 % *ex art. 8.1 a) in fine*), la operación de concentración debe ser notificada con independencia de que el volumen de negocios de la sociedad adquirida no supere los 10 millones de euros.

El primero consiste en asegurar que los ilícitos de competencia engloban todas aquellas conductas que generan efectos restrictivos de la competencia. En este sentido, es conocido que la tecnología permite la toma de decisiones autónomas a partir de la realidad informativa que captura.

En este caso, no estaríamos ante ningún acuerdo ni explícito ni siquiera tácito entre competidores, con lo que difícilmente se podría plantear una posible infracción del artículo 1 LDC. No obstante, el uso de los algoritmos supondría, si cada competidor implementase su algoritmo, que la solución de equilibrio consistiera en la nula diferenciación de precios (el algoritmo terminaría aprendiendo que si baja el precio, los competidores lo reducen también de forma inmediata, con lo que en el nuevo equilibrio todos pierden y, por tanto, no volvería a rebajar el precio).

Tal y como apunta el Sr. Maurice Stucke, «los ordenadores y particularmente la inteligencia artificial puede<sup>132</sup> facilitar la colusión en formas que los actuales instrumentos de defensa de la competencia no pueden corregir»<sup>133</sup>.

A la vista de lo anterior, podría resultar adecuada una revisión de la normativa en el sentido de garantizar que conductas que pueden incidir significativa y negativamente en la competencia puedan ser sancionadas aun cuando su implantación se fundamente en el uso de algoritmos (deben abordarse los problemas de tipicidad e incluso de autoría).

## 2. Cambios en la forma de actuar de las autoridades de competencia

En cualquier caso, el entorno caracterizado por la tecnología y la economía de la información no solo conlleva plantear la posibilidad de reformas de índole regulatoria, sino también empuja a revisar la forma de actuar de las autoridades de competencia.

### 2.1 Mayor coordinación

Según se ha apuntado, se considera imprescindible que las autoridades de competencia tengan en cuenta factores cualitativos, como puede ser la privacidad. No obstante, son las autoridades de protección de datos las especialistas en esta materia, de forma que su colaboración con las autoridades de competencia resulta especialmente positiva.

Desde una perspectiva más general, ambas disciplinas operan con un mismo fin: el bienestar de los consumidores y usuarios. Un fin que también es compartido por las autoridades o agencias de consumo. A la vista de tal coincidencia y de las posibles sinergias existentes entre todas ellas, la Agencia de Protección de Datos Europea ha formulado la propuesta de una *Digital Clearing House* (DCH) para los reguladores de los mercados de todas las formas y tamaños<sup>134</sup>. La *Digital Clearing House* consistiría<sup>135</sup> en una red voluntaria de reguladores

<sup>132</sup> En un post «How Pricing Bots Could Form Cartels and Make Things More Expensive» de los Sres. Stucke y Ezrachi de 27 de octubre de 2016 en la *Harvard Business Review* se exponían los 4 escenarios que consideran que un algoritmo podría promover la colusión. <https://hbr.org/2016/10/how-pricing-bots-could-form-cartels-and-make-things-more-expensive>

<sup>133</sup> «Namely that computers and particularly artificial intelligence might help facilitate collusion in ways that the current antitrust tools can't readily address.» 26 de septiembre de 2016. *How Can Antitrust Be Used to Protect Competition in the Digital Marketplace?*. <https://promarket.org/digital-market-not-going-correct/>. En la misma línea, se reflexionaba en el post *Cuando el Cartelista es un Robot* de 29 de octubre de 2016 elaborado por el Sr. Antonio Robles <http://derechocompetencia.blogspot.com.es/2016/10/cuando-el-cartelista-es-un-robot.html>. En particular, se hacía referencia no solo a problema podría «no ser solo de tipificación o detección, sino de imputación».

