

Big Data y los desafíos que plantea al Abuso de Posición de Dominio

Big Data and the challenges it poses to Abuse of Dominant Position



Giuliana Zúñiga Díaz 1

RESUMEN: El presente artículo busca explicar los desafíos que la Big Data presenta al Derecho de la Competencia, en particular a la prohibición de Abuso de Posición de Dominio. En primer lugar, se definirán las características, atributos y la creación de la cadena de valor del Big Data y su impacto en el mercado. Posteriormente, profundizaremos en cómo la Big Data puede ser utilizada en el análisis de la posición de dominio de los agentes económicos y como puede ser considerada como un indicador de poder en el mercado. Igualmente, a la luz de reciente jurisprudencia internacional analizaremos cómo la Big Data podría ser utilizada por agentes económicos dominantes como un vehículo para el abuso de su posición de dominio tanto mediante conductas previstas en la normativa y ampliamente desarrolladas en la cáustica, como a través de nuevas conductas disruptivas basadas en Big Data.

PALABRAS CLAVE. Big Data, Competencia, Abuso de posición de dominio, empresas data-driven

ABSTRACT: *This article seeks to explain the challenges that Big Data arises to Competition Law, in particular to the prohibition of Abuse of Dominance. First, we will define the characteristics, attributes and creation of the Big Data value chain, and its impact on the market will be assessed. Later, we will deepen in how Big Data is used in the analysis of dominance and how it can be considered an indicator of market power. Likewise, in the light of recent international jurisprudence, we will analyze how Big Data could be used by dominant economic agents as a vehicle for abuse of their dominance both through conducts already regulated and widely developed in jurisprudence, as well as through new and disruptive conducts based on Big Data.*

KEY WORDS: Big Data, Competition, Abuse of Dominance, data-driven firms.

1 Abogada por la PUCP y Candidata a Master of Laws (LLM) in Business, Competition and Regulatory Law por la Freie Universität Berlin, en Alemania. Se ha desempeñado como Abogada Senior en el área de Competencia y Relaciones de Consumo de América Móvil (Claro) y en la Gerencia Legal Corporativa de Falabella Perú. Ha laborado en la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi y en el Consejo de Autoregulación Publicitaria (Conar). Cuenta con un Título de Segunda Especialidad en Derecho Público y Buen Gobierno por la PUCP y una Especialización en Propiedad Intelectual por la Universidad del Pacífico. Ha sido Adjunta de Docencia del curso Represión de la Competencia Desleal y Publicidad en la PUCP.

Introducción

Los datos son considerados el petróleo de la economía digital¹. Las compañías más rentables del mundo como Google, Facebook o Amazon se caracterizan por gestionar datos en grandes cantidades a una gran velocidad y con amplia diversidad, ello, con la finalidad de extraer el máximo valor monetario posible de los mismos. Este fenómeno es conocido como Big Data; sin embargo, este fenómeno va un paso más allá cuando la Big Data permite que existan empresas *data-driven* en las que las decisiones y estrategias de negocios de estas empresas se encuentran basadas en Big Data.

De este modo, es innegable que la Big Data y los nuevos modelos de negocio que derivan a partir de ella traen innumerables beneficios a la economía y al bienestar de los usuarios. Así, una herramienta como el motor de búsqueda de Google nos permite acceder a un vasto océano de información en cuestión de segundos; redes sociales como Facebook o LinkedIn nos permiten estar conectados y recibir información en tiempo real de miles de personas alrededor del mundo; y, plataformas de mercado como Amazon o Ebay nos permiten conocer información sobre vendedores y sus ofertas, así como a recibir los productos en nuestra puerta sin siquiera salir de casa. No obstante, este nuevo escenario trae también desafíos al derecho de la competencia en la medida que estas empresas *data-driven* que gestionan Big Data pueden incurrir en un abuso de posición de dominio.

En efecto, en febrero de este año y en una

decisión sin precedentes el *Bundeskartellamt*, la agencia de competencia alemana halló responsable a Facebook por abuso de posición de dominio por la colección y procesamiento de la data de sus usuarios². En específico, Facebook informaba en sus términos y condiciones de uso que la data de los usuarios sería también recolectada y procesada través de *third-parties* o terceros (otras websites distintas a facebook) y combinada o fusionada con la data del perfil o cuenta del usuario. Estos terceros serían las plataformas propiedad de Facebook (Instagram y Whatsapp) así como un sinnúmero de otras páginas web y apps que contenían las herramientas llamadas “*Facebook Business Tools*” (botón “*Like*” o “*Log in*”). Cabe agregar que Facebook accedía a la data de los usuarios desde el primer momento en que este ingresaba al sitio web sin ser necesario que el usuario presionara uno de los referidos botones e incluso si hubiere bloqueado los *third-party trackers* en su dispositivo.

Este caso fue primero en que una autoridad de competencia analizó directamente si la colección y procesamiento de Big Data por parte de una empresa (a través de su plataforma web) puede constituir un abuso de su posición de dominio. Ello responde a una reciente tendencia de las agencias de competencia y de la misma Comisión Europea en prestar atención a nuevos retos que la Big Data está planteando el derecho de la Competencia. Podemos mencionar el reciente reporte “*Shaping Competition Policy in the era of Digitisation*” emitido este 2019 por la Comisión Europea³; así como el

1 Ver: The Economist. The world most valuable resource is no longer oil but data. <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>.

2 La decisión fue suspendida por la Alta Corte de Dusseldorf por decisión *VI-Kart 1/19 (V)* del 26 Aug 2019 y se encuentra actualmente en apelación ante la Corte Federal de Justicia alemana.

3 Ver: Crémer, J, Montjoye Y.-A. & Schweitzer, H (2019). Competition Policy for the digital era. *Publications Office of the*

reporte conjunto “*Competition Law and Data*”⁴ emitido en el 2016 por el *Bundeskartellamt* y la *Autorité de la Concurrence* -autoridad de competencia francesa⁵- donde analizaron como en ciertos escenarios la Big Data puede ser fuente de poder de mercado y, además, servir como vehículo para abusos de posición de dominio. En esa misma línea, un informe del 2015 emitido por la *Competition & Markets Authority* inglesa llamó la atención de como la data podría exacerbar la posición de dominio de determinados agentes económicos⁶. Y no solo eso, la iniciativa de estudiar el impacto de la Big Data en el derecho de la competencia se realizó también desde la otra cara de la moneda cuando el Supervisor Europeo de Protección de Datos emitió su reporte sobre “*Privacy and competitiveness in the age of big data*”⁷.

En efecto, la Comisionada de Competencia, Margareth Vestager, declaró que la Comisión Europea había seguido con gran interés el caso llevado a cabo por el *Bundeskartellamt* y sobre como Facebook ejercía las reglas de protección de datos en el marco de su posición de dominio en el mercado⁸. Como veremos, en el presente trabajo los casos llevados por la Comisión Europea como Google Shopping, Google Android nos brindan ciertos alcances de como las plataformas o apps que gestionan Big Data podrían utilizarla como un

vehículo para reforzar posiciones de dominio o abusar de la misma. Asimismo, una reciente investigación iniciada en julio de este año por la Comisión Europea contra Amazon respecto al uso que estaría dando esta empresa a los datos sensibles de los vendedores que participan en su plataforma demostraría el creciente interés que está tomando esta autoridad sobre el impacto de la Big Data en el Derecho de la Competencia.

