

23 DEC 2022

Estudios de la Red Académica de Defensa de la Competencia (RADC) [2022], 1ª ed., diciembre 2022

EL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y LOS MERCADOS DIGITALES

CAPÍTULO II ¿ES LA PRIVACIDAD UN PARÁMETRO DE LA COMPETENCIA?

Capítulo II

¿Es la privacidad un parámetro de la competencia?

Is privacy a parameter of competition?

FERNANDO DÍEZ ESTELLA

*Profesor titular (acreditado) Derecho Mercantil
Universidad Villanueva*

Resumen: Los nuevos modelos de negocio que las grandes plataformas digitales han desarrollado, y que generan ingentes beneficios empresariales, plantean en la actualidad dos grandes interrogantes: ¿están suficientemente protegidos los datos personales de los usuarios, que tantas veces son objeto de transacción comercial?; ¿está el Derecho de la Competencia preparado para hacer frente a los retos que estos nuevos ecosistemas digitales plantean? Ambas cuestiones tienen como elemento común configurador la pregunta sobre si la privacidad es un parámetro de la competencia, a la vista de recientes asuntos ventilados en el ámbito de la UE, como el caso *Facebook* en Alemania o las numerosas operaciones de concentración digital notificadas a la Comisión Europea. Para abordarlo hay que analizar los escenarios en los que confluyen la normativa de competencia –en especial la prohibición de abuso de posición dominante– y la propia de protección de datos personales –principalmente contenida en el RGPD–.

Palabras clave: antitrust, privacidad, mercados digitales, prácticas anticompetitivas, datos.

Abstract: The new business models that the large digital platforms have developed, and which generate huge business profits, currently raise two major questions: are the personal data of users, which are so often the object of commercial transactions, sufficiently protected? And is competition law prepared to face the challenges posed by these new digital ecosystems? Both questions have as a common element the question of whether privacy is a parameter of competition, in view of recent cases heard at EU level, such as the *Facebook* case in Germany or the numerous digital mergers notified to the European Commission. To address this, it is necessary to analyse the scenarios in which competition law –especially the prohibition of abuse of dominant position– and personal data protection law –mainly contained in the GDPR– converge.

Key words: antitrust, privacy, digital markets, anticompetitive practices, data.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EL PAPEL DE LOS DATOS EN LA ECONOMÍA DIGITAL. II. APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA A LAS PLATAFORMAS DIGITALES. III. ESCENARIOS EN LOS QUE LA PRIVACIDAD AFECTA A LA COMPETENCIA. 1. *Acumulación de datos personales a través de operaciones de concentración.* 2. *Implementación/refuerzo de políticas de privacidad con efectos anticompetitivos.* 3. *Uso de datos personales para abuso en mercados conexos.* 4. *Negativa de compartir/dar acceso a tus data sets.* 5. *Recopilación "explotativa" de los datos.* IV. REFLEXIONES FINALES. V. BIBLIOGRAFÍA.

. INTRODUCCIÓN: EL PAPEL DE LOS DATOS EN LA ECONOMÍA DIGITAL

Este trabajo tiene su origen en la ponencia presentada en la VII Jornada de la Red Académica de Derecho de la Competencia, celebrada en Bilbao los días 26 y 27 de mayo de 2022, bajo el tema: *La regulación de los mercados digitales y otros desarrollos recientes del Derecho de la Competencia.*

No se pretende aquí un desarrollo exhaustivo del tema objeto de análisis, sino reflejar por escrito el contenido de

aquella comunicación, que pretende responder a la pregunta: ¿es la privacidad un parámetro de la competencia? Para las principales fuentes bibliográficas y referencias me apoyaré en una publicación previa, realizada en coautoría con Alba Ribera Martínez, en la que se estudian con más detalle algunos aspectos de la economía digital y el papel que en ella juegan los datos¹.

En efecto, a nadie escapa que los datos se han convertido en el input esencial en el proceso competitivo que se desarrolla en el nuevo ecosistema digital², en el que las grandes protagonistas son las plataformas a que haremos referencia en el epígrafe siguiente. Este nuevo activo económico necesita, como señala el informe del Parlamento Europeo de 2021 sobre la *Estrategia Europea de Datos*³, una adecuada regulación, que respete las normas de la libre competencia en el mercado, y a la vez refleje los valores y principios que conforman la Unión Europea.

Esta intervención administrativa sobre los mercados digitales se lleva a cabo, tradicionalmente, de dos formas distintas: por una parte, la regulación económica *ex ante* de los mercados y, por otra, los instrumentos *ex post* propios de la normativa de Derecho de la Competencia, ambos como límite a la libertad de empresa de los operadores de estas plataformas digitales.

Con respecto a la actuación *ex ante*, en fechas muy recientes (el pasado 11 de julio de 2022) el Parlamento y el Consejo Europeo han aprobado un texto legal que va a suponer una auténtica revolución en la regulación de los mercados digitales, la conocida como *Digital Markets Act* (DMA), o Reglamento de Mercados Digitales⁴.

Esta propuesta, no exenta de polémica⁵, parte del supuesto de que las grandes plataformas en línea (aunque en ningún momento del texto las menciona es evidente que está pensando en las GAFAs) actúan como “*gatekeepers*”⁶ (guardianes de acceso, en castellano) en los mercados digitales. Frente a ello, y dado que las herramientas tradicionales *ex post* del derecho de defensa de la competencia parece insuficiente, se instituye un control *ex ante* frente a su comportamiento en el mercado para garantizar que se comportan de manera leal y equitativa teniendo en cuenta su predominancia en el mercado.

Con respecto a la actuación *ex post*, la clásica aplicación de las categorías del derecho *antitrust* a los mercados digitales la pregunta que necesariamente surge es: ¿está preparada esta normativa para hacer frente a las novedosas prácticas que tienen lugar en estos nuevos entornos competitivos? En el fondo, y por lo que aquí nos interesa, dicha cuestión puede concretarse aún más en: ¿son los datos un activo económico que se debe analizar desde el punto de vista competitivo igual que los activos económicos de los mercados “de toda la vida” (*brick-and-mortar*)?

En este punto es cuando se plantea el debate, todavía no resuelto (de ahí que haya sido caracterizado, con acierto, como el “*antitrust privacy dilemma*”⁷) de hasta qué punto las consideraciones sobre privacidad han de considerarse como un parámetro en el análisis competitivo de la conducta de las empresas⁸. Decimos que se trata de un debate abierto porque no se ha llegado todavía a un consenso sobre la interrelación entre las normas de protección de datos y las de derecho de la competencia, ni mucho menos se han podido consolidar las teorías del daño basadas en la protección de la privacidad⁹.

No vamos a estudiar en estas páginas –excedería con creces el objeto de esta publicación– la caracterización del *Big Data*, ni su tratamiento por las diferentes ramas del ordenamiento (no hay que olvidar que los datos, además del rasgo que hemos señalado de activo económico, tienen esa otra dimensión de rasgo de la personalidad, perteneciente a la intimidad, y por tanto la privacidad es un derecho fundamental), o la fenomenología de abusos a los que se presta, junto con el uso de algoritmos, como por ejemplo para discriminar precios entre consumidores¹⁰. Únicamente vamos a centrarnos en hasta qué punto la privacidad es un elemento a considerar en el análisis *antitrust*.

Desde la perspectiva del Derecho de la Competencia el *assessment* de la privacidad como parámetro competitivo conlleva una dificultad evidente: a diferencia del precio, la degradación de la calidad del servicio (volveremos a este concepto más adelante) que el cliente puede percibir cuando se rebaja la protección de la privacidad es, por su misma naturaleza: subjetiva, no cuantificable, multidimensional, y enteramente dependiente de la personal sensibilidad de cada consumidor. Cualquier valoración en este ámbito siempre está sujeta a esta limitación inherente al concepto mismo de privacidad.

De ahí que, para hacer frente a este problema, además de refinar el instrumental con el que actualmente contamos, para adaptarlo a la doble perspectiva –protección de datos y competencia–, habría que articular igualmente la necesaria cooperación entre las respectivas autoridades, las que protegen la privacidad (en España, por ejemplo, la AEPD, *Agencia Española de Protección de Datos*) y las que tutelan la libre competencia en el mercado (en España, la CNMC, *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*). A este respecto, hay

ya aportaciones doctrinales que proponen esta cooperación institucional, al hilo de un fenómeno –la publicidad personalizada, o *targeted advertising*– que evidencia este doble aspecto de los datos: su valor personal para el consumidor y su valor económico para las plataformas digitales¹¹.

