

# Derecho y Economía del dato: Soluciones regulatorias y remedios de competencia

## Autor:

Eugenio Olmedo Peralta, Catedrático ac. de Derecho mercantil en la Universidad de Málaga

## Resumen:

Disponer de un acceso suficiente a datos, en términos de calidad y cantidad, resulta crítico para que las empresas puedan competir en el mercado digital. Sin embargo, son pocas las empresas que acaparan las principales fuentes de obtención de datos y que, además, implementan estrategias para impedir que potenciales rivales puedan acceder a ellos. Para conseguir mercados de datos competitivos y eficientes es necesario abordar la situación combinando las soluciones regulatorias y los remedios de competencia.

## Palabras clave:

Datos, Interoperabilidad, Reglamento de Datos, killer acquisitions, remedios, guardianes de acceso (gatekeepers)

## Códigos JEL:

K21, K24, L41, L51

## 1. Introducción: los fallos de mercado del sector de los datos

Es un postulado básico –y pacífico– de política económica que el sector público sólo debe intervenir en el funcionamiento del mercado ante fallos de éste. Como primera derivada de esta premisa se desprende que, a la hora de elegir entre instrumentos de intervención para corregir tales fallos de mercado, se deba optar por la solución menos intervencionista. En nuestro ámbito esto se concreta en que para solucionar problemas provocados por la falta de competencia en el mercado se deba preferir la aplicación ordinaria de las normas de defensa de la competencia sobre la regulación del mercado. Sin embargo, en ciertas ocasiones, el propio funcionamiento del mercado y la dinámica aplicativa de las normas antitrust hacen preferible la segunda opción sobre la primera. Las notas propias del mercado de captación de datos corroboran esta afirmación. El principal valor de los datos es el de servir como insumo en el proceso de producción de bienes y servicios digitales. Determinados mercados, como los de publicidad digital o la prestación de contenidos audiovisuales, requieren del procesamiento de datos sobre los usuarios para poder prestar sus servicios en condiciones de eficiencia. Cuanto mayor sea la cantidad de datos a los que una empresa pueda acceder y pueda procesar, mejor será el producto que ofrezca y mayor será su competitividad. Nos encontramos, así, ante un mercado de demanda, donde la competencia gira en torno a la captación de datos como factor productivo clave. Por ello el foco de atención del regulador y de las agencias de competencia se ha de poner sobre las estrategias empresariales dirigidas a su captación y utilización de los datos.

En el ecosistema digital, la maximización del beneficio ha dejado de ser el objetivo prioritario e inmediato de las empresas, al menos en el corto y medio plazo, y su solidez ya no se fundamenta únicamente en la acumulación de activos. La estrategia central de las empresas digitales radica en la captación y posterior consolidación de una posición hegemónica dentro del mercado, explotando la ventaja del pionero (*first mover advantage*) para imponerse como el ganador que domine un determinado negocio (*market tipping*). La rentabilidad puede quedar relegada a una fase posterior. En este escenario de competencia dinámica exacerbada y una presión innovadora sin precedentes, las empresas digitales no dudan en sacrificar sus resultados financieros, incluso de manera prolongada, a cambio de poder emprender estrategias comerciales agresivas con el único propósito de afianzar su control estructural sobre el mercado<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Probablemente la narrativa más paradigmática de este fenómeno siga siendo la ofrecida por KHAN, Lina M., “Amazon’s Antitrust Paradox”, *The Yale Law Journal*, 126, 3, esp. pp. 746 y ss. En su aportación, la antigua presidenta de la FTC pone de manifiesto cómo durante décadas el gigante digital Amazon ha sacrificado sus beneficios a cambio de llevar a cabo prácticas comerciales agresivas en la distribución y comercialización de productos (precios predatorios, integración vertical, explotación de datos, condiciones contractuales no equitativas...), conductas que le han permitido convertirse en el gestor y regulador del mercado de compras online, levantando importantes barreras que impiden (o, al menos, dificultan en gran medida) la entrada de competidores. Conseguida esa posición de dominio en el mercado, el gigante digital puede echar sus redes a otros mercados valiéndose del dominio de fuentes de datos desde su posición de *gatekeeper* (*market leverage*). Khan no es la única que ha advertido los efectos de esta dinámica sobre la competencia y, por contagio, sobre el funcionamiento de la economía en general. Otros autores destacados, como BAKER, Jonathan B., *The Antitrust Paradigm: Restoring a competitive economy*, Harvard University Press, 2019, esp. pp. 11 y ss. han puesto de manifiesto cómo esta tendencia se generaliza en la conducta de los gigantes digitales, dando lugar a una situación a la que se ha llamado –con originalidad y acierto– un escenario «moligopólico», vid. PETIT, Nicolas, *Big Tech & the Digital Economy, the Moligopoly Scenario*, Oxford University Press, Oxford, 2020, esp. pp. 93 y ss.

Los datos se caracterizan por ser un recurso no fungible y por su gran versatilidad, en tanto que los mismos datos pueden utilizarse simultáneamente para el desarrollo de los más variados productos y servicios digitales. La utilidad de los datos se incrementa a medida que se acumulan en cantidades mayores, se diversifican sus fuentes de obtención y se refieren a variables diferenciadas. Además, no hay rivalidad en su obtención y utilización, en tanto que un mismo dato puede ser captado por diversas empresas y, una vez registrado, puede ser utilizado en cualquier proceso del ámbito digital. No obstante, aunque un mismo dato pueda ser utilizado paralelamente por diversas empresas para distintos servicios y procesos digitales, éstas son conocedoras de la ventaja que puede derivar de su acaparamiento y uso exclusivo, por lo que se mostrarán reacias a compartirlos voluntariamente con otras empresas –rivales o no– y desarrollarán estrategias agresivas para ser los primeros en implantar (y poder monopolizar) sistemas de captación de datos (plataformas digitales, dispositivos de Internet de las Cosas, etc.). Esta dinámica da origen a potenciales posiciones de dominio sobre las que se pueden promover prácticas abusivas, especialmente de carácter exclusionario.

No todas las iniciativas empresariales dirigidas a implantar sistemas de captación de datos son ilícitas o anticompetitivas. En muchos casos, las empresas digitales crean sus propios sistemas de obtención de datos desarrollando dispositivos o prestando servicios digitales gratuitos y atractivos para muchos usuarios. En este caso, nos enfrentamos a una obtención lícita de los datos fruto del esfuerzo empresarial (*competition on the merits*). En otros casos, en cambio, los datos se consiguen de forma mediata, parasitando la información que otras empresas consiguen y que ceden a una empresa con mayor poder relativo en sus relaciones comerciales<sup>2</sup>. Finalmente, las empresas pueden desarrollar políticas agresivas de concentraciones para incrementar su poder de captación de datos. Para ello, plantean un programa de compra de otras empresas –sobre todo emergentes– que manifiestan una especial capacidad de captar datos en un determinado sector. Estas conductas son especialmente lesivas cuando esconden prácticas de *killer acquisitions*<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Es el caso, por ejemplo, de plataformas operadoras de sistemas operativos o de tiendas de aplicaciones (App Stores) que amplían su espectro de captación de datos mediante el acceso obligatorio a los datos que obtienen los desarrolladores de aplicaciones que se ejecutan a través de este sistema operativo o utilizando ese canal de distribución. Vid. OLMEDO PERALTA, Eugenio, “Entornos informáticos: sistemas operativos, tiendas de aplicaciones, asistentes virtuales y aplicaciones”, en *La regulación de los servicios digitales*, dir. Montero Pascual, Tirant lo Blanch, 2024, pp. 349-406. Con carácter general, el 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 (Reglamento B2P), DOUE L 186/57-79, de 11.7.2019 trata de dar respuesta a las conductas desleales construidas a partir del desequilibrio de poder de negociación entre plataformas digitales y los usuarios profesionales que precisan el acceso a éstas para el desarrollo de parte de su actividad. En particular, su artículo 9 hace referencia al acceso a datos, estableciendo una serie de obligaciones de información que los operadores de las plataformas han de ofrecer a sus usuarios profesionales.