<sup>134</sup> «We have launched a Digital Clearing House (DCH) for digital market regulators of all shapes and sizes.» *BIG DATA RIGHTS: LET'S GET TOGETHER*. 6 de octubre de 2016. Giovanni Buttarelli. [https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/edps/site/mySite/Big\\_data\\_rights\\_Lets\\_get\\_together](https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/edps/site/mySite/Big_data_rights_Lets_get_together)

<sup>135</sup> «This Opinion therefore recommends establishing an Digital Clearing House for enforcement in the EU digital sector, a voluntary network of regulatory bodies to share information, voluntarily and within the bounds of their respective competences,

con el fin de compartir información sobre posibles abusos en el ecosistema digital y buscar conjuntamente la mejor forma de abordarlos. La coordinación también debería permitir una aproximación coherente por parte de todas las autoridades implicadas en relación con la protección de los derechos individuales.

## 2.2 Mayor velocidad

Una de las características más significativas del nuevo entorno económico es la velocidad a la que suceden los acontecimientos y avances (y también el procesamiento de la información, configurando la velocidad una de las cuatro características esenciales del *Big Data*).

En este sentido, en un reciente discurso<sup>136</sup> de la Comisaria de la FTC, Sra. Terrell McSweeney expuso que los dos años y medio que llevaba en el cargo equivalían a: 2,5 billones de búsquedas en Google y a que los coches autónomos pasaran de ser un mero experimento a una realidad que ya estaba en las calles de algunas ciudades.

Siguiendo con el ejemplo de la Sra. McSweeney, si el proceso hasta la eventual imposición de una sanción y de condiciones estructurales alcanza los dos años y medio equivaldría a que en el *ínterin*, Google habría podido llevar a cabo 2,5 billones de búsquedas, lo que a la luz de las economías de red expuestas anteriormente le concede una ventaja en el mercado ya difícilmente revertible, con lo que la sanción por dura que eventualmente sea difícilmente conseguirá uno de sus fines: la disuasión.

Por ello, sería recomendable que las autoridades de competencia contasen con los medios (humanos y materiales) necesarios para dar una respuesta lo más rápida posible a este tipo de infracciones. Incluso, los expertos más renombrados en la materia apuestan<sup>137</sup> por las intervenciones *ex ante* en la medida que consideran que pueden ser los mecanismos más adecuados para los mercados tecnológicos que avanzan a gran velocidad.

## 2.3 Nuevos instrumentos (tecnológicos y de *soft law*)

Algunos operadores económicos cuentan con poderosos instrumentos de naturaleza tecnológica, por ellos, resulta conveniente que las autoridades que tienen que controlar su comportamiento dispongan, como mínimo, de las mismas posibilidades. En caso contrario, el desequilibrio puede condicionar sustancialmente las tareas asignadas a estas autoridades de control.

---

about possible abuses in the digital ecosystem and the most effective way of tackling them. This should be supplemented by guidance on how regulators could coherently apply rules protecting the individual.» P. 3 Opinion 8/2016 *EDPS Opinion on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data*. 23 de septiembre de 2016. European Data Protection Supervisor (EDPS). [https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Events/16-09-23\\_BigData\\_opinion\\_EN.pdf](https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Events/16-09-23_BigData_opinion_EN.pdf)

<sup>136</sup> «I was sworn in as a Commissioner two and a half years ago or about 2.5 trillion Google searches ago. At that time, self-driving cars were an experimental oddity confined to the backlots of some tech companies. Two weeks ago, a fleet of semi-autonomous Ford Fusions took to the streets of Pittsburgh to pick up passengers for Uber.» *BIG DATA: INDIVIDUAL RIGHTS AND SMART ENFORCEMENT* European Data Protection Supervisor-BEUC Joint Conference Bruselas, Bélgica, 29 de septiembre, 2016 Remarks of Commissioner Terrell McSweeney [https://www.ftc.gov/system/files/documents/public\\_statements/987103/mcsweeney\\_-\\_euro\\_data\\_protection\\_conf\\_9-29-16.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/987103/mcsweeney_-_euro_data_protection_conf_9-29-16.pdf)

<sup>137</sup> «In our research we venture beyond ex-post intervention and also consider possible ex-ante instruments. Pre-emptive intervention, when carefully executed, may offer us a fine tuned mechanism adequate for fast moving technology markets. It may provide competition agencies with a range of tools to change the dynamics of market power, the transparency of the market, or the way online companies are able or allowed to present the goods they are selling. Ex-ante means, can enable the competition agencies and other regulators to focus on the competition dynamics and better align the interests of the super-platforms and consumers.»