Estamos todavía en los primeros tiempos de esta cooperación entre autoridades, y puede resultar una propuesta para algunos ajena o de difícil realización práctica; sin embargo, posiblemente el mejor ejemplo de que esta articulación es posible, y las evidentes ventajas en términos de un *enforcement* que integre ambos enfoques, es la reciente declaración conjunta¹² de la autoridad reguladora de los datos –*Information Commissioner’s Office* (ICO)– y de la competencia –*Competition and Markets Authority* (CMA)– en Reino Unido, y que pone de manifiesto lo infundado de la pretendida “contraposición” entre los objetivos de uno y otro ordenamiento, así como las indudables sinergias y ventajas que se derivan de este enfoque integrador que estamos proponiendo en estas páginas: “*Los objetivos del derecho de la competencia y de la protección de datos se han caracterizado en ocasiones como objetivos opuestos. No estamos de acuerdo. Hay sinergias fundamentales que sustentan nuestros respectivos objetivos políticos y creemos que, aunque puedan surgir tensiones, son superables*” (párrafo n.º 47).

Este análisis se llevará a cabo en el epígrafe 3.º, a partir de una taxonomía de posibles escenarios en los que la privacidad juega un papel esencial en el proceso competitivo, y su evaluación por parte de las autoridades de competencia. Con carácter previo, en el epígrafe 2.º nos ha parecido oportuno llevar a cabo unas breves consideraciones sobre quiénes son el “sujeto” de este nuevo *enforcement* del derecho de competencia: las plataformas digitales. Por último, en el epígrafe 4.º se ofrecen unas reflexiones finales.

I. APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA A LAS PLATAFORMAS DIGITALES

Todo el análisis que se va a realizar sobre la privacidad como parámetro a tener en cuenta en el proceso competitivo parte de una premisa necesaria: la aplicación del Derecho de la Competencia a unos nuevos actores en el mercado, que son precisamente a quienes se acusa de prácticas anticompetitivas basadas en los datos, las plataformas digitales¹³.

La regulación de estas plataformas y los servicios digitales que prestan se introdujo en la UE a través de dos normas aprobadas en fechas más o menos recientes: la Directiva 2019/2161¹⁴ de modernización de las normas sobre consumidores, y el Reglamento 2019/1150¹⁵ sobre la prestación de servicios on-line. A este respecto, ha destacado¹⁶ el profesor WINNER, hablando de la regulación jurídica de los contratos celebrados a través de plataformas, que esas normas tutelan a los consumidores y empresas desde ópticas que no son el Derecho de la competencia, pero que sin embargo su punto de partida es el mismo.

Las posturas acerca del papel que el Derecho de la competencia debe jugar en estos nuevos mercados digitales están enfrentadas: para una corriente de opinión¹⁷, todo funciona perfectamente, y por tanto no hay que acometer ninguna medida especial (distinta del *enforcement* habitual frente a las prácticas anticompetitivas o el control de concentraciones); para otro sector doctrinal¹⁸, sin embargo, se precisa una aplicación más “vigorosa” de este derecho y actuar de forma firme y contundente frente a las plataformas digitales. No se trata aquí de entrar en detalle a este debate¹⁹, me permito para ello hacer referencia a anteriores publicaciones²⁰; el objetivo de este trabajo son las posibles prácticas anticompetitivas llevadas a cabo por las plataformas digitales en las que los datos y la privacidad tengan un papel esencial, a ambos lados del Atlántico²¹.

En línea con las más recientes –y autorizadas– aportaciones doctrinales a este debate, como la del profesor Herbert HOVENKAMP²², vamos a sostener aquí que no necesariamente las plataformas digitales son monopolios naturales; que aun considerando que conformen mercados del tipo “*winner-take-all*”, las consecuencias desde el punto de vista de política legislativa no son evidentes; que la aplicación de la normativa antitrust es mejor alternativa que la intervención regulatoria; y, finalmente, que estos nuevos mercados no revisten unas características tan distintas que exijan un tratamiento tan especial y único.

En efecto, la ya citada DMA de la Comisión Europea, que contempla obligaciones *ex ante* para las plataformas digitales, en la medida en que éstas actúan como guardianas de los mercados en los que operan, parte de una premisa más que cuestionable: que dichas plataformas necesariamente son monopolios naturales, conocidos en la literatura económica²³ como mercados del tipo “*winner-take-all*”.

Sin embargo, que un mercado sea o no un monopolio natural, o con qué empresa compite otra empresa es, como acertadamente se ha puesto de manifiesto²⁴, una cuestión fáctica, no jurídica, y por ello el razonamiento jurídico y el análisis económico deben prevalecer sobre lo que parece un apriorismo ideológico por parte de la Comisión Europea. En concreto, deberían tenerse en cuenta los siguientes rasgos del mercado:

- 1) Falta de competencia efectiva y estable entre las empresas que lo conforman.
- 2) Posición dominante estable y existencia de barreras de entrada.
- 3) Costes decrecientes y efectos de red.
- 4) Diferenciación de producto.

Como conclusión a este apartado podemos señalar, pues, que este afán regulatorio *ex ante* dirigido hacia las nuevas plataformas digitales, y que la DMA encarna, si bien parte de una premisa válida –llegar a donde las herramientas tradicionales del derecho antitrust no llegaban, y la intervención *ex post* era tardía e insuficiente– no se ha llevado a cabo con la necesaria cautela, teniendo en cuenta que nos hallamos ante nuevos operadores en el mercado, disruptivas prácticas comerciales e inciertas y no contrastadas teorías del daño. Así se ha manifestado tanto nuestra doctrina, como el prof. ALFARO²⁵, como otras publicaciones²⁶ en el ámbito internacional.

II. ESCENARIOS EN LOS QUE LA PRIVACIDAD AFECTA A LA COMPETENCIA

Una vez hecha la caracterización de los datos como un activo económico susceptible de ser objeto de transacción comercial, vista su doble dimensión como rasgo de la personalidad y por tanto objeto de un derecho de privacidad, y esbozado el papel que las nuevas plataformas juegan en estos ecosistemas digitales, estamos ya en condiciones de proponer una taxonomía de escenarios en los que la privacidad es un parámetro de la competencia. No pretende ser exhaustiva, ya que por razones de espacio quedan fuera otras posibles prácticas, como por ejemplo la discriminación de precios por los algoritmos²⁷.

1. ACUMULACIÓN DE DATOS PERSONALES A TRAVÉS DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

Huelga señalar que las operaciones económicas de concentración entre empresas no son prácticas prohibidas por el Derecho de la Competencia, como sí lo son los acuerdos colusorios o los abusos de posición dominante; estas operaciones, cuando alcanzan determinados umbrales, se *controlan*, por el riesgo que pueden entrañar en el mantenimiento de una estructura competitiva de los mercados. La normativa relevante a tal efecto es el Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas²⁸.

En una afirmación que, con el tiempo ha ido cobrando cada vez más relevancia, señaló hace pocos años la actual vicepresidenta de la UE que “*a medida que los datos sean más importantes para la competencia, tendremos que examinar más detenidamente aquellas operaciones que impliquen la acumulación de grandes volúmenes de datos*”²⁹.

Hasta fechas muy recientes, cuando las autoridades de competencia han analizado las operaciones de concentración que se le notificaban, tradicionalmente dejaban fuera las consideraciones relacionadas con el derecho a la protección de los datos personales de los afectados por la operación, en este caso los usuarios de las plataformas digitales. De esta forma, en sus conclusiones siempre se omitía cualquier consideración a las normas específicas que regulan esta materia, a salvo de lo que expresen las autoridades de protección de datos competente. Esta postura resulta cuanto menos llamativa puesto que una de las finalidades del Derecho de la Competencia es precisamente asegurar la competencia en el mercado para que sus resultados repercutan directamente en un mayor bienestar social, es decir, en beneficio de los propios consumidores.

Sin embargo, y como venimos repitiendo en estas páginas, el solapamiento entre las consideraciones de privacidad y *antitrust* ha ido en aumento, sobre todo en la práctica decisoria de la CE en el ámbito del control de concentraciones, y sin duda ninguna ambos enfoques están llamados a ser integrados en un único análisis³⁰.

Así, en la operación *TomTom/TeleAtlas*, aprobada en 2008, se reconocieron –por primera vez– los datos como un parámetro de competencia, pero no se consideró la aplicación de la normativa de protección de datos a efectos del análisis competitivo³¹. Ese mismo año, la operación *Google/DoubleClick* se aprobó “*sin perjuicio de las obligaciones impuestas a las partes por la legislación comunitaria en relación con la protección de las personas y la protección de la privacidad con respecto al tratamiento de datos personales*”³².