<sup>3</sup> El ejemplo más palmario es el de Alphabet, gigante que hasta la fecha ha perfeccionado más de 250 adquisiciones de empresas, algunas de ellas dirigidas claramente a hacerse con el control de una fuente relevante de datos, como fueron los casos de mergers con YouTube, DoubleClick, Android, Motorola Mobility, Fitbit o Waze. Vid. REGIBEAU, Pierre; LIANOS, Ioannis, “Digital Mergers: A Primer”, *Centre for Law, Economics and Society Research Paper Series* 3/2021; HOFFMANN, Jörg / JOHANNSEN, Germán O., “EU-Merger Control & Big Data On Data-Specific Theories of Harm and Remedies”, *Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper* No. 19-05, disponible en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3364792](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3364792); CHIRITA, Anca D., “Data-Driven Mergers Under EU Competition Law”, en *The Future of Commercial Law: Ways Forward for Harmonisation*, Linarelli, Akseli (eds.), Hart Publishing, Oxford, 2019, pp. 147-183.

Buena parte de los mencionados fallos de mercado debidos a una competencia imperfecta, a situaciones próximas a monopolios naturales y a la acaparación de recursos no admite fácil solución por los cauces generales del Derecho de la competencia. Por ello, se ha hecho preciso recurrir a la vía regulatoria, arbitrando obligaciones y prohibiciones sobre el uso y comercialización de los datos.

## 2. Un marco regulatorio asimétrico para un uso competitivo de los datos

El reparto del control sobre las fuentes de datos es muy irregular. Unos pocos gigantes conglomerados concentran las principales fuentes de obtención de datos mientras que otras empresas ven cómo la dificultad para acceder a datos suficientes y de calidad lastra sus posibilidades reales de éxito en el mercado. No resulta de extrañar que el mayor flujo cuantitativo y cualitativo de datos esté concentrado en manos de las grandes plataformas que han sido designadas como guardianes de acceso en aplicación del Reglamento de Mercados Digitales<sup>4</sup>. La solución regulatoria adoptada en la Unión Europea establece tres niveles graduales de obligaciones: las impuestas a los guardianes de acceso por su condición de tales, las derivadas de la regulación específica del Reglamento de Datos y las que pudieran resultar de prácticas comerciales desleales entre plataformas y usuarios profesionales.

### Obligaciones y prohibiciones relativas a los datos impuestas a los guardianes de acceso por el Reglamento de Mercados Digitales

El principal objetivo del RMD es el de implementar medidas para superar el principal fallo de mercado del sector digital: la consolidación de posiciones de dominio indisputables por parte de ciertas plataformas digitales. Para ello se establece un procedimiento de designación de plataformas como guardianes de acceso a las que se les somete a una serie de obligaciones y prohibiciones<sup>5</sup> dirigidas a potenciar la equidad en el funcionamiento de estos mercados y su disputabilidad (Schweitzer, 2021). El objetivo perseguido es doble. En sentido negativo, la regulación trata de frenar el incremento de poder de mercado de estas empresas que resulta de la concentración y combinación de datos. En sentido positivo, se trata de introducir obligaciones de portabilidad y de reconocer derechos de acceso a datos para permitir que potenciales rivales puedan participar en ellos, como requerimiento para abrir los mercados digitales a una competencia efectiva.

Entre las previsiones específicas del RMD para evitar que se puedan alcanzar posiciones de dominio indisputables basadas en los datos, destacan las prohibiciones del art. 5.2. Este pre-

---

<sup>4</sup> Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2022, 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), DOUE L-265/1-66, de 12.10.2022, en lo sucesivo RMD. Sobre el marco conceptual de la designación como gatekeepers nos remitimos a OLMEDO PERALTA, Eugenio, "Redefiniendo el ámbito de aplicación de la Ley de Mercados Digitales: ¿a quién? ¿cómo? y ¿para qué?", en *Nuevas tendencias en el derecho de la competencia y de la propiedad industrial III*, dirs. Tato Plaza, Costas Comesaña, Fernández Carballo-Calero, Torres Pérez, Marcial Pons, Madrid, 2022, pp. 87-115; de forma monográfica y más ambiciosa, PODSZUN, Rupprecht, *Digital Markets Act, Article-by-Article Commentary*, Nomos, 2024.

<sup>5</sup> Cfr. Arts. 5, 6 y 7 RMD.

cepto se dirige a evitar que los guardianes de acceso combinen y procesen datos personales de los usuarios sin su consentimiento, garantizando una mayor privacidad y autonomía en el uso de sus servicios. En primer lugar, se prohíbe el tratamiento de datos personales de usuarios finales que utilizan servicios de terceros con el objetivo de ofrecer publicidad en línea. También se restringe la combinación de datos personales obtenidos de distintos servicios básicos de la plataforma con aquellos procedentes de otros servicios adicionales proporcionados por el guardián de acceso o por terceros. Además, se impide el cruce de datos personales entre diferentes servicios de la misma empresa, incluyendo otros servicios básicos de plataforma. Y, por último, se prohíbe que el guardián de acceso imponga una obligación de iniciar la sesión de los usuarios finales en otros servicios del guardián de acceso para combinar datos personales.

Junto a ello, se imponen obligaciones positivas de compartir datos con los anunciantes y editores, debiendo proporcionarle a cada anunciante o editor que preste servicios de publicidad en línea (o a terceros autorizados) información diaria y gratuita sobre cada anuncio del anunciante en relación con distintos parámetros (precio y comisiones pagados, remuneración recibida por el editor, medidas a partir de las que se calculan precios, comisiones y remuneraciones)<sup>6</sup>.

En el ámbito de las relaciones entre la plataforma y usuarios profesionales de la misma, se impone al guardián de acceso la prohibición de utilizar ningún dato que no sea públicamente accesible generado o proporcionado por dichos usuarios profesionales en el contexto de su uso de los servicios básicos de plataforma pertinentes o de los servicios prestados junto con ellos o en apoyo de estos servicios, incluso los datos generados o proporcionados por los clientes de dichos usuarios profesionales<sup>7</sup>.