26 de septiembre de 2016. *How Can Antitrust Be Used to Protect Competition in the Digital Marketplace?* <https://promarket.org/digital-market-not-going-correct/> Declaraciones de Maurice Stucke.

### 2.3.1 En relación con el control de comportamientos

Una respuesta más rápida requiere contar con instrumentos capaces para ofrecer la misma. La velocidad de los instrumentos tecnológicos es inigualable. En consecuencia, sería interesante que las autoridades de competencia contasen con instrumentos de esta naturaleza que contribuyesen a disponer de una rápida capacidad de detección y respuesta.

A partir de la web (<http://focusontheuser.eu/es#download>) se puede descargar un código abierto que permite que los usuarios obtengan resultados sin el sesgo que supuestamente Google habría introducido en favor de sus buscadores verticales (es decir, aparecerían los enlaces con mayor número de opiniones y no los correspondientes necesariamente a Google plus – ver ilustración 3).

Están apareciendo servicios de detección de vulneraciones de índole legal basadas en soluciones tecnológicas precisamente como respuesta a cuando dichas infracciones acontecen en el ámbito digital. Un ejemplo puede ser la empresa <https://www.redpoints.com/> que protege el contenido digital de la «piratería».

### 2.3.2 En relación con la promoción de la competencia

Las nuevas posibilidades que ofrece la tecnología (dinamismo<sup>138</sup>, reputación<sup>139</sup>, transparencia<sup>140</sup>, capacidad de procesamiento mediante algoritmos<sup>141</sup>) también pueden configurar otra forma de regular, con lo que las autoridades de competencia deberían tener en cuenta las mismas a la hora de hacer sus recomendaciones en el marco de la promoción de la competencia.

## 2.4 Nuevo enfoque en las operaciones de concentración

Como ya se ha indicado anteriormente, para dotar de efectividad el control de las operaciones de concentración empresarial puede ser oportuna una eventual reforma regulatoria, sin embargo, los retos planteados en este ámbito exigirán probablemente también una modificación en la forma de actuar de las autoridades de competencia.

<sup>138</sup> Permite reinterpretar el concepto de restricción proporcional y exigir que esta cualidad se verifique de forma continua en el tiempo. La ACCO sugirió en relación con el alquiler turístico (de corta duración) que cualquier restricción fuese dinámica (puntual en el tiempo a partir de los datos recabados en cada instante) P. 23-24 *TRANSACCIONES ENTRE IGUALES (P2P). UN PASO ADELANTE*. Mayo de 2016. ACCO. Xavier Puig y Susanna Grau.

[http://acco.gencat.cat/web/.content/80\\_acco/documents/arxiu/actuacions/P2P-Un-pas-endavant\\_DEF\\_es-vX.pdf](http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxiu/actuacions/P2P-Un-pas-endavant_DEF_es-vX.pdf); vídeo explicativo: <https://www.youtube.com/watch?v=x-SvhmVJdEU>

<sup>139</sup> Hace posible la mitigación de externalidades negativas. La ACCO sugirió también en relación con el alquiler turístico (de corta duración) que se utilizara la reputación de los potenciales arrendatarios para establecer un régimen de responsabilidad que incentive que el arrendador internalice en su decisión sobre si alquilarle o no su vivienda la probabilidad que el arrendatario genere molestias. Este esquema debería contribuir a mitigar las externalidades negativas de la actividad sin necesidad de limitarla. P. 28-29 *TRANSACCIONES ENTRE IGUALES (P2P). UN PASO ADELANTE*. Mayo de 2016. ACCO. Xavier Puig y Susanna Grau. [http://acco.gencat.cat/web/.content/80\\_acco/documents/arxiu/actuacions/P2P-Un-pas-endavant\\_DEF\\_es-vX.pdf](http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxiu/actuacions/P2P-Un-pas-endavant_DEF_es-vX.pdf);