Idéntica postura se adoptó en la operación *Facebook/WhatsApp* aprobada en 2014, en la que hay una cierta sensación de que la CE pecó de no haber dado a los datos y las consideraciones de privacidad la importancia que tenían, relegando esa valoración a las autoridades de protección de datos³³.

No fue hasta el 2016 con la operación *Microsoft/LinkedIn* en que se sentaron las bases para un cambio de paradigma³⁴. En ella, la autoridad comunitaria examinó por primera vez en qué medida la pérdida de control sobre los datos personales de una empresa en favor de la otra y la lesión de la privacidad de sus usuarios podría suponer un daño competitivo³⁵. De hecho, se tuvieron en cuenta las propias limitaciones que impondría el RGPD en el futuro cercano para descartar que *Microsoft* tuviera la posibilidad de transmitir y tratar datos personales con fines esencialmente comerciales.

Como es lógico en este tipo de supuestos, la CE tuvo en cuenta que el bienestar del consumidor podría verse afectado por la acumulación de *Big Data* por las empresas que se concentran, en concreto porque podrían darse decrementos en la calidad de los productos y en la innovación razonablemente prevista para las empresas competidoras en el mercado³⁶. Este nuevo enfoque se vio confirmado en 2018, en idénticos términos y con las mismas referencias explícitas a la normativa de protección de datos y el RGPD, al aprobar la operación *Apple/Shazam*³⁷.

Finalmente, en el 2020, se autorizó la operación *Google/Fitbit*³⁸, aunque la Comisión Europea había manifestado su preocupación por el posible impacto de la operación³⁹, teniendo en cuenta la posición dominante (además de sus economías de escala y alcance) que *Google* ya ostentaba en el mercado de las búsquedas online en el mercado interior común. En la línea de lo que venimos desarrollando en estas páginas, la Comisaria Vestager afirmó que la investigación pretendía “*garantizar que el control por parte de Google de los datos recogidos a través de los dispositivos wearables, como resultado de la transacción, no distorsione la competencia*”⁴⁰.

2. IMPLEMENTACIÓN/REFUERZO DE POLÍTICAS DE PRIVACIDAD CON EFECTOS ANTICOMPETITIVOS

A estas alturas de desarrollo y omnipresencia de los nuevos ecosistemas digitales, lo que ya nadie cuestiona es que los datos son una fuente de poder de mercado⁴¹. En efecto, la obtención, almacenamiento y procesamiento de los datos personales han dejado de ser cuestiones sometidas a las restricciones legales orientadas a la protección de la privacidad para convertirse en un parámetro de la competencia, no basado en precios sino en la calidad del servicio⁴², que es especialmente acusado en aquellos servicios que se prestan a precio cero a los consumidores y usuarios⁴³. Dado que la privacidad es un factor que los usuarios valoran cada vez más en sus decisiones económicas, además de ser un derecho fundamental puede concluirse que es un factor más dentro del proceso competitivo.

Así, en los mercados impulsados por esta nueva economía de los datos, estos constituyen una ventaja competitiva que se traduce en una fuente de poder de mercado. De ahí que las empresas tengan un incentivo para implementar estrategias de protección de datos que les sirvan para crear o reforzar una posición dominante en el mercado⁴⁴, ya sea con un aumento o una disminución de los niveles de protección en la recogida y procesamiento de los datos de sus usuarios, o de empresas que operan en sus plataformas.

Por un lado, la disminución de la protección de la privacidad podría constituir un abuso de explotación a los usuarios finales. Por otro lado, y como recientes aportaciones doctrinales han señalado⁴⁵ muy acertadamente, el aumento de la protección de la privacidad podría excluir o discriminar a los rivales, tal y como alegan los demandantes en las investigaciones alemanas y francesas sobre la transparencia del seguimiento de las aplicaciones de *Apple* (ATT). Es cada vez más frecuente en la literatura jurídica y económica sobre este tema el empleo de calificativos como “excusa”, “aprovecharse”, “engañar”, etc., para calificar la conducta de las grandes plataformas cuando implementan sus políticas de privacidad y en el fondo están creando obstáculos anticompetitivos.

3. USO DE DATOS PERSONALES PARA ABUSO EN MERCADOS CONEXOS

La práctica del abuso de dominio en mercados conexos o “vecinos” es una práctica antigua, ya conocida –y sancionada– en el acervo antitrust comunitario⁴⁶. Sin embargo, como en tantas otras cuestiones, el desarrollo y la vertiginosa expansión de los nuevos mercados digitales han propiciado una reformulación de esta figura.

Quizá el ejemplo más claro –y reciente– para ilustrar esta posibilidad del *data leveraging*⁴⁷ sea la Sentencia del TJUE del pasado 12 de mayo de 2022 en el asunto *ENEL*⁴⁸, que resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Consejo de Estado italiano, y con intervención de las empresas *Servizio Elettrico Nazionale SpA*, *ENEL SpA*, *Enel Energia SpA* y la propia *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, entre otros.

En aplicación del test AEC (que, recordemos, consagró la también reciente sentencia INTEL), pero no dejando claro si la cuestión clave es la *replicabilidad* o la *indispensabilidad*, añade a continuación el tribunal (párrafo n.º 101, el subrayado es nuestro):

“Pues bien, es imposible que un hipotético competidor igual de eficiente hubiera podido adoptar tal conducta, puesto que, debido a la posición ocupada por SEN en el mercado protegido tras la supresión del monopolio legal que anteriormente ostentaba la empresa ENEL, ninguna empresa competidora podía disponer de una estructura que pudiera proporcionar, en un número igual de elevado, los datos de contacto de los clientes del mercado protegido”.

En efecto, como no hace falta demostrar la existencia “actual” de efectos excluyentes, sino la mera “potencialidad”, construye el TJUE su argumentación sobre algo tan propio del ámbito de la protección de datos como es el recabar el consentimiento, con falta de transparencia y a través de una oferta discriminatoria⁴⁹.

Este enfoque contrasta con las Conclusiones del A.G. Rantos, presentadas⁵⁰ el 9 de diciembre de 2021, que en cambio sugería una teoría del daño basada en la replicabilidad⁵¹ de los datos, a los que *Servizio Elettrico Nazionale* había tenido acceso en su etapa de monopolista, y estaba ahora utilizando para llevar a cabo una práctica anticompetitiva en el mercado conexo liberalizado.

4. NEGATIVA DE COMPARTIR/DAR ACCESO A TUS DATA SETS

Es bien conocido que la práctica de la negativa de suministro (*refusal-to-supply*) es una de las modalidades “clásicas” de abuso de posición dominante, y posiblemente una de las que más doctrina y jurisprudencia han generado. Sobre la premisa que hemos sentado de la importancia de los datos en la economía digital, y como ya se ha planteado la doctrina⁵², ¿podrían considerarse como un recurso esencial (*essential facility*) al que, en las condiciones establecidas por la jurisprudencia comunitaria, estoy obligado (*duty-to-deal*) a dar acceso a mis competidores?

Sobre esta cuestión no hay, en la actualidad, consenso⁵³, y la total inexistencia de pronunciamientos de los tribunales o decisiones de las autoridades de competencia complica enormemente extraer pautas que permitan un análisis de la práctica.

Lo que parece evidente es que las diferencias entre una infraestructura “física” (en cuanto “recurso esencial”: piénsese en un puerto de carga, una red ferroviaria, una pista de esquí, etc.) y una base de datos, son palmarías, y tendrían que llevar a una aplicación por lo menos cautelosa de la doctrina de las *essential facilities*: unas son estáticas, y otras dinámicas; unas no permiten –por su propia naturaleza– la simultaneidad en el uso, y otras sí; unas no son replicables, y las bases de datos, sí.

Desde un sector doctrinal al otro lado del Atlántico se critica⁵⁴ que se use esta doctrina de los recursos esenciales –es una herramienta disponible en el instrumental antitrust– como una fórmula disimulada lo que en el fondo es regular el acceso a los datos de los que disponen las grandes plataformas digitales.

Estos autores revisan el desarrollo de la doctrina de las *essential facilities* en el contexto de las principales tendencias actuales en la continua evolución de la normativa antitrust estadounidense. Tras revisar los casos recientes del Tribunal Supremo que han cuestionado y, por tanto, socavado dicha doctrina, concluyen que la continua regulación económica de un sector tendente al monopolio, bajo la apariencia de “intervención antitrust”, no es coherente con los fundamentos de dichas normas, ni con las capacidades institucionales básicas de los tribunales y autoridades de competencia, a diferencia de la normativa y los organismos que se dedican a la regulación económica y que han sido creados a tal efecto en virtud de la normativa sectorial.