Para tratar de solucionar el cierre de mercado derivado del dominio y monopolización de datos, el RMD impone a los gatekeepers obligaciones de conceder acceso a datos y compartir información crítica, al mismo tiempo que reconoce ciertos derechos de portabilidad de datos. Así, los anunciantes y editores, o los terceros autorizados por ellos, tienen derecho a acceder de manera gratuita a los instrumentos de medición del rendimiento del guardián de acceso. También pueden disponer de los datos necesarios para realizar una verificación independiente del inventario de anuncios, lo que permite una mayor transparencia en el mercado publicitario. Los usuarios finales y los terceros autorizados han de poder ejercer su derecho a la portabilidad de los datos de manera efectiva y sin coste. Esto incluye tanto la información proporcionada directamente por el usuario final como los datos generados a partir de su actividad dentro del servicio básico de la plataforma. Los usuarios profesionales y los terceros que estos autoricen deben recibir acceso continuo, de calidad y en tiempo real a datos agregados o desagregados generados en el contexto del uso de los servicios básicos de plataforma. Este acceso incluye datos personales siempre que estén directamente relacionados con la interacción del usuario final con los productos o servicios del usuario profesional y que se haya dado consentimiento expreso para dicho intercambio. Las empresas proveedoras de motores de búsqueda en línea pueden acceder a datos sobre

---

<sup>6</sup> Cfr. Art. 5.9 y 10 RMD.

<sup>7</sup> Cfr. Art. 6.2 RMD.

clasificaciones, consultas, clics y visualizaciones generados por los usuarios en los motores de búsqueda en condiciones justas, razonables y no discriminatorias (FRAND). Cuando estos datos incluyan información personal, se aplicarán mecanismos de anonimización para garantizar la privacidad de los usuarios.

### *Obligación de informar sobre operaciones de concentración*

El control de concentraciones tradicional, basado en umbrales de facturación o cuotas de mercado, puede resultar insuficiente en el entorno digital, donde el valor competitivo de una empresa no siempre se refleja en estos parámetros cuantitativos. Esto puede generar un riesgo significativo de falsos negativos, al excluir del análisis operaciones que, pese a no superar los requisitos tradicionales de control, pueden restringir sustancialmente la competencia.

Para mitigar este riesgo, el artículo 14 del RMD amplía las obligaciones de notificación de concentraciones a los guardianes de acceso. Estos deberán informar a la Comisión Europea sobre cualquier operación en el sector digital que implique servicios básicos de plataforma o facilite la recopilación de datos, independientemente de que la transacción sea formalmente notificable según la normativa de control de concentraciones de la UE o de los Estados miembros. La notificación incluirá detalles sobre las empresas involucradas, su volumen de negocio global y en la Unión, la naturaleza de la operación y su posible impacto en los mercados afectados.

Sin embargo, la norma requiere una consideración crítica. Resulta importante advertir que este precepto impone el deber de notificación a la Comisión a efectos meramente informativos, pero no establece un verdadero procedimiento de control de la operación. Esto es, recibida la información, no se dispone que la Comisión Europea haya de entrar en un análisis sustantivo de la misma dirigido a determinar su compatibilidad con el funcionamiento del mercado y que implique la suspensión de la operación hasta su autorización. Si la concentración no alcanza dimensión comunitaria, la Comisión no desarrollará tales poderes. En cambio, sí se fija que la Comisión transmitirá la información recibida sobre la concentración a los Estados miembros para que sus autoridades de competencia –que someten el control de las operaciones de concentración a umbrales más reducidos– puedan utilizar dicha información para instruir los correspondientes procedimientos nacionales de control de la operación o para que, en su caso, puedan solicitar a la Comisión que examine la concentración, haciendo uso de la cláusula holandesa prevista en el artículo 22 del Reglamento 139/2004. Entiendo esta última opción más razonable por el potencial impacto que pueden producir estas concentraciones en el ámbito digital sobre el mercado europeo. Así, aunque inicialmente una operación de estas características pueda impactar exclusivamente sobre el mercado de algún Estado miembro, los productos o servicios digitales afectados por el servicio básico de plataforma tendrán una gran potencialidad para extender su ámbito de comercialización a otros territorios de la Unión sin necesidad de incurrir en grandes inversiones.

### **Obligaciones de acceso impuestas por el Reglamento de Datos (Data Act)**

Las obligaciones impuestas a los gatekeepers por el RMD pueden no ser suficientes para lograr un marco competitivo adecuado en el ámbito digital. Se hace preciso, también, arbi-

trar mecanismos que faciliten la disponibilidad de datos a empresas digitales que tienen una posición más modesta en el mercado, pero potencialidad para ejercer presión competitiva si disponen de los recursos suficientes para desarrollar su actividad en el mercado de forma eficiente. Para fomentar la innovación y la competencia efectiva, se ha de diseñar un régimen adecuado que facilite el acceso, la transferencia y el intercambio de datos, evitando su concentración en un número reducido de agentes. En última instancia, la consecución de este objetivo pasa por la creación de mercados de datos y el reconocimiento a los usuarios de derechos de acceso y portabilidad de datos.

Con este objetivo el 13 de diciembre de 2023 el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea adoptaron el Reglamento (UE) 2023/2854 sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización<sup>8</sup>. Este instrumento normativo forma parte de la Estrategia Europea de Datos<sup>9</sup>, cuyos principios fundamentales fueron esbozados en febrero de 2020 con el objetivo de construir un mercado único de datos y posicionar a Europa como un líder global en la economía digital. A tal fin, la estrategia contempla medidas para facilitar el acceso a datos, fomentar la creación de espacios de datos europeos y reforzar los derechos de acceso y portabilidad de datos generados por el uso de un producto conectado o de un servicio relacionado<sup>10</sup>. El proceso legislativo del Data Act ha estado acompañado de otras iniciativas regulatorias complementarias, como la aprobación del Reglamento de Gobernanza de Datos (*Data Governance Act*)<sup>11</sup>.

El Reglamento de Datos proporciona un marco legal para garantizar que las empresas que no son guardianes de acceso puedan acceder a datos generados por dispositivos, plataformas, aplicaciones y software en función del uso que hacen los usuarios (Lundqvist, 2023). Estos datos constituyen una de las principales fuentes de Big Data, y se encuentran bajo el dominio excluyente de las grandes plataformas. Su generación proviene tanto de productos y dispositivos conectados al Internet de las Cosas (IoT) o asistentes virtuales, como de servicios digitales relacionados, que incluyen cualquier servicio digital, como software, que esté integrado o interconectado con el producto, de manera que su ausencia impida el correcto funcionamiento de algunas de sus funcionalidades (Drexler, 2018).

Dado que el acceso a ellos es fundamental para poder competir tanto en el mercado primario como en mercados derivados, el Reglamento de Datos establece la obligación de que estos datos estén disponibles para los agentes económicos pertinentes y, cuando sea necesario, resulten también accesibles para organismos públicos con fines de interés general (Podszun, Offergeld, 2022). Para garantizar su disponibilidad y evitar prácticas exclusionarias, el Reglamento impone un conjunto de obligaciones y derechos de portabilidad que garantizan el acceso a estos datos en condiciones justas, razonables, no discriminatorias y transparentes

<sup>8</sup> DOUE L, 22.12.2023. En adelante, Reglamento de Datos.