<sup>140</sup> La información es un requisito esencial para que exista competencia. Ya se ha apuntado que cuando el potencial comprador o usuario no dispone de información, la conducta estratégica óptima por parte de los operadores consiste en una degradación de la calidad (*race to the bottom*). Por ejemplo, si conocemos con certeza de un producto características como su origen o el trato recibido por los trabajadores en producirlo, etc. Ello puede configurar también un elemento de competencia.

<sup>141</sup> Los algoritmos permiten capturar multitud de elementos con el fin de ofrecer una solución o cuantificación en base a tal diversidad. La ACCO sugirió en este sentido utilizar las posibilidades que ofrecen los algoritmos para calcular una indemnización para compensar los costes de transición a la competencia en aquellos mercados en que el legislador con su actuación ha inducido a realizar inversiones que, en el caso de liberalizar la actividad, quizá no habrán podido ser amortizadas. Ello requeriría tomar en consideración aspectos como: «(i) inversiones realizadas necesarias para acceder al mercado según la normativa vigente; (ii) el momento en que se realizaron las inversiones; (iii) el momento en que se produce la modificación regulatoria; (iv) intensidad del cambio y (v) factor relativo a la recuperación de la inversión (ajustable a cada mercado y deberá tomar en consideración la existencia de beneficios extraordinarios por haber operado en mercados restringidos a la competencia)» P. 35 *TRANSACCIONES ENTRE IGUALES (P2P). UN PASO ADELANTE*. Mayo de 2016. ACCO. Xavier Puig y Susanna Grau. [http://acco.gencat.cat/web/.content/80\\_acco/documents/arxiu/actuacions/P2P-Un-pas-endavant\\_DEF\\_es-vX.pdf](http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxiu/actuacions/P2P-Un-pas-endavant_DEF_es-vX.pdf); vídeo explicativo: <https://www.youtube.com/watch?v=L3xQZpz8C2Y>



### 2.4.1 La definición de los mercados relevantes

El primer escollo que afrontan las autoridades de competencia cuando tienen que analizar una operación de concentración en que el componente «informativo» es muy relevante<sup>142</sup>, consiste en definir el mercado relevante.

En operaciones de esta índole, como mostraba el ejemplo de la operación entre Google y Nest, los datos/la información trascienden de mercados físicos. Es decir, probablemente identificar como mercado relevante en el marco de aquella operación «los termostatos» no habría sido acertado.

Los datos o la información tienen una característica muy particular que explica esta gran dificultad de categorización. Según señaló el Sr. Hal Varian<sup>143</sup>, Chief Economist de Google, la tecnología y los datos pueden ser destinados a fines diversos<sup>144</sup>.

A diferencia de quien tiene una fábrica de muebles que no la puede destinar con facilidad a la producción de ropa, los datos permiten fácilmente darles nuevos usos con relativa facilidad.

Por ejemplo Facebook, que en principio es una red social, ha empezado a utilizar su infraestructura y muy probablemente los datos que atesora con el fin de crear una plataforma de compraventa de artículos (con lo que empezaría a competir con operadores que no son red social, como ebay o wallapop)<sup>145</sup>.

La misma Facebook también entraría<sup>146</sup> en el mercado de las aplicaciones de trabajo mediante Workplace<sup>147</sup> compitiendo pues con Slack o con Microsoft que además de su pack office parecería estar muy interesada en este segmento como demostraría la adquisición de LinkedIn.

La imposibilidad de prever el uso de los datos hace muy difícil la determinación del mercado potencialmente afectado por una operación de concentración. En consecuencia, se entreven dos opciones: la primera, conceptualizar un mercado genérico de información -datos. No obstante esta alternativa, si bien minimiza los errores de categorización parece demasiado imprecisa no permitiendo a las autoridades de competencia valorar los eventuales problemas derivados de una operación de concentración.