La conclusión a la que llegan es que la doctrina de los recursos esenciales no es la solución al problema sobre el acceso a los datos de las plataformas digitales. En la medida en que se pueda demostrar objetivamente que las plataformas digitales deban facilitar un acceso obligatorio a los clientes, los competidores u otros terceros, las fórmulas para implementar dicho acceso deberían abordarse a través de normas e instituciones distintas de las de la defensa de la competencia: la normativa sectorial, y las agencias reguladoras.

5. RECOPIACIÓN “EXPLOTATIVA” DE LOS DATOS

Llegamos al último escenario en el que la protección de datos personales puede jugar un papel clave en el análisis antitrust, y es precisamente en el que se sitúa el caso que, hoy por hoy, es paradigmático de este nuevo interfaz “privacidad vs. competencia”: el asunto *Facebook c. Bundeskartellamt*.

En efecto, la interacción de la privacidad el Derecho de la Competencia en los usuarios de las plataformas digitales se ha planteado como teoría del daño ante la autoridad alemana de competencia –*Federal Cartel Office* (FCO) o *Bundeskartellamt*–. En concreto, en relación con la imposición de términos y condiciones (TyC) a los usuarios de plataformas digitales como puerta de acceso a la prestación de sus servicios. En el marco de la prohibición de abuso de posición dominante de la Ley alemana (GWB)⁵⁵, la FCO planteo la posible introducción

de los parámetros de privacidad como un elemento de competencia. Como se ha apuntado desde algún sector doctrinal, este caso además consideró la protección de los consumidores –su privacidad, sus datos personales– como una de las finalidades también del Derecho de la competencia, más allá de las consideraciones puramente regulatorias en materia de protección de datos⁵⁶.

La FCO comenzó a investigar en 2016 si *Facebook* estaba abusando de su posición dominante en el mercado de las redes sociales a través de la imposición de cláusulas contractuales abusivas en sus términos y condiciones⁵⁷. La política de privacidad de la empresa estaba diseñada con el mecanismo de *opt-in*, es decir, si los usuarios no mostraban su conformidad a los términos impuestos por *Facebook* no podrían acceder a ninguno de los servicios ofrecidos por la red social. Por tanto, la decisión del usuario se veía reducida a la mínima expresión, y solamente podrían aceptar los términos y condiciones si querían acceder al servicio⁵⁸.

La autoridad alemana de competencia analizó detalladamente los TyC de los servicios ofrecidos por *Facebook*, concluyendo que el tratamiento integral de dichos datos personales infringía el RGPD. Esta afirmación viene precedida de una consulta a la autoridad de protección de datos, con la que colabora la autoridad en este asunto. Tal y como señala en su consulta a la autoridad de protección de datos, esta considera que la autoridad de competencia está legitimada para aplicar los principios instituidos por el RGPD en el marco de la evaluación de la conducta de la empresa dominante⁵⁹.

Sobre la base del art. 8 CDFUE, la FCO considera que el consentimiento que prestaron los usuarios de *Facebook* en sus TyC está viciado, ya que estos no eran plenamente conscientes de las tareas de recogida y tratamiento de datos que se iban a realizar por parte de la red social. En paralelo, la autoridad incide en que, aun en el supuesto en que se considerara que se ha prestado ese consentimiento libremente, la cantidad de datos recopilada es excesiva y no es necesaria para la actividad de *profiling* realizada por *Facebook*⁶⁰. Una vez sentado que *Facebook* recogía ilegalmente los datos personales de sus usuarios para mejorar sus propios servicios de publicidad personalizada⁶¹, la FCO determinó que los usuarios perdían el control sobre sus datos personales, de forma contraria a lo exigido por el RGPD.

De esta forma, *Facebook* consolidaba su posición de dominio frente al resto de sus competidores, fortaleciendo las barreras de entrada al mercado de las redes sociales⁶². En su análisis, la FCO determinó que dichas barreras de entrada estaban reforzadas por la imposibilidad de los competidores de reproducir la base de datos que *Facebook* había obtenido en aplicación de su política de TyC⁶³, cuyos efectos ni siquiera podrían verse contrarrestados por la presión competitiva de la innovación en Internet ni la ejercida por los escasos y débiles competidores que tenía en el mercado⁶⁴.

A partir de todo este razonamiento, el *Bundeskartellamt* concluyó, en junio de 2019, que los TyC impuestos a los usuarios de *Facebook* eran cláusulas contractuales abusivas⁶⁵. Y en la medida en que esta práctica era una manifestación directa del poder de mercado de la popular empresa, confirmó el abuso por parte de *Facebook* de su posición de dominio en el mercado de las redes sociales privadas⁶⁶. Como hemos señalado, esta decisión es ciertamente histórica, ya que es la primera vez que una conducta basada en la imposición de una política de privacidad contraria al RGPD se considera como práctica abusiva según el Derecho de la Competencia.

La compañía norteamericana planteó un recurso ante el Tribunal Superior Regional de Düsseldorf (OLG), quien suspendió cautelarmente la decisión de la FCO, al apreciar que la teoría del daño construida para determinar el abuso de dominio había sido incorrecta. Señala el OLG que “*el tratamiento de datos por parte de Facebook [...] no da lugar a ningún daño competitivo relevante ni a ninguna evolución indeseable de la competencia*”⁶⁷. El OLG señala que la conducta prohibida y sancionada por la FCO no da lugar a un resultado anticompetitivo, y que la recopilación y el tratamiento de los datos de los usuarios de *Facebook* no perjudica al mercado, dado que los datos en cuestión pueden duplicarse sin dificultades y ponerse a disposición de cualquier tercero, incluidos los competidores de *Facebook* en el mercado de las redes sociales⁶⁸.

En la línea de la discusión que venimos analizando, el Tribunal considera que la autoridad alemana de competencia utilizó las herramientas de competencia –en este caso la prohibición de abuso de posición dominante– para tratar de justificar su competencia en una materia que corresponde en exclusiva a las autoridades de protección de datos. En palabras del OLG, la FCO “*está analizando exclusivamente un problema de protección de los datos personales y no uno de falta de competencia en los mercados*”⁶⁹. En este sentido, el simple hecho de que *Facebook* tuviera un altísimo número de usuarios activos a diario en la red social no podía considerarse prueba suficiente para establecer que los usuarios perdieron el control sobre sus datos. Por lo tanto, el OLG concluye que la cuestión sobre si el consumidor medio tenía todos los instrumentos a su disposición para entender en profundidad el poder que le otorgaba a *Facebook* aceptando sus TyC, nada tiene que ver con el Derecho de la Competencia.

En un sorprendente giro de los acontecimientos, recurridas las conclusiones alcanzadas por el OLG, en junio de 2020 el Tribunal Federal de Justicia alemán (BHG) revocó dicha decisión considerando que la recopilación de datos de los usuarios por parte de *Facebook* se realizó sin el consentimiento necesario y que por tanto constituye un abuso de posición de dominio⁷⁰.

Esta conclusión parece distanciarse de la realidad empírica, y lo que se conoce como la *privacy paradox*⁷¹, que demuestra que a pesar de que los usuarios de plataformas digitales expresen una preferencia clara por una mayor protección de sus datos personales, suelen consentir a un tratamiento mucho más intensivo que aquel que desearían. En su decisión el BHG obvia que los consumidores tienen la posibilidad, en todo caso, de elegir no utilizar la red social si deciden que los TyC son inaceptables.

Partiendo de todo ello, el BHG acoge la teoría del daño esbozada inicialmente por la FCO, y añade que la conducta de *Facebook* no solamente refuerza su posición en el mercado de la publicidad online, sino también en el mercado conexo de las redes sociales⁷². Mediante la técnica de *profiling*, *Facebook* consigue mejorar la experiencia personalizada del usuario en sus propios servicios y, atraídos por este incremento en la calidad del servicio, estos permanecen un mayor tiempo en la red social.

El último capítulo de esta historia, hasta el momento, es que tras varios recursos y el planteamiento por parte del *Düsseldorf Higher Regional Court* de una cuestión prejudicial⁷³ ante el TJUE, el caso está aún sin un pronunciamiento definitivo⁷⁴. El pasado 20 de septiembre de 2022, el AG Rantos ha hecho públicas sus conclusiones⁷⁵, y junto a otros aspectos que son más propiamente de interpretación del RGPD, apunta dos propuestas muy relevantes para lo que aquí estamos analizando.