<sup>9</sup> Comunicación de la Comisión Europea, *A European Strategy for Data*, COM(2020) 66 final.

<sup>10</sup> Se trata de facilitar el acceso a datos que se generan en la economía digital, bien mediante el uso de productos conectados (como pudieran ser los dispositivos de internet de las cosas, dispositivos móviles, altavoces inteligentes...) o de servicios relacionados (como tiendas de distribución de aplicaciones, redes sociales, motores de búsqueda online...).

<sup>11</sup> Reglamento (UE) 2022/868 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2022 relativo a la gobernanza europea de datos y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1724 (DOUE L, 3.6.2022).

(Habich, 2022)<sup>12</sup>. Asimismo, introduce medidas específicas para fomentar la reutilización de datos generados por el sector público con el objetivo de promover la innovación y facilitar el desarrollo de nuevos productos y servicios. Su regulación ha de alinearse con las normas sobre protección de datos, privacidad y seguridad, promoviendo un entorno de confianza que favorezca el uso y la transferencia de datos dentro de la economía digital.

La solución del Reglamento de Datos trata de corregir fallos del mercado relacionados con la acaparamiento de datos y el bloqueo de su uso por potenciales competidores. El tratamiento del problema previsto por el Reglamento pasa por el desarrollo de un mercado de datos eficiente en el que se facilite su intercambio y uso compartido (Olmedo, 2023). Para ello es necesario establecer un régimen contractual adecuado, así como la creación de pools de datos, es decir, repositorios privados o públicos que permitan la agregación, combinación y transferencia de datos entre diferentes actores del mercado (Picht, 2022).

El ámbito de aplicación del Reglamento de Datos abarca tanto los intercambios de datos entre empresas y consumidores (B2C) como entre empresas (B2B). Impone a los fabricantes y diseñadores de productos y servicios digitales la obligación de garantizar que los usuarios puedan acceder fácilmente a los datos generados por su uso, así como ejercer su derecho a la portabilidad de los datos a favor de terceros. Para ello, se establecen dos mecanismos clave. En primer lugar, se imponen obligaciones de información previa a la compra a los usuarios profesionales sobre el producto o servicio relacionado. Posteriormente, se reconoce el derecho de acceso y uso de los datos generados, otorgando a los usuarios la capacidad de compartir estos datos con terceros, ya sean particulares o empresas, sin retrasos ni costes. Las empresas receptoras de datos se comprometen a garantizar un uso justo y legítimo, tratándolos exclusivamente para los fines y bajo las condiciones pactadas con los usuarios, además de estar sujetas a una serie de restricciones<sup>13</sup>.

Estas normas han de interpretarse de forma conjunta con el RMD, en particular, en lo relativo a las obligaciones impuestas a las plataformas designadas como guardianes de acceso para garantizar una portabilidad efectiva de los datos generados (Vezzoso, 2020). Dado su especial poder de mercado, se prohíbe que los gatekeepers puedan beneficiarse del derecho a la portabilidad de datos previsto en Reglamento de Datos, que no los considera terceros

---

<sup>12</sup> Se añade así la exigencia de la transparencia a las clásicas obligaciones FRAND, en lo que podemos empezar a considerar como condiciones FRANDT o FRAND+. El requerimiento de la transparencia no es baladí, en tanto que resulta fundamental para tener un conocimiento de las condiciones económicas de los intercambios y reducir los costes de información en aras a permitir la construcción de mercados de datos.

<sup>13</sup> Previstas en el art. 6 del Reglamento, que establece que los datos que se pongan a disposición sólo podrán ser tratados para los fines y bajo las condiciones acordadas con sus usuarios. En particular, en el cumplimiento con las obligaciones de portabilidad y transferencia se prohíbe: ejercer coerción, engaño o manipulación sobre el usuario que afecte su autonomía o capacidad de decisión, ni utilizar interfaces digitales para inducir a tales comportamientos; usar los datos para la elaboración de perfiles individuales, salvo que sea estrictamente necesario para la prestación del servicio solicitado; compartir los datos con terceros en su formato original, agregado o derivado, salvo que sea imprescindible para la prestación del servicio; poner los datos a disposición de empresas que presten servicios básicos de plataforma, cuando alguna de ellas haya sido designada como guardián de acceso en virtud del Reglamento de Mercados Digitales; utilizar los datos para desarrollar productos que compitan con el producto del que se originan los datos ni compartirlos con terceros con dicho propósito; o impedir a los usuarios compartir los datos con otras partes mediante cláusulas contractuales restrictivas u otras barreras.

elegibles<sup>14</sup>. A resultados de esta exclusión, los guardianes de acceso tienen prohibido inducir o incentivar comercialmente a los usuarios, bajo cualquier modalidad, para que les otorguen acceso a datos obtenidos a través del ejercicio de su derecho de acceso y portabilidad. Tampoco pueden incentivar a los usuarios a solicitar al titular de los datos que los transfiera a sus servicios ni recibir datos previamente obtenidos por el usuario en el ejercicio de estos derechos.

El acceso a los datos regulado por este Reglamento no es, en términos generales, gratuito. Dado que la recopilación y el procesamiento inicial de los datos requieren inversiones significativas, su titular tiene derecho a recibir una compensación económica razonable por su puesta a disposición. No obstante, con el objetivo de evitar barreras de acceso a los pequeños operadores, se establece una limitación específica para las microempresas y pymes, de modo que la compensación exigible en estos casos no podrá superar los costes directamente asociados al proceso de provisión de datos.

Con todo, se aprecia otro obstáculo significativo para el adecuado funcionamiento contractual del mercado de datos. Y es que las relaciones comerciales entre los agentes titulares y demandantes de datos suelen producirse en contextos de desequilibrio de poder, lo que puede derivar en prácticas abusivas. Para mitigar estos riesgos, el Reglamento incorpora una serie de medidas destinadas a evitar abusos derivados de desequilibrios en el poder negociador, con un enfoque alineado con las normas de competencia desleal. En este sentido, se establece un listado de cláusulas contractuales consideradas abusivas cuando se imponen de manera unilateral a microempresas o pymes. Su ámbito de aplicación es restringido, pues protege exclusivamente a las pequeñas empresas. En los casos en que el desequilibrio de poder de negociación afecte a compañías de mayor tamaño, por ejemplo, cuando una gran empresa interactúa con una plataforma digital con estatus de gatekeeper, el control de posibles abusos se regirá por la normativa general sobre prácticas comerciales desleales.

En línea con la Directiva sobre prácticas comerciales desleales<sup>15</sup>, el Reglamento de Datos parte de una cláusula general prohibitiva, que considera abusiva cualquier disposición contractual que se aparte manifiestamente de las buenas prácticas comerciales en materia de acceso y uso de datos, y que contravenga los principios de buena fe y lealtad comercial. Y a partir de esta cláusula general, se introduce un doble listado de cláusulas abusivas: cláusulas negras –que siempre serán consideradas abusivas–<sup>16</sup> y cláusulas grises –cuya abusividad se presumirá salvo prueba en contrario–<sup>17</sup>.