El presente trabajo versará sobre el impacto que tiene la Big Data en la determinación del abuso de posición de dominio; así como, si la Big Data puede ser utilizada por empresas data-driven con posición de dominio como un vehículo para incurrir en abusos contra competidores actuales o potenciales. Todo ello será analizado a la luz de reciente jurisprudencia internacional que enfrenta estos nuevos desafíos como se ha venido dando en el caso Facebook llevado a cabo por el *Bundeskartellamt*, o los casos que involucran a Google (Shopping y Android) en la reciente investigación abierta a Amazon por el uso de data sensible de los vendedores que participan de su plataforma.

I. Atributos de la Big Data

No existe una definición consensuada del término “data”; sin embargo, podemos

European Union, Luxembourg. En: https://ec.europa.eu/competition/information/digitisation_2018/report_en.html

4 Autorité de la concurrence and Bundeskartellamt, (2016) ‘Competition Law and Data’ In https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/10_05_2016_Big%20Data%20Papier.html

5 Autorité de la concurrence and Bundeskartellamt, (2016) ‘Competition Law and Data’ In https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/10_05_2016_Big%20Data%20Papier.html

6 Ver: Competition and Markets Authority, The Commercial Use of Consumer data (2015), https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/435817/The_commercial_use_of_consumer_data.pdf

7 Ver: European Data Protection Supervisor. (2014) Preliminary Opinion. Privacy and competitiveness in the age of big data.

8 Ver: White; A and Ponikelska L. Germany’s Facebook Order will be Studied by EU, Vestager Says. <https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-02-08/germany-s-facebook-order-will-be-studied-by-eu-vestager-says>

decir que este se encuentra comúnmente relacionado a cualquier información que pueda ser utilizada para razonar, discutir o incluso calcular; siendo que, además, puede ser guardada, transmitida y procesada⁹. El término data no es nuevo, por el contrario, ha sido largamente utilizado en todos los sectores e industrias tradicionales. Prácticamente todos los sectores han considerado valioso el uso de la información para mejorar procesos tanto operativos como comerciales, así tenemos por ejemplo: el record crediticio de un nuevo cliente constituye información importante para el banco a fin de verificar si este es un cliente idóneo para otorgarle un crédito; o la historia médica de un paciente para determinar la cobertura de una aseguradora; o también, en el sector retail, la información sobre las preferencias de un consumidor para ofrecer promociones y publicidad personalizadas.

No obstante, el auge de las nuevas tecnologías y la economía digital permite el uso de la data en una escala mucho mayor y con más velocidad y variedad. Por ejemplo, hace algunos años, el único método para conocer las preferencias de los consumidores eran las encuestas o las tarjetas de fidelización. Hoy en día, con solo ofrecer Wifi gratis a cambio de que el usuario ingrese sus datos, una tienda comercial puede realizar un seguimiento detallado del trayecto del usuario mientras realiza sus compras en el establecimiento, conociendo su recorrido, qué secciones visitó y cuánto tiempo permaneció

en cada una. En tal sentido, actualmente apreciamos que las distintas posibilidades de acceso a la información adquieren un cariz diferente en cuestiones de cantidad, velocidad y variedad, lo que a su vez la hace más valiosa. Ya no hablamos solamente de data sino de Big Data.

Al igual que en el caso de la data, no existe una definición unívoca de Big Data en la literatura especializada pero una aproximación bastante certera podría encontrarse en la propuesta realizada en el texto “*A formal definition of big data based on its essential features*”¹⁰ que la caracteriza como el conjunto de datos de gran volumen, velocidad, variedad que requieren de tecnología específica y métodos de análisis para agregar valor. Esta definición es bastante ilustrativa pues además de incluir los tres atributos o 3 “Vs” tradicionales¹¹ del Big Data, “Volumen”, “Variedad” y “Velocidad”, incluye un cuarto atributo o “V” que a su vez es una consecuencia de los tres anteriores: “Valor”. A continuación, desarrollaremos brevemente cada atributo.

Volumen: El avance tecnológico ha permitido que la recolección pasiva y activa de datos aumente exponencialmente al ser facilitada por la presencia de plataformas digitales, sensores Wireless y billones de dispositivos y de Internet of Things (Internet de las cosas).¹² En efecto, un estudio realizado por McKinsey muestra que el volumen data recolectado se duplica cada 3 años¹³.

9 Ver: <https://www.merriam-webster.com/dictionary/data>

10 De Mauro, A., M. Greco and M. Grimaldi (2016) . A Formal Definition of Big Data Based on its Essential Features”, Library Review, Vol. 65., No 3. p. 123

11 Ver: Laney, D (2001). 3D Data Management: Controlling Data Volume, Velocity and Variety, Meta Group (Gartners Blog post), poste don 6 February 2011, available at: <https://blogs.gartner.com/doug-laney/files/2012/01/ad949-3D-Data-Management-Controlling-Data-Volume-Velocity-and-Variety.pdf>

12 Interconexión digital de objetos cotidianos con internet.

13 McKinsey & Company (2016). McKinsey Global Institute. The age of Analytics: Competing in a Data- Driven World. In: <https://www.mckinsey.com/~media/McKinsey/Business%20Functions/McKinsey%20Analytics/Our%20Insights/The%20>

Velocidad: la Big Data brinda una ventaja adicional a nuestra constante necesidad de información: la inmediatez¹⁴. En el nuevo contexto digital, es crucial que la información llegue en tiempo real. Mientras más tiempo tarde en llegar la información, menos valiosa será para el usuario¹⁵; así, por ejemplo, al conducir un auto necesitamos información en tiempo real sobre la densidad del tráfico, las calles que están bloqueadas, desvíos a utilizar, entre otros. La geolocalización de datos que poseen ciertas apps como Waze o Google Maps permite conocer toda esta información en tiempo real¹⁶. Por el contrario, data histórica sobre el tráfico tendrá muy poco valor para este propósito.

Variedad: La variedad de data ha incrementado gracias a la diversidad y riqueza de los distintos sets de data (conjunto de datos) y a la habilidad de procesar y analizar data de diferentes fuentes. Hoy en día, es posible construir un perfil completo del usuario a partir de datos que aislados parecen ser poco relevantes, pero que fusionados pueden ser de gran valor¹⁷. Por ejemplo, con la geolocalización, una empresa puede conocer la rutina diaria de una persona, los lugares que visita con más frecuencia, las rutas que toma para llegar a su destino, el tiempo de permanencia, entre otros.

Valor: Mientras más grande, diverso sea el

data set y más rápido pueda ser analizado, mayor valor podrá extraerse del mismo. Este atributo se encuentra estrechamente ligado al uso final que se obtiene de la data al cual se arriba a través de la agregación y análisis de datos¹⁸. De esta manera, el valor que se extrae de la data puede revolucionar las diferentes operaciones y negocios, no solo en el sector high-tech (de alta tecnología) sino en todas las industrias tradicionales en sus distintas operaciones. En vista de esto, la data permite mejorar las relaciones con los consumidores, la producción y desarrollo de nuevos mercados.

Por ejemplo, en el sector retail Walmart ha creado una solución llamada Social Genome mediante la cual ofrece descuentos directos en sus productos a los clientes que mencionan ciertos productos online¹⁹. En la industria textil, Nike produce ropa y equipamiento con sensores incorporados los cuales a su vez envían data a una plataforma que monitorea el avance de las calorías quemadas. Por su parte, en la agricultura de precisión se utilizan mapas geo-codificados de los campos de agricultura que permiten el monitoreo real de las actividades de agricultura para el incremento de productividad y reducción del riesgo de impacto ambiental²⁰.