Parece no ser suficiente conceptualizar el mercado, afectado por la adquisición de Whatsapp por parte de Facebook, sólo como el mercado de datos, ya que es demasiado amplio y no permite identificar los potenciales efectos. Por ejemplo, se desconocería el mercado efectivamente afectado (¿redes sociales? ¿Compraventa? ¿servicios digitales a corporaciones?).

La segunda opción consistiría en requerir a los notificantes que delimitaran el uso efectivo que va a dar a la información recopilada como consecuencia de la operación. Ello tendría al menos tres efectos positivos: (i) delimitar el ámbito afectado y, por tanto, la posible incidencia en términos de competencia, (ii) evitar la «acumulación de datos sin un objetivo claro». Ya se ha indicado que la acumulación de información sin un fin específico sólo genera un menoscavo a la privacidad sin revertir, por lo menos inicialmente, en un mejor producto o servicio y (iii) ser coherente con la regulación de protección de datos que hace

<sup>142</sup> En este tipo de operación de concentración es probable que la adquisición aparentemente no parezca presentar problemas de competencia por no adquirir directamente a un competidor. P.ej. Google adquirió Nest. No obstante, esta apariencia no es suficiente para concluir la ausencia de problemas para la competencia.

<sup>143</sup> *Big data, digital platforms and market competition*. <http://bruegel.org/events/big-data-digital-platforms-and-market-competition/>. 3 de octubre de 2016. Bruegel.

<sup>144</sup> *Repurpose of Technology*

<sup>145</sup> 3 de octubre de 2016. <https://techcrunch.com/2016/10/03/facebook-marketplace-2/>

<sup>146</sup> 10 de octubre de 2016. «Facebook at Work: Workplace, la herramienta de Facebook para el trabajo» | Tecnología | *EL PAÍS* [http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2016/10/10/actualidad/1476087975\\_448581.html](http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2016/10/10/actualidad/1476087975_448581.html)

<sup>147</sup> <https://workplace.fb.com/>



múltiples referencias al fin/uso/destino de los datos recabados como límite ulterior para su explotación.

Esta posibilidad (necesidad que las partes notificantes delimiten el ámbito en el que harán uso de la información fruto de la adquisición) presenta por lo menos tres complicaciones: (i) se trata de información estratégica muy relevante por parte de los operadores; (ii) limita su libertad de funcionamiento (modificar su objeto empresarial) –si bien, tal y como se ha apuntado, esta limitación ya la impone la normativa de protección de datos- y (iii) se trata de un elemento de muy difícil control por parte de los reguladores.

En cualquier caso, la definición de los mercados relevantes en operaciones de concentración caracterizadas por la importancia de los datos es una cuestión problemática no resuelta y que exigirá de una urgente y profunda reflexión a la que se ha intentado contribuir de forma preliminar apuntando como posible solución la delimitación por parte de los operadores del ulterior uso de los datos recabados a partir de la operación de concentración.

Finalmente apuntar que mecanismos que tradicionalmente podían facilitar la delimitación del mercado relevante -como el *small but significant and non-transitory increase in price* (SSNIP) test- devienen ineficaces, ya que los mismos son útiles en estos supuestos.

#### 2.4.2 Una visión omnicomprendensiva

Una dificultad adicional para las autoridades de competencia es la revisión de una misma operación de concentración desde todos los ángulos respecto los que la misma puede generar problemas de competencia. Estos distintos puntos de vista comprenderían, por lo menos, los siguientes<sup>148</sup>:

- (i) el impacto en cada uno de los lados de un *two-sided market*;
- (ii) la degradación de la calidad en la parte gratuita del mercado (incluyendo las protecciones de privacidad en relación con la información recopilada y sus usos);