Finalmente, para garantizar un flujo eficiente de datos en los mercados digitales no sólo se requiere un marco normativo sólido, sino también la eliminación de barreras técnicas que

<sup>14</sup> Así, el art. 5.3 del Reglamento prevé que «Ninguna empresa designada como guardián de acceso, de conformidad con el artículo 3 del Reglamento (UE) 2022/1925, podrá ser un tercero admisible (...)».

<sup>15</sup> Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo.

<sup>16</sup> Art. 13.4 Reglamento de Datos.

<sup>17</sup> Art. 13.5 del Reglamento.

puedan dificultar la movilidad de los datos. Para ello, el Reglamento promueve la creación de estándares sectoriales y el desarrollo de protocolos industriales, al objeto de conseguir una mayor interoperabilidad en el ecosistema digital. En esta labor, los intermediarios y servicios de procesamiento de datos en la nube desempeñan un rol clave en la configuración de un entorno que facilite el acceso, el intercambio y la movilidad de datos entre empresas. Con ello se trata de eliminar cualquier barrera material que pueda obstaculizar el ejercicio efectivo del derecho de portabilidad de datos, permitiendo un ecosistema digital más abierto, interoperable y competitivo.

### **El Reglamento de Gobernanza de Datos**

Con el mismo objetivo de contribuir a la creación de un mercado de datos operativo, el Reglamento de Gobernanza de Datos dirige su regulación a facilitar el acceso y transferencia de datos en la Unión Europea, promoviendo la colaboración entre empresas, organismos públicos y otras entidades. Se trata, por tanto, de optimizar la reutilización de determinadas categorías de datos del sector público, regular la actividad de los intermediarios de datos y fomentar el uso altruista de la información mediante un sistema de registro voluntario. Además, introduce la creación del Comité Europeo de Innovación en Datos, encargado de supervisar la evolución del ecosistema de datos en la UE.

En el ámbito de las relaciones interempresariales, el Reglamento destaca por la regulación de los servicios de intermediación de datos, con el propósito de garantizar seguridad jurídica y estructurar normativamente la interacción entre titulares y destinatarios de datos. A través de este marco, se incentiva la creación de espacios y mercados de datos, así como la consolidación de brokers de datos y cooperativas de información. Los prestadores de servicios de intermediación están sujetos a restricciones específicas, incluyendo la prohibición de utilizar los datos con fines distintos a su mera transferencia a los usuarios finales. Para evitar prácticas comerciales restrictivas, se prohíben las cláusulas de *tying*, impidiendo que las condiciones contractuales, incluyendo las tarifas, dependan de la contratación de servicios adicionales del mismo proveedor o de empresas vinculadas.

Asimismo, la normativa impone obligaciones en materia de confidencialidad, interoperabilidad y equidad en la prestación del servicio. Los datos deben ofrecerse en formatos exportables y utilizables por distintos agentes, garantizando su accesibilidad. La prestación de servicios de intermediación debe efectuarse bajo criterios de transparencia, equidad y no discriminación, consolidando así un entorno normativo que fomente la eficiencia y competitividad del mercado de datos en la UE.

### **Regulación sobre transferencia de datos en las relaciones *Platform-to-Business* (P2B)**

Si descendemos al ámbito de las relaciones empresariales entre empresarios y plataformas se aprecia que las grandes plataformas digitales utilizan de ordinario su mayor poder negociador para imponer condiciones contractuales desequilibradas en sus contratos con usuarios profesionales que, en muchos casos, conducen a una captación abusiva de los datos generados por éstos en el desarrollo de su actividad. Para abordar esta situación, más allá de las

obligaciones específicas impuestas a los gatekeepers por el RMD y las obligaciones específicas del Reglamento de Datos, la regulación general de las relaciones comerciales entre plataformas digitales y los agentes que dependen de su intermediación recae en el Reglamento *Platform to Business* (P2B)<sup>18</sup>.

Este Reglamento tiene como finalidad garantizar la transparencia, equidad y capacidad de reclamación de los usuarios profesionales que utilizan servicios de intermediación digital, incluyendo plataformas en línea y motores de búsqueda, cuya función intermediadora impacta significativamente en la visibilidad y acceso al mercado de estos operadores. Su ámbito de aplicación complementa las disposiciones generales sobre lealtad comercial recogidas en la normativa comunitaria y nacional. Para cumplir sus objetivos, se establecen requerimientos de transparencia e información respecto a las condiciones contractuales impuestas por las plataformas a sus usuarios profesionales. Dada la relación de dependencia económica que se genera entre ambos, se introducen reglas específicas que regulan la restricción, suspensión y terminación de relaciones comerciales. Estas medidas obligan a las plataformas a justificar y comunicar con antelación suficiente cualquier decisión de rescisión contractual, con el fin de mitigar los riesgos de abuso de posición dominante y el efecto disuasorio que el temor a represalias podría generar en los usuarios profesionales.

Uno de los aspectos más relevantes en el ámbito de la intermediación digital operada a partir del procesamiento de datos es la clasificación de los usuarios profesionales en los resultados de búsqueda. En este sentido, el Reglamento obliga a las plataformas y a los motores de búsqueda a detallar en sus condiciones generales los criterios de posicionamiento y los factores que determinan la relevancia de los resultados. En los casos en que la clasificación pueda ser influenciada mediante compensaciones económicas, el intermediario deberá especificar con claridad los mecanismos de pago y los efectos de dicha influencia en la visibilidad de los resultados. Del mismo modo, el Reglamento también regula el trato preferente que las plataformas puedan otorgar a sus propios productos o servicios en detrimento de terceros. Aunque sus exigencias son menos estrictas que las del RMD, las plataformas que no hayan sido designadas como guardianes de acceso deberán explicar en sus condiciones generales cualquier diferenciación en el tratamiento de sus propios productos o los de determinados usuarios profesionales, justificando sus fundamentos económicos, comerciales o jurídicos. En caso de que la plataforma haya sido designada como gatekeeper (por ejemplo, Amazon, Google o Booking.com), se aplicarían restricciones adicionales, incluyendo la prohibición expresa del *self-preferencing*.

Por lo que respecta a los datos que se originan en un entorno de plataforma, el Reglamento incluye disposiciones que disciplinan el acceso que la plataforma pueda tener a los datos generados por los usuarios profesionales y consumidores en su relación con ésta. En particular, se impone a las plataformas y motores de búsqueda la obligación de explicitar en sus condiciones generales los términos en que acceden a dichos datos, incluyendo la naturaleza y tratamiento de los datos personales, la delimitación del acceso a datos derivados del uso de la plataforma y la identificación de los agentes que pueden acceder a esta información y con qué propósito.

---

<sup>18</sup> 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.