[age%20of%20analytics%20Competing%20in%20a%20data%20driven%20world/MGI-The-Age-of-Analytics-Full-report.ashx](https://www.oecd.org/competition/age-of-analytics-competing-in-a-data-driven-world/MGI-The-Age-of-Analytics-Full-report.ashx). p.22

14 OECD (2016) Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era. Background note by the Secretariat. En: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf) p. 6

15 McKinsey. (2016) Op cit. p. 85

16 Stucke, M.E. and Grunes, A.P (2016). Big Data and Competition Policy. Oxford University Press (ed.), Oxford. p. 21

17 European Data Protection Supervisor (2014). Op.cit, p. 9

18 Stucke, M.E. and A.P. Grunes (2015), Debunking the Myths over bid Data and Antitrust, CPI Antritrust Chronicle. En: <https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/Uploads/StuckeGrunesMay-152.pdf> p.5

19 OECD (2014). Data-Driven Innovation for Growth and Well-being: Interim Synthesis Report, In <http://www.oecd.org/sti/inno/data-driven-innovation-interim-synthesis.pdf> . p.16

20 Ibidem .p .17

No obstante, en industrias high-tech el impacto de la Big Data es más evidente en tanto funcionan como un factor competitivo que puede llegar a ser incluso un factor de poder de mercado²¹. Es más, hoy en día podemos hablar de empresas que pugnan por obtener el ansiado *Data Power* (poder basado en posesión de Big Data) dado que el poder en el mercado recaerá en la empresa que cuente con el más grande y diverso set de data con el que podrá optimizar con mayor eficiencia sus procesos, servicios e individualizar su publicidad. Por ejemplo, mientras más data obtenga un motor de búsqueda como Google, mayor precisión desarrollará su algoritmo de búsqueda²². Del mismo, una plataforma como Amazon o eBay arrojará mejores resultados de búsqueda mientras acumule más data sobre transacciones realizadas y búsquedas pasadas de usuarios.

Cadena de valor del Big Data

Podemos hablar del Big Data como un gran ecosistema compuesto por diversos mercados interconectados entre sí y con numerosos agente económicos involucrados²³. Estos mercados implican numerosas empresas data-driven y se caracterizan por un flujo continuo de data particularmente enfocado en darle un valor monetario a la misma²⁴. Teniendo en cuenta ello, la cadena de creación de valor de la data²⁵ es un proceso complejo que implica la colección, agregación y análisis de datos; y su construcción difiere dependiendo de la

industria, modelo de negocio o plataforma involucrada. Pasaremos a explicar este proceso paso a paso:

Colección de datos

Se refiere a la captura de la data en grandes cantidades a través de diversas fuentes, lo cual puede ser realizado de manera (i) voluntaria, cuando el usuario de un cierto producto o servicio contribuye directamente con su información; (ii) observada, cuando una empresa hace un seguimiento a cierto individuo o a su actividad; o, (iii) por inferencia, cuando se utiliza la data voluntaria u observada para inferir nueva información de la misma. Por ejemplo, a través de los posts y likes en redes sociales y del historial de compra de un usuario puede inferirse sus preferencias y patrón de consumo.

Además, podemos diferenciar la *first-party* data de la *third-party* data. La *first-party* data es la información que es recolectada directamente por la empresa que brinda el servicio a los usuarios sin ningún tipo de intermediario. Así por ejemplo, se tiene la información que obtiene Google directamente de las búsquedas de sus usuarios en su motor de búsqueda, o en el caso de Facebook de los posts y fotografías subidas por los usuarios directamente en su plataforma.

De otro lado, la *third-party* data es la que es obtenida a través de una empresa que no tiene relación directa con el usuario (tercero).

21 Körber, T. (2018) Körber, T. Is Knowledge (Market) Power? (2018) On the Relationship Between Data Protection, 'Data Power' and Competition Law. En: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3112232> p. 5.

22 Haucap, J & Heimshoff, U. (2013). Google, Facebook, Amazon, eBay: Is the Internet driving competition or market monopolization. Dusseldorf Institute for Competition Economics. p 9-10.

23 OECD (2016) Op cit. p.12

24 OECD (2016) Op cit. p.12

25 Ver: Yamana R, Nirei, M & Yamana, K (2019), "[Value of Data: There's No Such Thing as a Free Lunch in the Digital Economy](#)", IN RIETI discussion pape.r 19-E-022.

En este escenario, un sitio o plataforma web puede brindar acceso a un tercero para que haga un seguimiento online del comportamiento de sus usuarios mediante *tracking cookies*²⁶ a fin de poder construir perfiles personalizados de los mismos²⁷. Así, se tiene por ejemplo, a Facebook que utiliza el *third-party tracking* a través de los *Facebook Business Tools* (botones *Like*, *Share* o *Log in*) ubicados en distintas páginas webs, mediante los cuales recibe data en tiempo real de cualquier usuario que navegue en las referidas páginas web, incluso si este no hace click en dichos botones.

El fenómeno del *third-party tracking* es inconmesurable e imposible de ignorar. Estudios muestran que más del 90 % de las apps de dispositivos móviles y más del 95% de páginas web contiene al menos una *tracking cookie*²⁸. Adicionalmente, un estudio de *Purra* y *Carlsson* muestra que la mayor parte de la data recolectada mediante el *third-party tracking* es recibida por las principales plataformas. Así, Google realizaba *third-party tracking* en 70 % de todas las páginas webs evaluadas, seguido por Facebook con 40 % y Twitter con 25%²⁹.

Agregación de datos

Este proceso es una modalidad *data mining* (minería de datos o exploración de datos)

mediante el cual los datos e información son obtenidos y recopilados de diferentes fuentes y presentados en un formato distinto y resumido. Ello, le da mayor valor a esta información en tanto puede ser utilizada para procesos comerciales u objetivos específicos. Un ejemplo son los AIS (Account Information Service) que reúnen toda la información y productos financieros y bancarios en una sola plataforma³⁰ o el agregador de noticias de Google más conocido como *Google News*.

Análisis de Datos

El valor de la data se multiplica exponencialmente cuando, a través de herramientas de análisis y talento humano especializado se logra extraer conclusiones que permiten crear modelos disruptivos e innovadores que impacten en los negocios, publicidad, desarrollo de producto, decisiones estratégicas de negocios y en el *machine learning* (aprendizaje automático)³¹. Este proceso es técnicamente complejo y bastante especializado dependiendo el sector o industria al que pertenezcan estos datos. Sin duda, este campo es definitivamente uno de los más prometedores –y seguro también más rentables– del futuro en la medida que se extrae el máximo valor de la data.

II. Big Data y posición de dominio: Data Power

26 Cookies de seguimiento que se utilizan para investigar los hábitos de navegación de los usuarios.

27 Ezhachi, A & Robertson, V (2019) 'Competition, Market Power and Third-Party Tracking' 42 World Competition 5. En: https://www.academia.edu/37687934/Competition_Market_Power_and_Third-Party_Tracking p.2

28 Yu, Z., Macbeth, S., Modi, K., & Pujol, J.M. (2016). Tracking the Trackers. World Wide Web Conference Committee (IW3C2). In: <https://pdfs.semanticscholar.org/e9d6/7cf6e9a55a2cc0814a7c38ddc41a67858516.pdf?ga=2.203918355.288485302.1568972922-611904371.1568972922> p. 121

29 Ver: Purra, J and Carlsson, N. (2016) Third-party Tracking on the Web: A Swedish Perspective, 2016 IEEE 4 1st. Conference on Local Computer Networks (LCN). pp.28-34. <http://dx.doi.org/10.1109/LCN.2016.14>

30 Ver: <https://www.bbva.com/es/que-debes-saber-sobre-el-agregador-financiero-de-bbva/>

31 Competition and Markets Authority, The Commercial Use of Consumer data (2015), Op. cit, p, 25

Una infracción a las normas de libre competencia por abuso de posición de dominio requiere que el agente económico tenga (i) posición de dominio; y, (ii) que incurra en una conducta que implique el abuso de esta posición dominante. En tal sentido, en esta sección brindaremos algunas reflexiones sobre el impacto que tiene la Big Data en el análisis de la posición dominante de una empresa en determinado mercado.