Uno de los principales retos que el nuevo entorno económico constituye para las autoridades de competencia es el de valorar y cuantificar la calidad como parámetro que incide significativamente en el bienestar de los consumidores y usuarios. Consciente de este reto, la OCDE hizo ya público en 2013 un documento sobre esta cuestión<sup>149</sup> y más recientemente, se ha publicado un interesante estudio en que se explora la adaptación del *small but significant and non-transitory increase in price* (SSNIP) en términos de calidad (privacidad) bajo el cumplimiento de determinadas condiciones para examinar operaciones de concentración entre operadores que basan su modelo de negocio en los ingresos de los anunciantes<sup>150</sup>. Es decir, sería interesante que las autoridades de competencia pudiesen cuantificar también parámetros cualitativos para poderlos incorporar en sus consideraciones sin convertir las mismas en subjetivas.

- (iii) la información adquirida como consecuencia de la operación ayuda al operador conseguir o mantener su poder en cualquier mercado; y

<sup>148</sup> «(i) the merger's impact on each side of the multi-sided platform (both on advertisers and Twitter users), (ii) whether the merger increases the likelihood of the firm degrading quality on the free side (including the privacy protections on the data collected and its uses), (iii) whether the data from the acquired or acquiring entity helps the firm attain or maintain its power in any market, and (iv) whether the merger increases entry barriers in the social network market or other markets.»

Exposición por parte de Maurice Stucke en relación con una eventual adquisición de Twitter por parte de Google. 26 de septiembre de 2016. *How Can Antitrust Be Used to Protect Competition in the Digital Marketplace?*

<https://promarket.org/digital-market-not-going-correct/>

<sup>149</sup> *OECD Policy Roundtables: The Role and Measurement of in Competition Analysis*, 28 October 2013,

<http://www.oecd.org/competition/Quality-in-competition-analysis-2013.pdf>,

<sup>150</sup> *Online services and the analysis of competitive merger effects in privacy protections and other quality dimensions*. Keith Waehrer. Bates White, LLC. 8 de julio de 2016. <http://waehrer.net/Merger%20effects%20in%20privacy%20protections.pdf>

- (iv) el incremento a mantener las barreras de entrada en el mercado directamente afectado o en otros mercados.

### 2.4.3 Plazo de análisis

Asimismo, el escrutinio de una operación siempre tiene implícita una percepción de futuro en el sentido de que debe intentar percibir los riesgos futuros que la misma puede presentar para la competencia.

En consecuencia, sería interesante que las autoridades de competencia examinasen a *posteriori* los efectos de las operaciones de concentración con el fin de aprender de sí mismas. Es decir, hasta que punto pudieron prever los efectos para la competencia finalmente acontecidos y si las decisiones adoptadas (validar la operación, condicionarla o impedirla) fueron las adecuadas. Se trataría de metodológicamente incorporar esta revisión con el fin de aprender de las actuaciones realizadas y así mejorar futuras decisiones.

En este sentido se ha pronunciado el supervisor de protección de datos a nivel europeo al afirmar que se debe aprender de las operaciones de concentración entre Facebook y Whatsapp y Google y Double Click. En particular, indicó que a su parecer las autoridades de competencia deberían haber tenido una visión más a largo plazo en su análisis<sup>151</sup>.

Nótese que la revisión se produciría también en relación con aquellas operaciones de concentración validadas por las autoridades de competencia, lo que permitiría tomar conciencia de los eventuales costes de la no intervención. Resulta evidente que la no intervención puede presentar importantes costes para la competencia que muy probablemente no serán revertidos por el libre funcionamiento del mercado (cabe en este sentido considerar fenómenos como los correspondientes a los efectos de red arriba indicados).

### 2.4.4 Inversión de la carga de la prueba

A partir de lo anterior, resulta clara la dificultad que en este ámbito (operaciones de concentración fundamentadas en los datos) deben afrontar las autoridades de competencia. Esta dificultad ha llevado a personas -como el Asistente a Abogado General Hesse- a sugerir la posibilidad de la inversión de la carga de la prueba en relación con este tipo de operaciones, de forma que fuesen los operadores los que debieran demostrar el interés público de la operación y no los consumidores o reguladores. El propio supervisor de protección de datos a nivel europeo se hizo eco de esta opinión<sup>152</sup>.