En primer lugar, en sus conclusiones el AG Rantos, considera (párrafos núm. 22 y 23) que, aunque una autoridad antitrust no es competente para pronunciarse sobre una infracción del RGPD, puede, no obstante, en el ejercicio de sus propias competencias, tener en cuenta la compatibilidad –o no– de una práctica comercial con el RGPD. A este respecto, el AG subraya que la conformidad o no de esa conducta con las disposiciones del del RGPD puede ser, a la luz de todas las circunstancias del caso, un indicio importante para determinar si esa conducta constituye una infracción de las normas de competencia, en particular un abuso de posición dominante contrario al art. 102 TFUE.

Sin embargo, el AG señala (párrafo n.º 24) que una autoridad de la competencia sólo puede valorar el cumplimiento del GDPR como una cuestión incidental, sin perjuicio de las facultades de la autoridad de control competente en virtud de dicho reglamento. Por tanto, la autoridad de la competencia debe tener en cuenta cualquier decisión o investigación de la autoridad de control competente, informar a esta última de cualquier detalle relevante y, en su caso, consultarla.

En segundo lugar, señala (párrafo n.º 75) que cualquier posición dominante en el mercado que tenga un responsable del tratamiento de datos personales que opere una red social es un factor a la hora de valorar si los usuarios de dicha red han dado su consentimiento libremente. En efecto, el poder de mercado del responsable del tratamiento podría dar lugar a un claro desequilibrio en el sentido del art. 43 del RGPD. Sin embargo, debe aclararse que para que dicho poder de mercado poder de mercado sea relevante desde el punto de vista de la aplicación del RGPD, no debe considerarse necesariamente una posición dominante en el sentido del artículo 102 del TFUE. Además, esta circunstancia por sí sola no puede, en principio, invalidar el consentimiento.

Por lo tanto (párrafo n.º 76), la validez del consentimiento debe examinarse caso por caso, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso y la responsabilidad del responsable del tratamiento de demostrar que el interesado ha dado su consentimiento al tratamiento de los datos personales que le conciernen.

Habrà que esperar⁷⁶, pues, al pronunciamiento del TJUE, para tener una respuesta algo más definitiva sobre esta problemática. De momento, hay un cierto consenso en la doctrina⁷⁷ en que calificar como de abuso de carácter *exploitativo* contrario al art. 102 TFUE la recopilación “excesiva” de datos es un poco forzado, pese a que indudablemente sí contravenga las previsiones sobre privacidad contempladas en el RGPD. En cambio, y como hemos señalado en el epígrafe anterior, es más coherente construir una teoría del daño en torno al carácter *anticompetitivo* contrario al art. 102 TFUE de una conducta de negativa de dar acceso⁷⁸ a terceros a los datos que necesita para competir en el mercado de forma eficiente.

V. REFLEXIONES FINALES

De todo lo dicho en las páginas precedentes pueden extraerse una serie de reflexiones finales, que no pretenden ser unas “conclusiones” en el sentido estricto de la expresión, ya que, sobre si la privacidad es o no es un

parámetro de la competencia, hay muy poco definitivo y mucho por definir todavía.

El punto de partida, y esto sí que lo consideramos una premisa indiscutible, es que los datos son una fuente de ventaja competitiva en los nuevos ecosistemas digitales, que otorga a sus titulares -las grandes plataformas tecnológicas- un poder de mercado que es función ineludible del derecho de la competencia confrontar. Ahora bien, este activo económico, ¿es un recurso esencial sobre el que hay que imponer una obligación de dar acceso?; ¿es una barrera de entrada al mercado para nuevos operadores?

La segunda cuestión que nos planteamos es la de la teoría del daño en las conductas que llevan a cabo las plataformas digitales en relación con los datos. Si es más o menos evidente cuándo hay una lesión de la privacidad de los usuarios, y por tanto una potencial infracción del RGPD, no está tan claro en relación con la normativa *antitrust* y los supuestos efectos anticompetitivos, necesarios para acreditar una infracción. A este respecto, ¿cuál sería el escenario contrafactual? Es que... ¡no existe! No cabe imaginar un mercado sin Google o Facebook, porque sencillamente los mercados en los que operan los han creado ellos; ellos son el mercado, y de ahí la dificultad de evaluar sus prácticas con los parámetros clásicos del derecho de la competencia.

En tercer lugar, y en relación con la actuación de la Comisión Europea -y el resto de las autoridades de competencia-, pensamos que su misión es la de tutelar y garantizar la existencia de una competencia efectiva en los mercados, también en los digitales, pero no cuestionar un determinado modelo de negocio, ni mucho menos imponerlo. Sin embargo, y especialmente a partir de la aprobación de la DMA, esto es precisamente lo que está haciendo, y saltan a la vista las complicaciones que esto va a generar en su aplicación.

En cuarto lugar, se percibe a veces una actitud hostil hacia las plataformas digitales, que lleva a darse prisa en construir un relato que culmine en infracción de la normativa de competencia, y que lleva a obviar en el análisis elementos “exculpatorios” de su conducta, o que abogan por una radiografía del mercado digital en el que reina la libre competencia y o las conductas anticompetitivas. Así, por ejemplo, tanto la *portabilidad* (derecho a transferir mis datos) como la *interoperabilidad* (capacidad técnica de realizarlo) son dos factores que reducen -o eliminan por completo- las barreras de entrada al mercado, al propiciar el *multi-homing* y suprimir los posibles *switching costs*. Sin embargo, esta línea de razonamiento no siempre está presente en los debates sobre el carácter monopolístico de estos mercados y las empresas que operan en ellos.

En quinto lugar, es cierto que hay una percepción generalizada de debilitamiento de la privacidad en el ámbito de los nuevos mercados digitales, precisamente debido a la falta de una competencia efectiva. Aquí la reflexión va en un doble sentido: por un lado, el riesgo de lo que se ha venido en denominar *privacy washing*, usar la privacidad como excusa para prácticas de auto-favorecimiento u otros tipos de abusos, sean de carácter explotativo o exclusionario. Por otro lado, la dificultad inherente a considerar la privacidad como una dimensión -no basada en precios- de la calidad de un servicio, y evaluar el carácter anticompetitivo de la conducta basada en ella.

En sexto lugar, y en la línea de la primera consideración anterior, no pienso que sea adecuado “aprovechar” la normativa de competencia aplicada a los datos personales y la privacidad como herramienta para establecer obligaciones de acceso, propias de la regulación sectorial y la normativa *ex ante*. Aquí, una vez más, la DMA ha sentado un precedente cuyos efectos en el mercado y la innovación -tan característica de los nuevos modelos de negocio digitales- no parecen nada halagüeños.

En séptimo lugar, y en esta última reflexión sí vamos a expresar una propuesta algo más concluyente que las anteriores, la privacidad será un parámetro de la competencia... ¡cuando la competencia se vea afectada por la privacidad! Por ello, además de todas las elaboraciones y construcciones doctrinales que desarrollen, es perentorio para un eficaz *enforcement* en los nuevos ecosistemas digitales un diálogo y colaboración institucional entre las autoridades de competencia y las de protección de datos.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ACQUISTI A. (2012), *Nudging Privacy: The Behavioral Economics of Personal Information*, Digital Enlightenment Yearbook. Disponible en: https://www.academia.edu/37950758/Nudging_Privacy_The_Behavioral_Economics_of_Personal_Information.
- AKMAN, P. (2022), “Regulating Competition in Digital Platform Markets: A Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets Act”, *European Law Review*, n.º 1, pp. 85-114.
- ALFARO, J., “La regulación de las plataformas”, 2 de mayo de 2016, en *Derecho Mercantil*,

<https://derechomercantilesmana.blogspot.com/2016/05/la-regulacion-de-las-plataformas.html>.