De acuerdo al artículo 7° del T.U.O de la Ley de represión de conductas anticompetitivas, un agente económico tendrá posición de dominio cuando pueda restringir, afectar o distorsionar de manera sustancial la competencia sin que ello pueda ser contrarrestado por los demás agentes económicos en ese momento o en el futuro inmediato³². Asimismo, el referido artículo enumera una lista enunciativa de factores que pueden servir como indicadores de una posición de dominio, entre los que destacan: (i) desarrollo tecnológico; (ii) acceso de competidores a financiamiento, suministro y redes de distribución; (iii) barreras de entrada de tipo legal, económica o estratégica y (iv) poder de negociación clientes y proveedores.

Como puede apreciarse, la determinación de la posición de dominio no cuenta con una regla general, sino que la autoridad de competencia debe realizar una interpretación casuística teniendo en cuenta las particularidades de cada mercado, agente económico y los indicadores anteriormente listados. En tal sentido, resulta válido preguntarnos si en el nuevo contexto digital la Big Data puede ser también considerada como un indicador de posición de dominio o poder de mercado.

En primer lugar, es preciso indicar que el hecho de que una empresa gestione Big Data y servicios data-driven no significa en modo alguno que tenga *per se* posición de dominio o poder de mercado. No obstante, en nuestra opinión ello puede ser un importante indicador a tomar en cuenta para dicho análisis. Así, la Organización para el Desarrollo Económico-OCDE ha señalado que la recolección y procesamiento masivo de datos puede favorecer el establecimiento de una posición dominante en unas pocas plataformas y llevar a un escenario de *winner takes it all* en que las firmas compiten *por* el mercado en lugar de *en* el mercado³³. Además, debemos tener en cuenta que la realidad es ilustrativa y evidente al mostrar cómo empresas que gestionan Big Data suelen concentrar un importante poder de mercado; así, por ejemplo, Google en el mercado de motores de búsqueda o Facebook en el mercado de redes sociales.

En tal sentido, resulta valioso analizar algunas características específicas de los mercados data-driven en los que se gestiona Big Data a fin de evaluar si el Data Power podría ser considerado como un indicador de poder de mercado o posición de dominio.

Incremento de economías de alcance

Los servicios data-driven que gestionan Big Data presentan un incremento de las economías de alcance, lo que significa que una vez que una empresa ofrece un servicio determinado se vuelve más eficiente también en ofrecer servicios en mercados relacionados³⁴. Ello promueve la creación de ecosistemas digitales en lo que las empresas obtienen un flujo de datos diversos a través de

32 Decreto Supremo N° 030-2019-PCM. Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

33 OECD (2014) Op cit. p.7

34 Crémer, J, Montjoye Y.-A. & Schweitzer, H (2019). Op cit, p 33

los distintos servicios que ofrecen. El caso de Google es ilustrativo en tanto colecciona data no solo de su motor de búsqueda, sino también de las cuentas de Gmail, de los videos que vemos en Youtube, de localización por medio Google Maps, de data diversa a través de los teléfonos Android y mediante los numerosos servicios online que tiene Google³⁵.

Incremento de economías de escala

Si bien numerosas industrias tradicionales presentan economías de escala en las que en la medida que la producción de la empresa crece, el costo por unidad producida se reduce, la Big Data lleva este escenario al extremo³⁶. Es ilustrativo el caso del *machine learning* el cual, si bien en un inicio requiere el diseño de algoritmos costosos y el despliegue de grandes costos fijos, una vez que el diseño del algoritmo ha sido completado y este ha sido entrenado, el costo marginal de cada uso adicional del mismo se reduce sustancialmente³⁷.

Externalidades de red

Las externalidades de red pueden ser directas o indirectas. Las directas se refieren a que los servicios serán más valiosos y convenientes cuando el número de usuarios incrementa³⁸. El ejemplo más tangible son las telecomunicaciones; así, a más usuarios, más opciones para comunicarme. Sin embargo, el mundo digital y el Big Data llevó ello a una

nueva escala. El ejemplo más claro son las redes sociales como Facebook, Instagram y LinkedIn en las que, a más usuarios, no solo se obtiene más posibilidades de comunicación, sino también de acceder a más información y contenido.

No obstante, en el nuevo contexto digital son las externalidades de red indirectas de las plataformas *two-sided* las que cobran cada vez mayor relevancia. Una plataforma *two-sided* conecta y facilita la interacción virtual de dos grupos distintos y definidos de usuarios que obtienen beneficios mutuos de esta interacción³⁹. Por ejemplo, Booking es una plataforma que conecta a los dueños de hoteles con viajeros en búsqueda de hospedaje y Amazon pone en contacto a vendedores con compradores.

Así, estas plataformas presentan externalidades de red indirectas en la medida que un lado de la plataforma se ve beneficiada de que el otro lado de la plataforma incremente sus usuarios; y, viceversa⁴⁰. Pensemos en una plataforma *two-sided* como Booking en la cual los hoteles se benefician cuando existen más viajeros en la plataforma interesados en contratar sus servicios y, a su vez, los usuarios se ven también beneficiados cuando cuentan con una mayor cantidad de oferta de hoteles y precios entre los que elegir.

En el caso de plataformas *two-sided* basadas en

35 Idem

36 Haucap, J & Heimshoff, U. (2013). Op cit. p 12.

37 Martens, B. (2018). The impact of data access regimes on artificial intelligence and machine learning, Digital Economy Working Paper; JRC Technical Reports. p. 9

38 Stucke and Grunes (2016). Op. cit. p. 162

39 Evans David S & Richard Schmalensee. The Industrial Organization of markets with Two-Sided Platforms In: <https://www.law.berkeley.edu/wp-content/uploads/2015/04/Evans-Schmalensee-The-Industrial-Organization-of-Markets-with-Two-Sided-Platforms-2007.pdf> p. 151

40 Haucap, J & Heimshoff, U. (2013). Op cit. p 3

publicidad online, como Facebook, el análisis es más complejo. Si bien los anunciantes están especialmente interesados en que exista un mayor número de usuarios a los puedan dirigir su publicidad personalizada, no resulta claro que los usuarios de la red social encuentren como algo deseable o beneficioso que la oferta de publicidad se incremente. Si bien algunos usuarios pueden ver como algo positivo que exista publicidad más personalizada en tanto puede significarle un ahorro en los costos de búsqueda, la mayoría de los usuarios brinda mayor importancia a los beneficios obtenidos del incremento de usuarios en su mismo lado de la plataforma.

De este modo, las plataformas que presentan externalidades de red indirectas desarrollan estrategias de precios en las que ofrecen servicios gratuitos o *zero pricing* a un lado de la plataforma (normalmente usuarios) cuando su presencia es altamente valorada por el otro lado de la plataforma (anunciantes). Por ejemplo, Facebook cobra a los anunciantes por participar de la plataforma, pero brinda el servicio de manera gratuita a los usuarios a fin de atraerlos a participar del servicio.

Igualmente, las plataformas que cuenten con más usuarios son las más atractivas para los usuarios (externalidades de red directas) y para los anunciantes que participan en la plataforma (externalidades indirectas). Además, a mayor participación de usuarios, la empresa o plataforma cuenta con data relevante que le permite mejorar el servicio brindado y, a su vez, brindar publicidad más individualizada. De este modo, vemos un círculo virtuoso en el que, a más usuarios, más data; y, a más data, más usuarios. Ello, puede llevar a que las plataformas data-driven refuercen su posición de dominio en el mercado e incrementen las barreras de

entrada para posibles competidores⁴¹.