Está claro que esta posibilidad se sitúa en el extremo de denegar una operación de concentración si las partes no pueden justificar adecuadamente las eficiencias derivadas de la misma. En otros términos, se trata de una transición desde la posición actual de considerar por defecto que solo cuando las operaciones de concentración presenten graves problemas de competencia deben ser cuestionadas a un nuevo enfoque fundamentado en entender

<sup>151</sup> «We have to learn from the Facebook Whatsapp and Google Double Click mergers. I argue that, yes, the competition authorities could have been more longer term in their assessment of potential effects on consumer welfare. » *Big Data individual rights and enforcement Speech* at EDPS-BEUC Joint Conference European Commission, Berlaymont, Bruselas, 29 de septiembre 2016 Giovanni Buttarelli.

[https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Publications/Speeches/2016/16-09-29\\_Speech\\_EDPS\\_BEUC\\_BigData\\_EN.pdf](https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Publications/Speeches/2016/16-09-29_Speech_EDPS_BEUC_BigData_EN.pdf)

<sup>152</sup> «And as Assistant Attorney General Hesse suggested, the burden of proof for big data mergers should be on the merging parties to demonstrate the public interest, the burden should not be on the consumer or the regulator.» *Big Data individual rights and enforcement Speech* at EDPS-BEUC Joint Conference European Commission, Berlaymont, Bruselas, 29 de septiembre 2016 Giovanni Buttarelli.

[https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Publications/Speeches/2016/16-09-29\\_Speech\\_EDPS\\_BEUC\\_BigData\\_EN.pdf](https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Publications/Speeches/2016/16-09-29_Speech_EDPS_BEUC_BigData_EN.pdf)



### **(III) NECESIDAD DE CAMBIOS**

que únicamente si los operadores demuestran que la operación se encuentra alineada con el interés público puede materializarse. En cualquier caso, la opinión previamente transcrita (inversión de la carga de la prueba) constituye una línea de pensamiento sobre la que reflexionar.

## (IV) CONCLUSIONES

El entorno económico es cambiante y hoy presenta nuevas características debido principalmente a la creciente importancia de la información en volumen, variedad, velocidad de tratamiento y valor (*big data*).

Asociado con el fenómeno del *big data*, el rendimiento (valor) que se puede obtener a partir de los datos se ha incrementado, con lo que se ven reforzadas las estrategias consistentes en ofrecer productos y servicios por debajo de su coste ya que las pérdidas producidas se compensan a través del referido rendimiento de la información recabada a partir de tales productos y servicios. No obstante, el ofrecimiento de productos o servicios a precio cero no impide que puedan presentar algún perjuicio para los consumidores –singularmente en relación con su calidad (también entendida como privacidad)– con lo que las autoridades de competencia deberán tener en cuenta que un producto o servicio a precio cero no está exento de menoscabar el bienestar de los consumidores.

Asimismo, otro de los elementos vinculados al *big data*, la velocidad de procesamiento, ha supuesto la aparición de fenómenos como el *machine learning*<sup>153</sup>. Las máquinas aprenden en base a cada interacción con ellas. Así, el operador que alcanza un nivel sustancial de interacciones (información) puede ofrecer un nivel de calidad mayor que otro aunque el primero disponga de un algoritmo algo menos preciso. Los datos (interacciones) pueden generar una ventaja irreplicable. Por este motivo, cada vez más operaciones de concentración se explican en base a la obtención de información (generan una sustancial ventaja competitiva derivada también de la exclusión de los competidores de poder contar con esa misma información). Y también por este motivo, cada vez más mercados presentan una estructura poco competitiva (con operadores muy dominantes) con los riesgos que de ello se derivan. Se recomienda en este sentido explorar la posibilidad de garantizar la propiedad del usuario de toda la información que de él ha sido recabada de tal forma que pueda controlar quien tiene acceso a la misma, lo que a su vez podría facilitar el acceso al mercado de nuevos operadores (podrían disponer de todo el historial de interacciones de un usuario si el mismo así lo autoriza).