El Reglamento P2B abarca, además, otros aspectos clave de las relaciones contractuales entre plataformas y usuarios profesionales, incluyendo la regulación de cláusulas de exclusividad, la implementación de mecanismos internos de resolución de disputas, la obligación de someterse a procedimientos de mediación en caso de conflicto y la posibilidad de que asociaciones representativas y organismos públicos interpongan acciones judiciales para proteger los derechos de los usuarios profesionales. Del mismo modo, se promueve la adopción de códigos de conducta por parte de los proveedores de servicios de intermediación digital con el objetivo de reforzar la equidad en sus prácticas comerciales.

### 3. El Derecho de la competencia ante los datos

Las medidas regulatorias que acabamos de considerar prevén una solución *ex ante* a la aparición de los referidos fallos de mercado. Si la virtualidad de estas normas fuera perfecta, esto es, si se pudieran prever todas las situaciones conflictivas derivadas del uso de datos y la aplicación de las normas las solucionase de forma satisfactoria, se habría conseguido un mercado de datos de competencia perfecta. Siendo realistas, este nivel de perfección supera las posibilidades reales del legislador y de las agencias, por lo que sigue resultando imprescindible completar este enfoque con la aplicación *ex post* del Derecho de la competencia (Kerber, 2023). Por lo que respecta a las conductas restrictivas de la competencia, las autoridades antitrust deberán actuar ante dos tipos de infracciones de las empresas: de un lado, aquellas que restrinjan la competencia en el mercado de los datos y, de otro lado, aquellas conductas de empresas que basando su poder de mercado en un dominio relevante de datos o de fuentes de éstos, desarrollen conductas anticompetitivas en otros mercados conexos. El correcto control de operaciones de concentración entre empresas digitales resultará también crucial para el adecuado funcionamiento de los mercados vinculados con los datos.

La aproximación regulatoria trata de solucionar las situaciones más claras y radicales de usos de datos que pueden generar problemas de mercado, especialmente cuando las empresas que los acaparan son las grandes plataformas que merecen la calificación de guardianes de acceso. Para solventarlos, se imponen obligaciones de portabilidad y se conceden derechos de acceso (Krämer, Schnurr, 2022). Corresponde ahora considerar qué función ha de desempeñar en este ámbito el Derecho de la competencia en sentido tradicional.

#### Principales infracciones antitrust mediante el uso de datos

##### *Abuso de posición dominante*

El principal tipo de infracción antitrust que suele cometerse a partir del uso de datos es el desarrollo de conductas de abuso de posición de dominio, especialmente de carácter exclusionario. Son muchos los mercados en los que el acceso exclusivo a datos puede suponer una barrera de entrada que dificulte la competencia efectiva o en los que el acceso a determinadas categorías de datos suponga un recurso esencial (*essential facility*) para la competencia (Graef, 2026). La doctrina de los recursos esenciales tiene largo recorrido en la aplicación del Derecho de la competencia, coligiéndose con facilidad que las autoridades antitrust, ante este

tipo de infracciones, pueden imponer la obligación de compartir el recurso (los datos) si resulta indispensable para la competencia y no existen alternativas viables<sup>19</sup>.

Las empresas pueden utilizar anticompetitivamente los datos que acaparan para llevar a cabo conductas abusivas que pueden encuadrarse en distintas teorías del daño. Probablemente, la más típica sea la conducta excluyente de denegar el acceso a datos esenciales generados en el marco de un servicio de plataformas. Al impedirse conseguir datos imprescindibles para desarrollar una actividad competidora, esta negativa permite levantar una barrera de entrada difícilmente superable, consolidando el poder monopolístico de la plataforma. La gravedad de esta conducta ha llevado a que sea considerada por la vía regulatoria, tanto imponiendo obligaciones especialmente severas a los gatekeepers, como con carácter general en el Reglamento de Datos. Además de la negativa, también podrá ser abusiva la concesión de acceso a dichos datos sometida a tarifas excesivas o términos contractuales desequilibrados, de ahí la relevancia de garantizar que el acceso a los mismos se produzca en condiciones FRANDT.

Pero los datos también pueden utilizarse de forma abusiva por otras vías. Su procesamiento monopolístico o preferente por las plataformas que los controlan permiten llevar a cabo conductas de autopreferenciación o servir como base para un tratamiento discriminatorio de los competidores (Hernández, 2023) (Herrero, 2024) (Ruíz, 2021).

<sup>19</sup> En nuestra doctrina *vid.* CALVO CARAVACA, Alfonso L. / RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana, *La doctrina de las facilidades esenciales en derecho antitrust europeo*, Monografías de la Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución, núm. 6, La Ley, Madrid, 2012, esp. pp. 191 y ss.; VILLAR ROJAS, Francisco J., *Las instalaciones esenciales para la competencia: un estudio de Derecho público económico*, Comares, Granada, 2004, esp. pp. 13 y ss. En la jurisprudencia comunitaria, esta doctrina comenzó a fraguarse a partir del asunto *Commercial Solvents* –STJUE asuntos acumulados 6-7/73, Istituto Chemioterapico Italiano SpA y Commercial Solvents Corporation contra Comisión de las Comunidades Europeas, de 6 de marzo de 1974–. Le siguió a dicha sentencia el asunto *United Brands* –STJUE asunto 27/76, United Brands Company y United Brands Continental BV contra Comisión de las Comunidades Europeas, de 14 de febrero de 1978–, sobre la negativa de venta de plátanos por parte de una empresa dominante en la distribución de estas frutas; y el asunto *Télémarketing* –STJUE (Sala Quinta) asunto 311/84, SA Centre Belge d'Études de Marché –Télémarketing (CBEM) contra SA Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion (CLT) y SA Information Publicité Benelux (IPB), de 3 de octubre de 1985–, caso en el que el objeto del abuso era la negativa a la venta de tiempos de antena en la cadena de televisión RTL para el desarrollo de operaciones de marketing telefónico. El desarrollo jurisprudencial posterior pasaría por las sentencias STJUE asunto C-353/95 P, *Tiercé Ladbroke SA* contra Comisión de las Comunidades Europeas, de 9 de diciembre de 1997 (acceso a los derechos de retransmisión de carreras de caballos por parte de una casa de apuestas); asunto T-111/96, *ITT Promedia NV* contra Comisión de las Comunidades Europeas, de 17 de julio de 1998 (edición de guías telefónicas); asuntos acumulados T-374-388/94, *European Night Services Ltd (ENS), Eurostar (UK) Ltd*, anteriormente *European Passenger Services Ltd (EPS)*, *Union Internationale des Chemins de Fer (UIC)*, *NV Nederlandse Spoorwegen (NS)* y *Société Nationale des Chemins de Fer Français (SNCF)* contra Comisión de las Comunidades Europeas, de 15 de septiembre de 1998 (operación de servicios ferroviarios en el Canal de la Mancha); asunto C-636/01, *Flughafen Hannover-Langenhagen* contra *Deutsche Lufthansa AG* de 16 de octubre de 2003 (acceso a servicios de handling aeroportuario); STJCE asunto 238/87, *AB Volvo* contra *Erik Veng (UK) Ltd.*, de 5 de octubre de 1988; STJCE asuntos acumulados C-241/91 P y C-242/91 P, *Radio Telefis Eireann (RTE)* e *Independent Television Publications Ltd (ITP)* contra Comisión de las Comunidades Europeas, de 6 de abril de 1995; STJUE asunto C-418/01, *IMS Health GmbH & Co. OHG* contra *NDC Health GmbH & Co. KG*, de 29 de abril de 2004; STJUE (sala 6ª) asunto C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG v. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG y Mediaprint Anzeigenvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG.*, de 26 de noviembre de 1998; Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Gran Sala) asunto T-201/04, *Microsoft Copr.* contra Comisión de las Comunidades Europeas, de 17 de septiembre de 2007; o STJUE (sala 5ª) asunto C-170/13, *Huawei Technologies Co. Ltd* contra *ZTE Corp.* y *ZTE Deutschland GmbH*, de 16 de julio de 2015.