Así, pensemos en una nueva plataforma de redes sociales que pretende ingresar al mercado. Esta necesitará tener una base importante de usuarios para que los anunciantes y otros usuarios se vean interesados en participar de la misma. Igualmente, un motor de búsqueda solo podrá hacer más preciso su algoritmo cuando más usuarios participen y pueda así aumentar el historial de búsqueda de la plataforma. Por otro lado, un nuevo motor de búsqueda en el mercado tendrá pocos usuarios y por tanto poca data con la que mejorar su algoritmo; no obstante, ello no constituye una regla general en la medida que herramientas como el multi-homing (posibilidad de utilizar más de una plataforma) y la interoperabilidad de plataformas (intercambio de datos en tiempo real) pueden reducir drásticamente las externalidades de red que permiten mantener esta tendencia.

Teniendo ello en cuenta, las agencias de competencia deben incorporar a su análisis de posición de dominio si la empresa o plataforma tiene acceso y gestiona Big Data, teniendo presente las particularidades propias de la economía data-driven anteriormente explicadas las que podrían, en ciertos casos, conducir a un mercado concentrado con agentes que ostentan una posición de dominio.

Yendo un paso más allá en el nuevo contexto digital es necesario que el acceso y gestión de la Big Data pueda en un futuro cercano ser incluida en la ley de represión de conductas anticompetitiva como uno de los indicadores de posición de dominio a tomar en cuenta. Por ejemplo, la Ley de Competencia Alemana fue recientemente modificada para incluir el “acceso a data competitivamente relevante” en listado de indicadores de poder

41 OECD (2016). Op cit. p .17

de mercado⁴², lo cual muestra un adecuado entendimiento por parte de la agencia de competencia alemana del impacto de la Big Data en el mercado.

III. Big Data como un vehículo para el abuso

IV.1 Conductas explotativas

Las prácticas explotativas se encuentran reguladas en el derecho comunitario europeo y en la de los países miembros. Sin embargo, no son contempladas en el derecho norteamericano ni tampoco en la legislación peruana. Son sin duda uno de los elementos más controversiales del derecho de la competencia en tanto su foco se encuentra en el daño causado a los consumidores y no en una conducta anticompetitiva en sí misma. Así, se ha sostenido que estas prácticas representan un ejercicio legítimo del poder de mercado y que su existencia podría implicar un intento de regulación de precios que no corresponde a una agencia de competencia⁴³.

De hecho, en los últimos años la aplicación de mecanismos de enforcement sobre las normas de competencia referidas a prácticas explotativas en Europa han sido residuales⁴⁴. No obstante, el acceso y gestión del Big Data ha traído el tema nuevamente a la palestra con el procedimiento contra a Facebook llevado a cabo por el Bundeskartellamt. Así, la combinación de data obtenida por medio

de third-parties que era finalmente combinada con la data del perfil de los usuarios en la plataforma fue considerada como un abuso de posición de dominio en la modalidad de prácticas explotativas.

El objetivo de este trabajo no es realizar una exposición a detalle de las prácticas explotativas que podrían relacionarse con la Big Data en la medida que esta modalidad no se encuentra regulada en nuestra legislación y por tanto no tendría aplicación práctica en nuestro contexto. Sin embargo, para fines informativos y dada la relevancia y actualidad del tema mencionaremos brevemente las prácticas explotativas implicadas en la Big Data como son los “precios excesivos” y las “condiciones injustas o abusivas de contratación”.

Precios excesivos

Conforme a lo explicado líneas arriba, Facebook y muchas otras empresas y plataformas que gestionan Big Data mantienen estrategias de *zero-pricing* a fin de atraer más usuarios debido a las externalidades de red que presentan. Si bien, a primera vista podría parecer que los usuarios no están pagando nada, debemos tener en cuenta que “*There is no free lunch in the digital economy*” (*No hay almuerzo gratis en la economía digital*)⁴⁵. Por el contrario, pese a estar cobrando un precio cero, estas empresas son sumamente rentables. Como

42 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 18(3a)

43 Robles Martín-Laborda, Antonio, *Exploitative Prices in European Competition Law* (September 15, 2015). *Abusive practices in competition law*, Edited by Fabiana Di Porto and Rupprecht Podszun. Ascola series, Edward Elgar, 2018. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2660956> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2660956> p, 18

44 Ver: European Commission, *Guidance on the Commission’s enforcement priorities in applying Article 82 of the Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings* [2009] OJ C45/7

45 Ver: Yamana R, Nirei, M & Yamana, K (2019), “[Value of Data: There’s No Such Thing as a Free Lunch in the Digital Economy](#)”, IN RIETI discussion paper 19-E-022.

explican Evans y Schmalensee⁴⁶ un precio cero simplemente significa que la empresa ha determinado que en un escenario competitivo obtiene más ganancias en no cobrar nada a sus usuarios que si les cobrara un precio tangible, así este sea significativo.

El que estos servicios sean gratuitos, no significa que los usuarios no estén entregando nada a cambio por los mismos toda vez que están pagando con su información y atención. Siguiendo a Newman⁴⁷, los costos de información se refieren a que los usuarios intercambian su data por estos servicios “gratis” para que sean utilizados en publicidad individualizada y para el análisis de datos. Asimismo, los usuarios pagan costos de atención que se refieren al tiempo que permanecen en la plataforma observando la publicidad de los anunciantes.

Teniendo en cuenta que los usuarios están pagando estos servicios con su data e información ¿Podemos hablar de un precio excesivo cuando una empresa o plataforma dominante solicita al usuario una gran cantidad de datos para acceder al servicio? Por ejemplo, en el caso de Facebook llevado por el Bundeskartellmat ¿la recolección y procesamiento de datos a través de diversos third-parties puede ser considerado como un “precio excesivo” requerido por esta plataforma para usar el servicio?

Es una pregunta sumamente compleja y cuya respuesta genera gran controversia. Sin embargo, debemos tener en consideración que el pilar central del análisis sobre los precios excesivos se ha basado históricamente en una comparación del precio cobrado, los costos incurridos y el precio del mercado, todos ellos medidos en términos de dinero monetarios⁴⁸. En tal medida, la pregunta central es ¿Puede realmente otorgarse un valor monetario a la Big data?

En primer lugar, cabe señalar que el hecho de que las empresas o plataformas monetizen Big Data no significa que la data entregada por los usuarios pueda ser equiparada al dinero o la moneda. En efecto, la moneda tiene un valor nominal uniforme para todas las personas de un determinado colectivo sin importar el valor marginal que cada uno pueda obtener del mismo. Sin embargo, el valor de la data reside en su diversidad y en los múltiples usos que pueden otorgárseles a través de la agregación, combinación o análisis de datos. En efecto, las posibilidades son infinitas dependiendo de la finalidad que busque darse a estos datos. Lo que es más, el valor de la data difiere dependiendo del usuario que la tenga en su poder⁵⁰. Así, muchos usuarios no brindan gran valor a sus datos personales y en tal sentido están dispuestos a cambiarlo por servicios gratis y de mejor calidad⁵¹. Ello

46 Evans David S & Richard Schmalensee. Op cit p. 151

47 Newman, John, Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations (2015) 164 University of Pennsylvania Law Review 149, p. 165

48 Robertson, Viktoria H.S.E., Excessive Data Collection: Privacy Considerations and Abuse of Dominance in the Era of Big Data (June 24, 2019). En: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3408971> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3408971> P.10

49 Caso 27/76 United Brands EU:C:1978: 22

50 Ohlhausen, M. and Okuliar, A, Competition, Consumer Protection, and the Right (Approach) to Privacy (2015). Antitrust Law Journal, Forthcoming. En: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2561563>.p. 152.