- ALLENDE SALAZAR, R. (2020), "Capítulo 20. Plataformas digitales y big data: retos para el Derecho de la competencia. Especial referencia al control de concentraciones" en *Anuario de Derecho de la Competencia*, Ed. Thomson Civitas Aranzadi, Madrid, 2020.
- ANTÓN JUÁREZ, I. (2021), "Entre el Big Data y la Inteligencia Artificial: ¿La nueva forma de discriminar al consumidor en la era de la *Data Economy*?", en ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. y OLMEDO PERALTA, E. (dirs), *Estudios de la Red Académica de Defensa de la Competencia (RADC) 2021*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, pp. 339 a 362.
- ANTÓN JUÁREZ, I. (2021), "Marketplaces que personalizan precios a través del big data y de los algoritmos: ¿esta práctica es legal en atención al derecho de la competencia europeo?", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 13 (1).
- BERGQVIST, C. y RUBIN, J., "Google and the Trans-Atlantic Antitrust Abyss" (March 18, 2019). *University of Copenhagen Faculty of Law Research Paper N.º 2019-73*. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3354766>.
- BOTTA, M. y WIEDEMANN, K. (2019), "The Interaction of EU Competition, Consumer, and Data Protection Law in the Digital Economy: The Regulatory Dilemma in the Facebook Odyssey", *The Antitrust Bulletin*, Vol. 64 (3), pp. 428-446.
- CABRAL, L. et al. (2021), *The EU Digital Markets Act: A Report from a Panel of Economic Experts*, Joint Research Centre, 2021, p. 20. Disponible en la página web de la Comisión Europea: <https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC122910>.
- CARUGATI, C. (2021), *The Antitrust Privacy Dilemma*. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3968829>.
- COLANGELO G. y MAGGIOLINO M., "Antitrust über alles. Whither Competition Law after Facebook?", *World Competition Law and Economic Review*, 2019, 42(3), p. 8 Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3362428>.
- COSTA-CABRAL, F., y LYNKEY, O. (2017), "Family ties: the intersection between data protection and competition in EU Law", *Common Market Law Review*, 54 (1).
- DÍEZ ESTELLA, F. y RIBERA MARTÍNEZ, A. (2022), "Derecho de la Competencia vs. Privacidad: ¿el gran dilema en los nuevos mercados digitales?", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 14, N.º 1 (Marzo), pp. 169-195.
- DÍEZ ESTELLA, F. (2020), "Regulación de los mercados en la era digital: ¿*Quo vadis*, Europa?", *Revista CEF Legal*, n.º 229, pp. 5-40.
- EISENMANN, T. R., "Winner-Take-All in Networked Markets", Case Study in *Harvard Business Review*, (February 21, 2006).
- GERADIN, D.: *What is a digital gatekeeper? Which platforms should be captured by the EC proposal for a Digital Market Act?* (February 18, 2021). Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3788152.
- GONZÁLEZ CASTILLA, F. (2021), "El concepto de empresa y la aplicación del Derecho de la Competencia a los prestadores de servicios a través de plataformas digitales", en MARTÍ MIRAVALLS, J. (dir), *Competencia en mercados digitales y sectores regulados*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 65 a 82.
- HAUCUP, J. (2019), "Data protection and antitrust: new types of abuse cases? An economist's view in light of the German *Facebook* decision", *CPI Antitrust Chronicle*, February 2019, pp. 2-6.
- HERRERO SUÁREZ, C. (2018), "Capítulo 31. Big Data y Derecho de la Competencia", En DE LA QUADRA SALCEDO, T. y PIÑAR MAÑAS, J. L., *Sociedad digital y Derecho*, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Madrid: Red. es y Boletín Oficial del Estado, pp. 666 a 672.
- HOVENKAMP, H., "Antitrust and Platform Monopoly" (November 14, 2020). *Yale Law Journal*, Vol. 130, 2021, U of Penn, Inst for Law & Econ Research Paper N.º 20-43. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3639142>.

- HOVENKAMP, H., "The Looming Crisis in Antitrust Economics" (October 5, 2020). U of Penn, *Inst for Law & Econ Research Paper* N.º 20-15. Disponible en: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3508832>.
- IBÁÑEZ COLOMO, P. (2020), "What Can Competition Law Achieve in Digital Markets? An Analysis of the Reforms Proposed" (November 2, 2020). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3723188>.
- LANDE, R. (2008), "The Microsoft-Yahoo Merger: Yes, Privacy is an Antitrust Concern", 714 *FTC: Watch 1*; JUST N. (2018), "Governing Online Platforms: Competition Policy in Times of Platformization", *Telecommunications Policy*, n.º 42, p. 386.
- LIPSKY, A., "Essential Facilities Doctrine: Access Regulation Disguised as Antitrust Enforcement" (November 11, 2020). *The Global Antitrust Institute Report on the Digital Economy 22*, Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3733729>.
- NOOREN, P.; VAN GORP, N.; VAN EIJK, N. and O' FATHAIGH, R., "Should We Regulate Digital Platforms? A New Framework for Evaluating Policy Options", *Policy & Internet*, Vol. 10(2), August 2018. Disponible en: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1002/poi3.177>.
- OLMEDO PERALTA, E. (dir), *La aplicación del Derecho de la Competencia en la economía de los datos*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.
- PODSZUNN, R. (2021), *Facebook: Next Stop Europe*, D'Kart blog, 25 de marzo de 2021. <https://www.d-kart.de/en/blog/2021/03/25/facebook-next-stop-europe/> (última consulta el 10 de septiembre de 2022).
- RIBERA MARTÍNEZ, A. (2022), "Trading Off the Orchard for an Apple: the iOS 14.5 Privacy Update", *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 13, Issue 3, April 2022, pp. 200-216.
- ROBERTSON, V. (2020), "Excessive Data Collection: Privacy Considerations and Abuse of Dominance in the Era of Big Data", 57 *Common Market Law Review*, pp. 161-189.
- RODRÍGUEZ RODRIGO, J. (2021), "Los datos en los mercados de doble cara: ¿son fácilmente replicables?", en ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. y OLMEDO PERALTA, E. (dirs), *Estudios de la Red Académica de Defensa de la Competencia (RADC) 2021*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, pp. 363 a 384.
- RYAN, D. (2021), "Big Data and the Essential Facilities Doctrine: A Law and Economics Approach to Fostering Competition and Innovation in Creative Industries", *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. 10 (1), pp. 84-112.
- SOKOL, D. y ZHU, F. (2021), "Harming Competition and Consumers Under the Guise of Protecting Privacy: An Analysis of Apple's iOS 14 Policy Updates", *Competition Policy International*, May 2021.
- TAMAYO VELASCO, J. (2021), "Big Data, Competencia y Protección de Datos: el Rol del Reglamento General de Protección de Datos en los modelos de negocio basados en la publicidad personalizada", *Revista de Estudios Europeos*, n.º 78, Julio-diciembre 2021, pp. 183-202.
- UNEKBAS, S. (2022), "Competition, privacy and justifications: invoking privacy to justify abusive conduct under article 102 TFEU", *Journal of Law, Market & Innovation*, Vol. 1 - Issue 2/2022.
- VOLMARA N. M., HELMDACHB O. K., "Protecting consumer and their data trough competition law? Rethinking abuse of dominance in light of Federal Cartel Office's Facebook investigation", *European Competition Journal*, 2018, vol. 14, n.º 2-3, pp. 195-215. En: <https://doi.org/10.1080/17441056.2018.1538033>.
- WINNER, M. (2020), "La regulación jurídica de los contratos celebrados a través de plataformas: el Derecho europeo", en *Almacén de Derecho*, 26 de febrero de 2020. Disponible en: <https://almacenederecho.org/la-regulacion-juridica-de-los-contratos-celebrados-a-traves-de-plataformas-el-derecho-europeo>.

1. DÍEZ ESTELLA, F. y RIBERA MARTÍNEZ, A., "Derecho de la Competencia vs. Privacidad: ¿el gran dilema en los nuevos mercados digitales?", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 14, N.º 1 (Marzo 2022), pp. 169-195.

2. *Id.*, con carácter general: OLMEDO PERALTA, E. (dir), *La aplicación del Derecho de la Competencia en la economía de los datos*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.

3. Resolución de 25 de marzo de 2021, sobre una Estrategia Europea de Datos (2020/2217 - INI), disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1593073685620&uri=CELEX:52020DC0066>.

4. REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales), de 5 de julio de 2022, PE-CONS 17/22. Disponible en la página web del Consejo Europeo: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-17-2022-INIT/es/pdf>.
5. AKMAN, P., "Regulating Competition in Digital Platform Markets: A Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets Act", *European Law Review*, n.º 1, 2022, pp. 85-114.
6. GERADIN, D. (2021), "What is a digital gatekeeper? Which platforms should be captured by the EC proposal for a Digital Market Act?" (February 18, 2021). Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3788152.
7. CARUGATI, C. (2021) "The Antitrust Privacy Dilemma". Disponible: <https://ssrn.com/abstract=3968829>.
8. COSTA-CABRAL, F., y LYNSKEY, O. (2017), "Family ties: the intersection between data protection and competition in EU Law", *Common Market Law Review*, 54 (1).
9. BOTTA, M. y WIEDEMANN, K. (2019), "The Interaction of EU Competition, Consumer, and Data Protection Law in the Digital Economy: The Regulatory Dilemma in the Facebook Odyssey", *The Antitrust Bulletin*, Vol. 64(3), pp. 428-446.
10. ANTÓN JUÁREZ, I. (2021), "Entre el Big Data y la Inteligencia Artificial: ¿La nueva forma de discriminar al consumidor en la era de la Data Economy?", en ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. y OLMEDO PERALTA, E. (dirs), *Estudios de la Red Académica de Defensa de la Competencia (RADC) 2021*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, pp. 339 a 362.
11. TAMAYO VELASCO, J. (2021), "Big Data, Competencia y Protección de Datos: el Rol del Reglamento General de Protección de Datos en los modelos de negocio basados en la publicidad personalizada", *Revista de Estudios Europeos*, n.º 78, Julio-diciembre 2021, pp. 183-202.
12. Declaración conjunta de ambas autoridades: "Competition and data protection in digital markets: a joint statement between the CMA and the ICO", del 19 de mayo de 2021. Disponible en: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/987358/Joint_CMA_ICO_Public_statement_final_V2_180521.pdf.
13. GONZÁLEZ CASTILLA, F. (2021), "El concepto de empresa y la aplicación del Derecho de la Competencia a los prestadores de servicios a través de plataformas digitales", en MARTÍ MIRAVALLS, J. (dir), *Competencia en mercados digitales y sectores regulados*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 65 a 82.
14. Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32019L2161>.
15. Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32019R1150>.
16. WINNER, M.: "La regulación jurídica de los contratos celebrados a través de plataformas: el Derecho europeo", en *Almacén de Derecho*, 26 de febrero de 2020. Disponible en: <https://almacenderecho.org/la-regulacion-juridica-de-los-contratos-celebrados-a-traves-de-plataformas-el-derecho-europeo>.
17. Joint Submission of Antitrust Economists, Legal Scholars, and Practitioners to the House Judiciary Committee on the State of Antitrust Law and Implications for Protecting Competition in Digital Markets (May 18, 2020), *University of Missouri School of Law Legal Studies Research Paper*. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3604374>.
18. *Vid.*, por ejemplo, <https://som.yale.edu/faculty-research-centers/centers-initiatives/thurman-arnold-project-at-yale/digital-platforms-and-antitrust>.
19. IBÁÑEZ COLOMO, P., "What Can Competition Law Achieve in Digital Markets? An Analysis of the Reforms Proposed" (November 2, 2020). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3723188>.
20. DÍEZ ESTELLA, F., "Regulación de los mercados en la era digital: ¿Quo vadis, Europa?", *Revista CEF Legal*, n.º 229, Febrero 2020, pp. 5-40.
21. El gap transatlántico del que tanto se ha escrito puede que esté a punto de cerrarse; *Vid.*, entre otros: BERGQVIST, C. y RUBIN, J.: "Google and the Trans-Atlantic Antitrust Abyss" (March 18, 2019). *University of Copenhagen Faculty of Law Research Paper N.º 2019-73*. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3354766>.
22. HOVENKAMP, H., "Antitrust and Platform Monopoly" (November 14, 2020). *Yale Law Journal*, Vol. 130, 2021, U of Penn, Inst for Law & Econ Research Paper N.º 20-43. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3639142>.
23. *Vid.*, por ejemplo: EISENMANN, T. R., "Winner-Take-All in Networked Markets", Case Study in *Harvard Business Review*, (February 21, 2006).
24. HOVENKAMP, H., "The Looming Crisis in Antitrust Economics" (October 5, 2020). U of Penn, *Inst for Law & Econ Research Paper N.º 20-15*. Disponible en: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3508832>.
25. ALFARO, J.: "La regulación de las plataformas", 2 de mayo de 2016, en *Derecho Mercantil*, <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2016/05/la-regulacion-de-las-plataformas.html>.
26. NOOREN, P.; VAN GORP, N.; VAN EIJK, N. and O' FATHAIGH, R.: "Should We Regulate Digital Platforms? A New Framework for Evaluating Policy Options", *Policy & Internet*, Vol. 10(2), August 2018. Disponible en: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1002/poi3.177>.
27. Que ha sido analizada con acierto y rigor en ANTÓN JUÁREZ, I. (2021), "Marketplaces que personalizan precios a través del big data y de los algoritmos: ¿esta práctica es legal en atención al derecho de la competencia europea?", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 13 (1).

28. D.O.U.E. L 024, 29.01.2004, p. 1-22. ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2004/139/oj>.
29. M. VESTAGER, Comisaria de la Competencia en la Unión Europea (Comisión Europea). SPEECH: “*Clearing the path for Innovation*”, Web Summit, Lisboa (Portugal), 7 de noviembre de 2017.
30. *Vid.* un excelente estudio de esta cuestión en ALLENDE SALAZAR, R. (2020), “Capítulo 20. Plataformas digitales y big data: retos para el Derecho de la competencia. Especial referencia al control de concentraciones” en *Anuario de Derecho de la Competencia*, Ed. Thomson Civitas Aranzadi, Madrid, 2020.
31. Decisión de la Comisión Europea de 14 de mayo de 2008 (COMP/M.4854 – *TomTom / TeleAtlas*).
32. Decisión de la Comisión Europea de 11 de marzo de 2008 (COMP/M.4731 – *Google / DoubleClick*).
33. Decisión de la Comisión Europea de 13 de octubre de 2014 (COMP/M.7217 – *Facebook / WhatsApp*).
34. Decisión de la Comisión Europea de 6 de diciembre de 2016 (COMP/M.8124 – *Microsoft/LinkedIn*).
35. *Ibidem*, pars. 255 y 350.
36. HERRERO SUÁREZ, C. (2018), “Capítulo 31. Big Data y Derecho de la Competencia”, En DE LA QUADRA SALCEDO, T. y PIÑAR MAÑAS, J. L., *Sociedad digital y Derecho*, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Madrid: Red. es y Boletín Oficial del Estado, pp. 666 a 672.
37. Decisión de la Comisión Europea de 6 de septiembre de 2018 (COMP/M.8788 – *Apple/Shazam*).
38. Decisión de la Comisión Europea de 17 de diciembre de 2020 (COMP/M.9660 – *Google/Fitbit*).
39. La entidad resultante de la fusión tendría acceso al *Big Data* de *Fitbit*, que contiene sobre todo datos sanitarios de sus usuarios puesto que sus dispositivos recopilan información sobre el latido de su corazón, su ingesta de calorías diaria, las distancias recorridas o sus hábitos de sueño, entre otros.
40. Comunicado de prensa de la Comisión Europea, de 4 agosto de 2020, ref. IP/20/1446. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1446.
41. CABRAL, L. *et al.* (2021), *The EU Digital Markets Act: A Report from a Panel of Economic Experts*, Joint Research Centre, 2021, p. 20. Disponible en la página web de la Comisión Europea: <https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC122910>.
42. LANDE, R. (2008), “The Microsoft-Yahoo Merger: Yes, Privacy is an Antitrust Concern”, 714 *FTC: Watch 1*; JUST N. (2018), “Governing Online Platforms: Competition Policy in Times of Platformization”, *Telecommunications Policy*, n.º 42, pp. 386 y 388.
43. *OECD, Quality considerations in digital zero-price markets – Background note by the Secretariat*, November 28, 2018, pp 6-8.
44. Así es como se entiende en artículos doctrinales y comentarios recientes, y no se duda en calificar la protección de la privacidad como una “excusa” o pretexto para lo que realmente se pretende, la puesta en práctica de políticas anticompetitivas. *Vid.*, a modo de ejemplo: SOKOL, D. y ZHU, F. (2021), “Harming Competition and Consumers Under the Guise of Protecting Privacy: An Analysis of Apple’s iOS 14 Policy Updates”, *Competition Policy International*, May 2021; UNEKBAS, S. (2022), “Competition, privacy and justifications: invoking privacy to justify abusive conduct under article 102 TFEU”, *Journal of Law, Market & Innovation*, Vol. 1 – Issue 2/2022.
45. RIBERA MARTÍNEZ, A. (2022), “Trading Off the Orchard for an Apple: the iOS 14.5 Privacy Update”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 13, Issue 3, April 2022, pp. 200-216.
46. Permítase la referencia a DÍEZ ESTELLA, F. (2003), “La doctrina del abuso en los mercados conexos: del ‘*monopoly leveraging*’ a las ‘*essential facilities*’”, *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 248, Abril-junio.
47. Párrafo n.º 92: “cuando una empresa pierde el monopolio legal que poseía anteriormente en un mercado, debe abstenerse, durante toda la fase de liberalización de dicho mercado, de recurrir a medios de los que disponía gracias a su antiguo monopolio y que, por este motivo, no están a disposición de sus competidores, con el fin de conservar, sirviéndose de medios distintos de sus propios méritos, una posición dominante en ese mercado nuevamente liberalizado”. *Vid.* un sugerente análisis, en este sentido, en PUSCAS, C. (2022), “AG Rantos: What is the legal framework for analysing data leveraging abuses under Article 102 TFEU”, *Kluwer Competition Law Blog*, January 3, 2022. Disponible en: <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2022/01/03/ag-rantos-what-is-the-legal-framework-for-analysing-data-leveraging-abuses-under-article-102-tfeu/>.
48. Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 12 de mayo de 2022, As. C-377/20 (ECLI:EU:C:2022:379).
49. Párrafo n.º 102: “De ello resulta que, en la medida en que la explotación abusiva de una posición dominante se aprecia a la luz de la capacidad de la conducta controvertida para producir efectos excluyentes, y no en vista de sus efectos concretos, si se demostrase que SEN solicitó a sus clientes el consentimiento para recibir ofertas, respectivamente, de sociedades del grupo ENEL y de sus competidores, de manera discriminatoria, esta circunstancia bastaría por sí sola para demostrar que el comportamiento de la empresa formada por al menos SEN y EE podía menoscabar el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada”.
50. Conclusiones del Abogado General Sr. Athanasios Rantos presentadas el 9 de diciembre de 2021, Asunto C 377/20 (ECLI:EU:C:2021:998).
51. *Vid.*, sobre la sentencia, y el test de replicabilidad: IBÁÑEZ-COLOMO, P. (2022), “On Case C-377/20, Servizio Elettrico Nazionale (II): does the replicability test really work?”, *Chillin’ competition*, 18 de mayo de 2022, disponible en: <https://chillingcompetition.com/2022/05/18/on-case-c-377-20-servizio-elettrico-nazionale-ii-does-the-replicability-test-really-work/>.
52. RODRÍGUEZ RODRIGO, J. (2021), “Los datos en los mercados de doble cara: ¿son fácilmente replicables?”, en ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. y OLMEDO PERALTA, E. (dirs), *Estudios de la Red Académica de Defensa de la Competencia (RADC) 2021*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, pp. 363 a 384.
53. *Vid.* un ejemplo del estado de la cuestión en: RYAN, D. (2021), “Big Data and the Essential Facilities Doctrine: A Law and Economics Approach to Fostering Competition and Innovation in Creative Industries”, *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. 10 (1), pp. 84-112.
54. LIPSKY, A., “Essential Facilities Doctrine: Access Regulation Disguised as Antitrust Enforcement” (November 11, 2020). *The Global*