### *Prácticas colusorias*

Los datos pueden ser el objeto sobre el que se promuevan acuerdos anticompetitivos cuando su intercambio se produzca con el objetivo de restringir la competencia, particularmente mediante la limitación de la innovación o impidiendo la entrada en el mercado de nuevos competidores.

Una primera forma de colusión es la que se ejecuta a través de acuerdos de exclusividad y restricciones de acceso a datos. Las plataformas con un cierto poder de mercado pueden concertar acuerdos de exclusividad con proveedores de datos, impidiendo que estos puedan compartir información con competidores<sup>20</sup>. A modo de ejemplo, una plataforma digital que opere un Marketplace puede firmar acuerdos con proveedores de datos que le impidan compartir información con otras plataformas emergentes, limitando su capacidad de competir en igualdad de condiciones. Igualmente, en el ámbito de los dispositivos conectados que usan la tecnología de Internet de las Cosas, un fabricante de un determinado producto (por ejemplo, automóviles o electrodomésticos) puede acordar con un proveedor de software que los datos de sus dispositivos sólo sean accesibles a través de su propia plataforma, excluyendo a terceros que quieran ofrecer servicios complementarios. Con estas prácticas se impide la interoperabilidad y se limita la capacidad de terceros para desarrollar innovaciones sobre la base de los datos generados por los usuarios.

El intercambio de datos también puede utilizarse para coordinar estrategias de mercado. El acceso a grandes volúmenes de datos permite a las empresas monitorizar de manera más precisa las dinámicas del mercado. Especialmente peligrosos serán los intercambios de datos sobre clientes, precios o demanda con el objetivo de coordinar sus estrategias comerciales de forma tácita o explícita. Son ya numerosos los estudios sobre los riesgos derivados de la colusión algorítmica (Pastrana, 2024) (Díez, 2023) (Becerril, 2023) (Robles, 2018) o de los intercambios de datos en mercados oligopólicos, especialmente cuando la mayor transparencia ofrecida por los datos permita predecir y reaccionar a los comportamientos de los competidores (Olmedo, 2024).

Finalmente, las empresas pueden tratar de restringir la competencia limitando la portabilidad e interoperabilidad de datos, de modo que se dificulte la transferencia de datos entre empresas o plataformas. Además de la imposición de cláusulas contractuales que limiten la posibilidad real de transmisión de datos, este tipo de conductas puede llevarse a cabo de formas más sutiles como la falta de estandarización, cuando las empresas eviten adoptar estándares abiertos para el intercambio de datos, obstaculizando la capacidad real de los usuarios para migrar entre servicios (incluso en los casos en que tengan reconocido dicho derecho por normas como el Reglamento de Datos).

---

<sup>20</sup> Un ejemplo de ello es el (ya eliminado) acuerdo de exclusiva que hacía que el buscador web por defecto de Apple fuera Google. A través de él se impedía a los competidores de Google que sus motores fueran utilizados en la mayoría de uso de servicios de búsqueda web, pero, al mismo tiempo, se les impedía también acceder a fuentes de datos (historial de búsquedas) de los consumidores usuarios del sistema operativo IOS. La situación se replica en el Marketplace de Amazon, vid. los casos de la Comisión en los asuntos AT.40703, *Amazon – Buy Box* y AT.40462, *Amazon Marketplace*.

## Control de concentraciones

El control de concentraciones a nivel europeo y de los distintos Estados miembros se basa en umbrales de notificación determinados principalmente por el volumen de negocios de las empresas involucradas. Como hemos apuntado, este criterio puede ser insuficiente en mercados digitales y basados en datos, donde las empresas emergentes pueden tener un bajo volumen de negocio pero un alto valor estratégico debido a su acceso a grandes volúmenes de datos o a tecnologías innovadoras.

Este problema *de lege lata* ha sido puesto de manifiesto recientemente en la jurisprudencia del TJUE en la que se ha revelado que, bajo la configuración positiva actual del control de concentraciones, la Comisión Europea ve limitada su capacidad de actuación ante concentraciones con un efecto potencialmente significativo sobre la competencia pero que no superan los umbrales de notificación<sup>21</sup>. Ante esta situación las autoridades de competencia han empezado a considerar la necesidad de promover una reforma del régimen actual. Destaca la actuación de la *Autorité de la Concurrence* francesa que ha promovido una consulta pública para analizar una potencial reforma del marco de control de concentraciones, orientada a actualizar su papel en la prevención de infracciones basadas en datos<sup>22</sup>. Se parte de la identificación de operaciones de concentración que afectan la competencia pero que escapan al control debido a que las empresas adquiridas no alcanzan los umbrales de notificación, situación especialmente relevante en el contexto digital, donde grandes plataformas pueden adquirir startups con valiosos activos de datos antes de que alcancen una presencia de mercado significativa.

La primera opción que baraja la *Autorité de la Concurrence* es la de modificar los criterios que se emplean para someter a evaluación las concentraciones incluyendo elementos tanto cuantitativos como cualitativos. Esto permitiría a la autoridad analizar concentraciones que no cumplen con los umbrales cuantitativos de notificación pero que podrían afectar significativamente la competencia. En concreto, se prevé que la agencia podría solicitar la notificación de estas operaciones antes o inmediatamente después de su ejecución, dentro de un plazo determinado cuando se prevea que puede derivar de ella un efecto pernicioso para la competencia por sus efectos. Se altera así el carácter necesariamente previo del control de concentraciones.

Una segunda opción que considera la *Autorité* sería introducir un nuevo umbral de notificación obligatoria para empresas con antecedentes en materia de competencia. Ello implicaría la notificación obligatoria de cualquier operación de concentración cuando al menos una de las partes involucradas haya sido previamente sancionada o sometida a compromisos en control de concentraciones por la Comisión Europea o la *Autorité de la Concurrence*, sancionada por cualquier tipo de infracción de la normativa nacional o europea de la competencia o designa-

---

<sup>21</sup> STJUE de 3 de septiembre de 2024, asunto C-625/22-P, *Illumina/Grail* v. Comisión Europea. En ella se pone de manifiesto que la vía del art. 22 del Reglamento 139/2004, que permite a las autoridades nacionales de competencia remitir ciertas fusiones a la Comisión Europea, no puede ser utilizada cuando las autoridades nacionales no son competentes bajo su propio marco legal.