51 Michal S. Gal and Daniel L. Rubinfeld . The Hidden: Costs of Free Goods Antitrust Implications. NYU Center for Law,

teniendo en cuenta además que los datos son “no-rivales”, es decir, que los usuarios pueden pagar con estos muchas veces sin que disminuyan su valor.

Sin perjuicio de lo anterior, la OCDE emitió un reporte en el que brindó una aproximación de ciertas metodologías para estimar un valor puramente monetario de los datos personales⁵². Por ejemplo, las ganancias netas que se reciben por el ingreso de cada usuario, el precio pagado por asegurar los datos personales, los precios del mercado al que los datos son comprados y vendidos, y el costo a pagar por los incumplimientos en custodia de la data. No obstante, el reporte reconoce también que no es posible determinar con exactitud el valor monetario de la data en tanto este depende en gran medida del contexto dada la diversidad de los usos que pueden darse a esta información y el impacto del transcurso del tiempo sobre la misma⁵³.

Por lo expuesto, consideramos que actualmente no existen herramientas que permitan determinar con certeza el valor monetario de la data y por tanto no se puede determinar si la cantidad de data recolectada o procesada por un agente económico resultaría excesiva de acuerdo a los parámetros desarrollados en la jurisprudencia europea sobre precios excesivos. En tal medida, las prácticas explotativas en la modalidad de precios excesivos no podrían ser aplicadas a escenarios de recolección excesiva de data en tanto no podría ser sustentada con evidencia económica o monetarios y, por ende, pondrían

en peligro la seguridad jurídica a los usuarios.

Condiciones comerciales abusivas o injustas

Esta modalidad de prácticas explotativas nos permite encausar la conducta de recolección y procesamiento de datos utilizando parámetros no monetarios (proporcionalidad, necesidad, legitimidad), distintos al precio o valor monetario que pudiera tener la data. Es por ello que el Bundeskartellamt decidió encausar el caso contra Facebook como una práctica explotativa en la modalidad de condiciones comerciales abusivas e injustas.

De acuerdo a reiterada jurisprudencia europea, una práctica comercial será considerada injusta o abusiva cuando no sea proporcional; esto es, cuando consista en una obligación que no es absolutamente necesaria o indispensable para cumplir con el objeto del contrato⁵⁴. Conviene en este punto analizar la recolección excesiva de datos a través de terceros trayendo a colación el caso de Facebook conducido por Bundeskartellamt y, preguntarnos si los términos y condiciones de Facebook pueden ser considerados como una condición comercial injusta o abusiva, o dicho en otras palabras, si la imposición de esta obligación es indispensable para que Facebook pueda cumplir con la finalidad del contrato y, por ende, del servicio prestado.

En principio, la finalidad de recolectar data por medio de terceros parece ser legítima para cumplir con la finalidad del servicio pues el negocio principal de Facebook consiste en monetarizar o brindar valor a la data a través de publicidad individualizada y mejorar la

Economics and Organization. p.2.

52 OECD (2013), Exploring the Economics of Personal Data: A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value, OECD Digital Economy Papers, No. 220, OECD Publishing, Paris. En <http://dx.doi.org/10.1787/5k486qtxldmq>. pp. 5-6

53 OECD (2013). Op. cit. p. 6

54 Case 127/73 BRT v SABAM EU:C:1974:25, para 15

experiencia de los usuarios en la plataforma. Sin embargo, recolectar data a través de un sin número de *third-parties* puede no resultar proporcional ni indispensable para lograr dicho objetivo.

En nuestra opinión, Facebook puede acceder a los datos de sus usuarios por medio de métodos menos intrusivos a su privacidad como lo es el seguimiento del comportamiento online, y los posteos y mensajes que los usuarios realizan en la misma plataforma. No parece ser necesario intentar rastrear todo el comportamiento web de un usuario para brindar el servicio, menos aun cuando muchas de las páginas que presentan *cooking trackers* pueden no estar relacionadas con el servicio de plataforma.

En tal medida, las prácticas explotativas en la modalidad de condiciones comerciales injustas o abusivas parecen ser un mecanismo más idóneo que el de precios excesivos para analizar los casos de colección o procesamiento de grandes cantidades de data en la medida que no se basa en parámetros exclusivamente monetarios y por ende permite atender otros indicadores como la proporcionalidad y legitimidad de la obligación del contrato. De tal manera, el caso Facebook llevado a cabo por el Bundeskartellmat puede servir de referencia para casos futuros en otros países miembros o en la misma Comisión Europea a fin de analizar y controlar el exceso en la recolección y procesamiento de datos como una condición comercial injusta.

V.I Conductas exclusorias

Mediante el abuso de posición de dominio en la modalidad de prácticas exclusorias se busca desplazar a competidores actuales del mercado; e impedir o dificultar el acceso de potenciales competidores al mismo.⁵⁵ A continuación presentaremos algunos modalidades de prácticas exclusorias en las que la Big Data puede tener un importante impacto, a la luz de reciente jurisprudencia internacional.

Negativa injustificada a acceder a Big Data

La regla general es que las empresas que tienen posición de dominio pueden decidir libremente con quien contratar. Sin embargo, ante una negativa deben contar con una justificación objetiva que sustente la misma, en particular, si el producto o servicio al cual se pretender acceder se trata de una facilidad esencial y tiene efectos exclusorios sobre la competencia⁵⁶. Existe un número considerable de casos resueltos por el Indecopi en relación a las negativas injustificada a contratar en las que se ha considerado como facilidades esenciales desde infraestructuras tradicionales⁵⁷ hasta un servicio bancario de cuenta corriente⁵⁸.

En Europa, el Tribunal Europeo de Justicia (TJE) estableció⁵⁹ que para que una negativa a contratar pueda considerarse un abuso de posición de dominio el producto o servicio en cuestión debe ser indispensable para competir en el mercado y no deben existir sustitutos,

55 Ver Resolución 54-2003-INDECOPI/CLC del 10 de diciembre de 2003.

56 Quintana, Eduardo (2013) Libre Competencia. Instituto Nación de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. p.74

57 Ver Resolución N° 0869-2002/TDC-INDECOPI del 11 de diciembre de 2002.

58 Ver Resolución N° 00870-2002-TDC/INDECOPI del 11 de diciembre de 2002.

59 Oscar Bronner v. Mediaprint, ECJ Case C-7/97, (1998) Par. 45-46

entendido ello como que la duplicación del mismo no sea económicamente viable. Si bien en un inicio solo fue aplicada a infraestructuras tradicionales, posteriormente fue también aplicada a derechos exclusivos de propiedad intelectual como en los casos Magill (información protegida por copyright), IMS Health (base de datos protegida por copyright) y Microsoft (protocolos de software protegidos por copyright).

En el contexto del Big Data, ¿Es posible que en ciertas ocasiones una negativa de acceso a la misma pueda ser considerada un abuso de posición de dominio? Dicho de otro modo, ¿Podemos hablar de data como una facilidad esencial o de “Data Esencial”?⁶⁰ Sobre el particular, cabe agregar no se existen fecha ningún caso en la Unión Europea ni en el contexto nacional que aborde directamente esta cuestión por lo que los parámetros no resultan ser claros. Sin embargo, podemos mencionar dos casos en Estados Unidos en los que se discutió si existió una negativa de acceso a data que podía ser considerada esencial e indispensable para brindar el servicio.