Antitrust Institute Report on the Digital Economy 22, Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3733729>.

55. Conviene hacer notar aquí que, a diferencia de lo previsto en el art. 102 TFUE, o en la mayoría de las legislaciones de los estados miembros, como por ejemplo nuestra Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, el párrafo 18.3 (a) de la *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* explícitamente hace referencia a los datos como fuente de poder de mercado.
56. BOTTA, M. y WIEDEMANN, K. (2019), "The Interaction of EU Competition, Consumer, and Data Protection Law in the Digital Economy: The Regulatory Dilemma in the Facebook Odyssey", *The Antitrust Bulletin*, Vol. 64 (3), pp. 428-446.
57. VOLMARA N. M., HELMDACHB O. K., "Protecting consumer and their data through competition law? Rethinking abuse of dominance in light of Federal Cartel Office's Facebook investigation", *European Competition Journal*, 2018, vol. 14, n.º 2-3, pp. 195-215. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/17441056.2018.1538033>.
58. Competition & Markets Authority y Information Commissioner's Office. (2021). *Competition and data protection in digital markets: a joint statement between the CMA and the ICO* (p. 19).
59. COLANGELO G. y MAGGIOLINO M., "Antitrust über alles. Whither Competition Law after Facebook?", *World Competition Law and Economic Review*, 2019, 42(3), p. 8 Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3362428>.
60. Según la FCO, aunque los anuncios mostrados podrían ser menos eficaces y precisos, *Facebook* seguiría siendo capaz de prestar el servicio de perfilación de usuarios a los anunciantes (*Facebook*, asunto B6-22/16, párrafo 695).
61. *Facebook c. Bundeskartellamt*, asunto B6-22/16, Case Summary, 15 de Febrero 2019, p. 4. Disponible en: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=3.
62. *Ibidem*, sección (b) Parallel use of services and high barriers for switching, Section 18(3a) no. 2 GWB, pp. 128-135.
63. *Facebook*, asunto B6-22/16, párrafos 469-472.
64. *Ibidem*, sección (e) Innovation-driven competitive, Section 18(3a) no.5 GWB, pp. 143-148.
65. *Facebook*, asunto B6-22/16. Disponible en inglés en: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/englisch_gwb.html#p0100.
66. *Ibidem*, párrafo 873.
67. *OLG, Facebook*, asunto VI-Kart 1/19, p. 6. La traducción al español ha sido realizada a partir de del texto en inglés de la decisión del *D'Kart Antitrust Blog*, disponible en: <https://www.d-kart.de/wp-content/uploads/2019/08/OLG-D%C3%BCsseldorf-Facebook-2019-English-1.pdf> (traducción no oficial).
68. *OLG, Facebook*, asunto VI-Kart 1/19, p. 7, letra b).
69. *OLG, Facebook*, asunto VI-Kart 1/19, cit., p. 10.
70. Tribunal Federal de Justicia, Comunicado de prensa núm. 080/2020, 23 de junio de 2020. Disponible en: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2020/23_06_2020_BGH_Facebook.pdf?__blob=publicationFile&v=2.
71. ACQUISTI A., *Nudging Privacy: The Behavioral Economics of Personal Information*, Digital Enlightenment Yearbook, 2012. Disponible en: https://www.academia.edu/37950758/Nudging_Privacy_The_Behavioral_Economics_of_Personal_Information.
72. BHG, *Facebook*, asunto KVR 69/19, par. 94. Disponible exclusivamente en alemán aquí: <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgibin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=bedd4af3c9d89a4dcaa64fc85d244e9e&nr=109506&pos=0&anz=107>.
73. Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Düsseldorf (Alemania) el 22 de abril de 2021 — *Facebook Inc. y otros / Bundeskartellamt* (Asunto C-252/21) (2021/C 320/20).
74. Como no podía ser de otra manera, la esencia de lo que el tribunal alemán plantea a la corte luxemburguesa es el tema que estamos debatiendo aquí; reproducimos, como botón de muestra, el primer apartado de la cuestión prejudicial: "¿Es compatible con los artículos 51 y siguientes del Reglamento (UE) 2016/679 (RGPD) que la autoridad nacional de defensa de la competencia de un Estado miembro, como el Bundeskartellamt, que no es autoridad de control a efectos de los artículos 51 y siguientes del RGPD (...) en su función de control de los abusos de posición dominante en el marco del Derecho de la competencia declare, una infracción del RGPD por las condiciones contractuales del establecimiento principal sobre tratamiento de datos y su ejecución, y dicte una orden de cesación de dicha infracción?".
75. Opinión del AG Rantos, de 20 de septiembre de 2022, As. C-252/21, *Meta Platforms Inc. v. Bundeskartellamt*, texto provisional en: <https://www.courthousenews.com/wp-content/uploads/2022/09/ecj-advisory-meta-germany.pdf>.
76. PODSZUNN, R.: *Facebook: Next Stop Europe*, D'Kart blog, 25 de marzo de 2021. <https://www.d-kart.de/en/blog/2021/03/25/facebook-next-stop-europe/> (última consulta el 10 de septiembre de 2022).
77. *Vid.*, por todos, ROBERTSON, V. (2020), "Excessive Data Collection: Privacy Considerations and Abuse of Dominance in the Era of Big Data", *57 Common Market Law Review*, pp. 161-189.
78. Así lo señala, por ejemplo, al hilo precisamente de este caso, HAUCUP, J. (2019), "Data protection and antitrust: new types of abuse cases? An economist's view in light of the German Facebook decision", *CPI Antitrust Chronicle*, February 2019, pp. 2-6.