Todo ello, hace imprescindible que las autoridades de competencia amplíen su visión (incluyendo aspectos distintos del precio) y que mantengan una actitud más atenta y vigorosa tanto en relación con infracciones como con operaciones de concentración.

La «nueva» forma de actuar por parte de las autoridades de competencia podría concretarse entre otros aspectos en (i) una mayor coordinación entre las autoridades de competencia y las autoridades de protección de datos en la medida que cada vez resultará más necesario que las autoridades de competencia valoren aspectos relativos a la calidad como el nivel de privacidad ofrecido por los operadores, (ii) el aprovechamiento de las posibilidades que brindan las nuevas tecnologías para una mejor detección de ilícitos o para realizar propuestas regulatorias procompetitivas, (iii) una nueva forma de valorar las operaciones de concentración consistente en una visión omnicomprendensiva de todos los potenciales efectos dañinos de la misma (impacto en los dos lados de la plataforma, probabilidad de degradación de la calidad, incidencia en el poder de mercado de las partes contratantes y posible incremento de las barreras de entrada); (iv) una mayor velocidad en las respuestas ofrecidas

---

<sup>153</sup> El *machine learning*, como una de las facetas más relevantes del campo de la inteligencia artificial suscita cuestiones éticas y retos científicos relevantes. «Google, Amazon, Facebook y Microsoft se unen para que la inteligencia artificial salga a la calle». 1 de octubre de 2016. *La Vanguardia*.  
<http://www.lavanguardia.com/tecnologia/20161001/41684797831/inteligencia-artificial-google-facebook-amazon-apple.html>  
<http://www.partnershiponai.org/>

por parte de las autoridades de competencia ya que una ventaja temporal puede permitir beneficiarse de unos efectos de red que generen una ventaja competitiva muy relevante.

El entorno actual, en términos del *The Economist* constituye un «problema gigante» que implica que «Los legisladores prudentes deben reinventar la defensa de la competencia para la era digital.»<sup>154</sup>. Los principales aspectos regulatorios que se considera que deberían ser susceptibles de modificación en materia de competencia serían (i) los umbrales de las operaciones de concentración (no capturan la importancia de aquellas operaciones de concentración con escaso volumen de facturación) y (ii) las conductas ilícitas en materia de competencia, en tanto que las decisiones adoptadas de forma autónoma por parte de algoritmos pueden conllevar restricciones a la competencia que, por la forma como se adoptan, no quedan sujetas a la prohibición prevista en el artículo 1 de la LDC o 101 del TFUE.

Por último, también se considera necesaria la reconfiguración de la normativa de contratación con el fin de que garantice adecuadamente la competencia en el ámbito de la contratación pública. Actualmente los procedimientos de contratación vienen determinados exclusivamente por el valor monetario que deben abonar las administraciones públicas. Por tanto, una operación en la que el pago se realiza con datos conllevaría el procedimiento menos garante de la competencia en una adquisición que en realidad puede ser importante.

---

<sup>154</sup> *A giant Problem*. 17 de septiembre de 2016. «Prudent policymakers must reinvent antitrust for the digital age. That means being more alert to the long-term consequences of large firms acquiring promising startups. It means making it easier for consumers to move their data from one company to another, and preventing tech firms from unfairly privileging their own services on platforms they control (an area where the commission, in its pursuit of Google, deserves credit). And it means making sure that people have a choice of ways of authenticating their identity online.»

[http://www.economist.com/news/leaders/21707210-rise-corporate-colossus-threatens-both-competition-and-legitimacy-business?fsrc=scn/tw\\_ec/a\\_giant\\_problem](http://www.economist.com/news/leaders/21707210-rise-corporate-colossus-threatens-both-competition-and-legitimacy-business?fsrc=scn/tw_ec/a_giant_problem)