El primero de ellos fue *People Browsr vs Twitter* en el que People Browser era una firma cuyo negocio principal consistió durante años en acceder al firehose⁶¹ de Twitter con la finalidad de analizar la data de conversaciones, comportamiento y reacciones online de sus usuarios y venderla a otras compañías. En

el 2012, Twitter decidió revocar el acceso a esta data a People Browsr alegando que su negocio había evolucionado y que ahora el acceso a su data debía realizarse a través de su programa de revendedores de data autorizados⁶². People Browser decidió demandar a Twitter ante la Corte del Estado de California y obtuvo una orden temporal para continuar accediendo al firehose de Twitter⁶³. No obstante, no hubo un pronunciamiento final en la medida que en el año 2013 ambas partes llegaron a un acuerdo.

En *Power Ventures vs Facebook*, Power Ventures ⁶⁴, la primera de ellas diseñó un modelo de negocio que permitía a los usuarios finales administrar data de diferentes redes sociales (contraseña, contactos y nombres de usuarios) en una sola plataforma llamada Power.com. En este escenario, Facebook prohibió a Power Venture acceder a la data de su plataforma alegando que ello violaba los términos y condiciones de su servicio. Power Venture demandó a Facebook por prácticas anticompetitivas y la corte determinó que no existía infracción en la medida que Facebook tenía el derecho de manejar su plataforma bajo sus propios términos y condiciones y a hacerlos exigibles, siendo que no existía una obligación por parte de Facebook de brindar acceso a la data de su plataforma.⁶⁵

Puede apreciarse que el estándar de las cortes norteamericanas para determinar qué data puede ser considerada como esencial

60 Ver: Abrahamson, Z. *Essential Data*, 124 YALE L.J. (2014). En: <https://digitalcommons.law.yale.edu/yj/vol124/iss3/7>

61 Totalidad de Tweets que pasan por Twitter segundo por segundo.

62 Peoplebrowsr v. Twitter [2012] WL 594552 [Complaint, Superior Court of California]

63 Ver ‘PeopleBrowsr Wins Temporary Restraining Order Compelling Twitter to Provide Firehose Access’, 28 November 2012, available at <http://blog.peoplebrowsr.com/2012/11/peoplebrowsr-wins-temporary-restrainingorder-compelling-twitter-to-provide-firehose-access/>.

64 No. C 08-5780 JF (RS), 2009, Facebook, Inc. v. Power Ventures, Inc., WL 3429568, at *2 (N.D. Cal. Oct. 22, 2009)

65 Yoo, C. (2012), “When Antitrust Met Facebook. Faculty Scholarship. Paper 422. EN:<http://scholarship.law.upen.edu/facul->

es bastante alto. Si bien ello no ha sido aún analizado por ninguna autoridad de competencia o corte europea, existen indicios de que un pronunciamiento a favor de cierta data como indispensable o esencial no sería una tarea fácil de cumplir. Así, podemos mencionar un caso resuelto por Comisión Europea en que, si bien no se trata de abuso de posición sino de control de fusiones, se discutió la indispensabilidad de la data de la empresa concentrada. En efecto, en el caso de la concentración entre *Google/Double Click*, la Comisión Europea consideró que la combinación de data entre Google (patrones de búsqueda realizados por los usuarios) y de Double Click (patrones de browsing de los usuarios) no le daría a la empresa fusionada una ventaja competitiva en el mercado de servicios de publicidad online, pues esta data no era indispensable por ser fácil de conseguir a través de *third-parties*⁶⁶

No obstante esta tendencia, hay quienes sostienen⁶⁷ que nada impide que la Big Data puede ser considerada como una facilidad esencial cuando cumpla con ser indispensable para prestar el servicio (sin ser viable la duplicación) y no exista una justificación objetiva para negar su acceso o contratación. En esa misma línea, se ha señalado bajo un argumento *a fortiori* que, si con anterioridad el TJE ha considerado facilidades esenciales a elementos protegidos por derechos exclusivos de propiedad intelectual, podría también

hacerlo con la data que en principio no está protegida por derechos de exclusividad.⁶⁸

De esta manera, la autoridad de competencia debe ser muy diligente en determinar si el acceso a cierta data puede ser considerado como esencial y, por tanto, como un abuso de posición de dominio, en la medida que las medidas correctivas a imponerse consistirán en obligar al dominante a permitir el acceso a su Big Data a terceros. Si ello no se realiza en casos realmente excepcionales en los que la data constituya una facilidad esencial, se podría estar desincentivando inversión de los agentes económicos en actividades y negocios que puedan brindar estrategias de valor a la data.

Asimismo, al momento de imponer medidas correctivas de impongan el acceso a Big Data, la autoridad de competencia debe tener en cuenta las particularidades de cada caso y atender a la factibilidad, tiempo y recursos tecnológicos que serían necesarios para la implementación de la misma.⁶⁹ Caso contrario, se dificultaría el cumplimiento de la medida correctiva y, por ende, el objetivo de poner fin a la infracción.

Ventas atadas

Un agente dominante puede condicionar la venta de un producto “A” (producto atante), a la compra de un segundo producto “B” (producto atado) que opera en un mercado

[ty_Scholarship/422](#). p. 1159

66 Caso No COMP/M.4731, *Google/DoubleClick*, 2008, par 365

67 Ver: Graef, I (2016). *Data as Essential Facility. Competition and Innovation on Online Platforms*. International Competition Law. Thesis para optar por el título de Doctor en Leyes. KU Leven.

68 Koenig, C. (2018). Chapter 9: Toward a Data Sharing Economy: The Legal Framework for Access to Data. In: *Digital Markets in the EU*. Marc Veenbrink, Anne Looijestijn-Dlearie & CalatinS Rusu (eds)Radboud Economic Law Series. Wolf Legal Publishers.

69 Nicholas Economides and Ioannis Liano . “The quest for appropriate remedies in the EC Microsoft cases: a comparative appraisal Microsoft on Trial”. In: *Legal and Economic Analysis of an Antitrust case*. Rubini, Luca. p 395.

derivado, con la finalidad de excluir a los competidores reales o potenciales de “B” en dicho mercado.⁷⁰ En una economía donde confluyen un sinnúmero de empresas data-driven, las ventas atadas pueden ser utilizadas como un mecanismo para trasladar posiciones de dominio y, asimismo, para expandir, ecosistemas digitales, donde se mantenga y asegure un constante flujo de datos.

Un caso ilustrativo para explicar lo señalado en el párrafo anterior es *Google Android*⁷¹, en el que la Comisión Europea sancionó a Google con 4.34 billones de euros porque desde el 2011 habría incurrido en prácticas anticompetitivas mediante restricciones ilegales a los fabricantes de dispositivos Android, como parte de una estrategia para cimentar la posición de dominio de su motor de búsqueda (Google Search) en el mercado de dispositivos móviles. Así, entre otras cosas, Google requirió a los fabricantes de smartphones, como requisito para brindarles la licencia de su app Playstore (cuya obtención los fabricantes consideraban necesaria para poder comercializar el producto), que estos instalen previamente, en los smartphones que fueran a comercializar, la app del motor de búsqueda de Google (Google Search), así como la app del Browser de Google (Chrome)⁷².

La Comisión Europea determinó que,

mediante esta práctica, Google habría buscado asegurar que las apps Google Search y Chrome estuvieran instaladas en prácticamente todos los smartphones Android comercializados y, en tal medida, que el tráfico de las búsquedas realizadas a través de estos dispositivos móviles fuera siempre realizada mediante el motor de búsqueda de Google. Esta práctica fue considerada por la Comisión Europea como un abuso de posición de dominio que buscaba excluir o al menos dificultar la entrada de motores de búsqueda distintos al de Google en el mercado móvil⁷³.

Además, mediante esta práctica de venta atada, Google expandía y cimentaba su ecosistema de Big Data ya que al tener los usuarios instalados en sus dispositivos móviles las tres aplicaciones, Google recibía data e información constante de los usuarios sobre las búsquedas que estos realizaban (a través de Google Search app), sobre sus descargas de aplicaciones (a través de Google Play Store); y, sobre su actividad de navegación online (a través de Chrome).

Nuevas conductas: Self-preferencing

En el 2017, la Comisión Europea encontró responsable a Google por abuso de posición de dominio en el sonado caso *Google Shopping*⁷⁴. En este caso, se determinó que, desde el 2008, Google habría venido

70 Wish, R. & Bailey, D (2015) Competition Law (Eight Edition). Oxford, United Kingdom: Oxford University Press.⁷²⁹

71 Caso AT.40099, *Google Android*, 18 de Julio de 2018.

72 Cuando un usuario ingresaba al app de Chrome y empezaba a navegar online, la primera página web que aparecía por default era el motor de búsqueda de Google.

73 Así, la Comisión comparó el uso de la Google Search app en los dispositivos de Android (en los que Google Search app y Chrome app están pre- instalados) con los dispositivos móviles de Windows (que tenían Bing y no Chrome pre instalados). Los resultados mostraron que el 95% de usuarios de dispositivos de Android realizaron sus búsquedas a través de Google Search app y que el 75% de usuarios de dispositivos de Windows realizaron sus búsquedas en el buscador Bing. Así, se concluyó que existe una tendencia de los usuarios a mantenerse con la apps que vienen pre-instalada en sus teléfonos.

74 Caso AT.39740, *Google Search (Shopping)*, June 27, 2017.

modificando el algoritmo de su motor de búsqueda general (Google Search), de modo tal cada vez que cada vez que un usuario realizaba una búsqueda relacionada a la adquisición de un producto, posicionaba más favorablemente los resultados de búsqueda de su propia plataforma comparativa de compras “Google Shopping” sobre los del resto. Así por ejemplo, cuando un usuario realizaba la búsqueda “comprar TV Led de 42 pulgadas” el motor de búsqueda general de Google, mostraba primero los resultados de la plataforma Google Shopping – al margen de que sean relevantes o no para el usuario– y los resultados de las otras plataformas de comparación de compras (como Amazon o eBay) eran enviados a los últimos lugares de la lista.⁷⁵

De este modo, la Comisión Europea consideró que Google había incurrido en una conducta que denominó como *self-preferencing* o autoposicionamiento, mediante la cual Google habría buscado extender su posición de dominio en el mercado de búsqueda general (Google Search) al mercado de plataformas de comparación de compras (Google Shopping), buscando excluir a los rivales actuales y potenciales de este último mediante la degradación de sus resultados de búsqueda para que tengan menos exposición y por ende atraigan menos clientes.

La conducta de Google en este caso se suscita en un contexto de gestión de Big Data y empresas data-driven, donde es posible alterar algoritmos para lograr el auto posicionamiento de una plataforma web de comparación de compras. Ciertamente,

esta práctica es disruptiva y no calza en los supuestos típicos de abuso listados en la norma ni con los tradicionalmente desarrollados por la jurisprudencia. No obstante, este caso sería solo el comienzo pues, debido a la constante evolución en tecnología y en el análisis de datos, no resulta descabellado pensar que empresas data-driven dominantes puedan utilizar herramientas de Big Data como el Internet of Things, machine learning y/o algoritmos complejos como un vehículo para cometer abusos y buscar expandir su posición de dominio.

Ante este nuevo escenario, las autoridades de competencia deben mostrar flexibilidad y, más importante, un correcto entendimiento del nuevo escenario caracterizado por la Big Data y las empresas data-driven, a fin de poder enfrentar con éxito los nuevos retos que este le plantea. Para ello, es necesario que las autoridades de competencia actúen solo cuando exista una afectación al proceso competitivo y que para ello cuenten con asesoramiento, recursos y herramientas tecnológicas que le permitan analizar con diligencia los nuevos escenarios de prácticas y conductas anticompetitivas que este nuevo contexto le puedan presentar. De lo contrario, se podría generar un escenario de inseguridad jurídica para los agentes económicos que gestionan Big Data y, por ende, una merma en su inversión e innovación en la misma.⁷⁶

En este contexto, es importante traer a colación la reciente investigación que la Comisión Europea ha abierto a Amazon⁷⁷. Esta empresa juega un doble rol en su plataforma, ya que por un lado brinda un espacio online

75 Caso AT.39740, *Google Search (Shopping)*, June 27, 2017.

76 Mäihäniemi, B. (n.d.) Lessons from the Recent Commission’s Decision on Google. To Favour Oneself or Not, That is the Question. Helsinki, Finland: The Legal Tech Lab. University of Helsinki. En: http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/Maihaniemi.pdf, p. 10

77 Ver European Commission’s press release at: https://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-4291_en.htm

donde vendedores independientes puede participar; y, por otro lado, participa también en este espacio como un vendedor retailer más, ofreciendo sus propios productos. Así, la investigación busca esclarecer los indicios de que Amazon estaría usando la data que recolecta de los vendedores que participan en su plataforma (sobre variedad, precios, volumen de ventas, entre otros) para utilizarla a su favor respecto de sus propios productos.

No obstante este caso se encuentra aún en una etapa temprana de investigación sobre los mecanismos y herramientas de análisis de datos que Amazon estaría utilizando para realizar dicha conducta, es una muestra de cómo la Comisión y otras autoridades de competencia⁷⁸ se encuentran siguiendo de cerca, investigando y enfrentando los desafíos y nuevas modalidades de abuso que la Big Data significaría. En tal sentido, este caso sentará un importante precedente sobre la línea que la Comisión Europea y otras autoridades de competencia seguirán frente a los nuevos desafíos que la Big Data viene planteando al Abuso de Posición de Dominio.

Reflexiones finales

La Big Data y las empresas *data-driven* brindan grandes beneficios al mercado mediante constante innovación y tecnología disruptiva. Sin embargo, hemos visto también que pueden tener un impacto importante sobre la Competencia y, en particular, sobre el Abuso de Posición de Dominio. De esta manera, sus características y atributos deben ser tomados en cuenta por la autoridades de competencia en el análisis y determinación de la posición de dominio; así como en el análisis de conductas explotativas y exclusorias que pueden utilizar la Big data como un vehículo

para el abuso de posición de dominio.

Asimismo, el nuevo contexto nos muestra que los agentes dominantes pueden desarrollar novedosas prácticas de abuso a través del Big Data que no encajan dentro de las conductas que han sido desarrolladas tradicionalmente en la normativa y jurisprudencia internacional. En tal sentido, las autoridades de competencia deben mostrar apertura y un adecuado y actualizado conocimiento del sector a fin de poder analizar y afrontar con idoneidad los nuevos desafíos que la Big Data plantea al Abuso de Posición de Dominio. Ello debe ser realizado en el marco de un adecuado balance que no afecte la seguridad jurídica de los agentes económicos que gestionan Big Data. De lo contrario, se desincentivaría la inversión e innovación en el análisis de datos que finalmente redundaría en un alto beneficio para la sociedad y el mercado.

⁷⁸ El Bundeskartellamt y la agencia de competencia austriaca abrieron también una investigación contra Amazon la cual fue terminada al llegar a un acuerdo con dicha empresa, antes del inicio formal de la investigación de la Comisión Europea. Ver: <https://www.competitionpolicyinternational.com/germany-amazon-reaches-deal-to-end-antitrust-investigation/>