<sup>22</sup> *Autorité de la Concurrence, Consultation publique sur les modalités d'introduction d'un système de contrôle des concentrations susceptibles de porter atteinte à la concurrence et ne franchissant pas les seuils de notification en vigueur.*

da como gatekeeper bajo el Reglamento de Mercados Digitales. En este caso, el umbral se aplicaría sólo a las operaciones que pudieran afectar a mercados específicos previamente identificados en decisiones anteriores. Con ello se conseguiría prevenir que empresas con un historial previo de conductas anticompetitivas usen las concentraciones para consolidar su poder de mercado y restringir la competencia en sectores estratégicos<sup>23</sup>.

La tercera opción planteada sería mantener el enfoque normativo actual, pero fortaleciendo la aplicación de las normas de competencia posterior a la operación. Bajo esta opción, no se ampliaría el poder de revisión de las concentraciones, sino que se reforzaría la aplicación de las prohibiciones de abuso de posición de dominio y de prácticas colusorias después de que las operaciones concentrativas hayan tenido lugar. Ello llevaría a un mayor control de los posibles abusos de posición dominante o acuerdos anticompetitivos que se implementen como efectos unilaterales de la concentración. Con todo, esta medida podría ser menos efectiva, ya que implicaría una intervención de la autoridad sólo cuando el daño a la competencia ya se hubiera consumado.

## Remedios

Al igual que se pretendía con las soluciones regulatorias, cuando las autoridades de competencia aborden las restricciones derivadas del uso de datos, promoverán la adopción de remedios que faciliten el acceso a datos por parte de los competidores o que permitan eliminar los obstáculos que dificulten injustificadamente su acceso o utilización.

Desde la perspectiva punitiva, las decisiones sancionadoras que adopten las autoridades de competencia deben resultar suficientemente disuasorias, consistiendo en multas de cuantía lo suficientemente elevada como para representar el daño real infligido a la competencia. Pero más relevantes serán los remedios que se impongan en las decisiones para poner fin a los problemas de competencia detectados y promover el funcionamiento competitivo del mercado (Lancieri, 2021).

Con carácter general, las decisiones en estos asuntos han de imponer obligaciones de transparencia, disponiendo que las empresas implicadas hayan de informar sobre los términos en los que comparten datos con terceros y eviten restricciones injustificadas. En este plano informativo, también se puede imponer la monitorización de los datos compartidos, exigiendo a las empresas que mantengan registros detallados sobre el acceso y uso de datos para prevenir prácticas colusorias.

En cualquier caso, parece claro que los remedios más efectivos serán los relativos a la portabilidad de datos y a su interoperabilidad<sup>24</sup>. Así, las autoridades de competencia han de exigir a las empresas que permitan la portabilidad de datos entre servicios y que adopten estándares abiertos para la interoperabilidad. Entre estas actuaciones pueden destacar el establecimien-

---

<sup>23</sup> Una propuesta más radical sobre esta opción consistiría en introducir una prohibición preventiva de las concentraciones verticales que puedan resultar en la toma de control sobre una fuente importante de datos. *Vid.* KHAN, Lina M., "Amazon's Antitrust Paradox", *The Yale Law Journal*, 126, 2017, p. 792.

<sup>24</sup> Un magistral análisis de estas medidas desde la *theory of the firm* es ofrecido por HOVENKAMP, H., "Antitrust Interoperability Remedies", *Columbia Law Review Forum*, 123, 2023, pp. 1-36.

to de interfaces de programación de aplicaciones (APIs) abiertas, requiriéndose que las grandes plataformas concedan acceso a APIs estándar para facilitar la transferencia de datos. Igualmente, se deben imponer obligaciones de neutralidad en el acceso a datos, de modo que se impida que las plataformas favorezcan sus propios servicios restringiendo el acceso a los datos de los usuarios. La apertura de los mercados a la competencia pasa por la existencia de una verdadera libertad de circulación de datos, construida a partir de derechos de portabilidad y canales simples para la migración de datos. Para conseguirlo es preciso imponer a las grandes empresas dominantes de datos la obligación de permitir la transferencia segura y sencilla de datos entre servicios competidores.

Ante conductas abusivas, los remedios han de dirigirse a evitar que las empresas que acaparan datos continúen concentrándolos. Entre las medidas que se han propuesto destacan las obligaciones de estanquidad, mediante la construcción de silos de datos y la prohibición de combinación de datos procedentes de distintas fuentes. Esta medida se topa con el problema de la facilidad de eludir la prohibición y buscar alternativas técnicamente viables que permitan la combinación de datos de forma subrepticia.

También se ha propuesto el establecimiento de un tiempo máximo durante el cual se admite la conservación de datos, remedio que tampoco consideramos idóneo puesto que a la postre limita que los datos puedan crecer cumulativamente, restringiendo de forma general la creación de un recurso que pudiera resultar en una mayor innovación en el mercado.

Las soluciones basadas en la división de empresas (*break up*) tampoco pueden resultar la panacea, ya que de su implementación puede derivar la paradoja de la estrella de mar: las partes resultantes de la división pueden mantener la inercia acaparativa de los datos y mantener el problema<sup>25</sup>.

En el caso de las concertaciones, las autoridades de competencia pueden adoptar medidas concretas para evitar que las operaciones restrinjan más las posibilidades de acceso a datos. En concreto, se puede imponer a las empresas participantes en la operación la obligación de permitir el acceso a ciertos conjuntos de datos a terceros potenciales competidores.

Como cuestión de política legislativa debería considerarse particularmente la posibilidad de bloquear adquisiciones estratégicas, de modo que se prohíba que empresas con gran poder de mercado puedan comprar startups innovadoras o con gran potencialidad para captar datos con el único objetivo de eliminar la competencia potencial que pudieran suponer (*killer acquisitions*).

## Bibliografía

- BAKER, Jonathan B., *The Antitrust Paradigm: Restoring a competitive economy*, Harvard University Press, 2019.
- BECERRIL FERNÁNDEZ, Ester, "Colusión algorítmica: análisis y propuesta legislativa", *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, 33, 2023.

<sup>25</sup> En la doctrina una excepcional aportación sobre eventuales –y originales– remedios ante infracciones de la competencia derivadas de los datos es ofrecida por GAL, Michal S. y

- CALVO CARAVACA, Alfonso L. / RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana, *La doctrina de las facilidades esenciales en derecho antitrust europeo*, Monografías de la Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución, núm. 6, La Ley, Madrid, 2012.
- CHIRITA, Anca D., "Data-Driven Mergers Under EU Competition Law", en *The Future of Commercial Law: Ways Forward for Harmonisation*, Linarelli, Akseli (eds.), Hart Publishing, Oxford, 2019, pp. 147-183.
- DÍEZ ESTELLA, Fernando, "La colusión algorítmica: dificultades y retos de su regulación antitrust", *Comunicaciones en propiedad industrial y Derecho de la competencia*, 100, 2023, pp. 285-301.
- DREXL, Josef, "Data Access and Control in the Era of Connected Devices", *Study on behalf of the European Consumer Association BEUC*, 2018.
- GAL, Michal S.; PETIT, Nicolas, "Radical Restorative Remedies for Digital Markets", *Berkeley Technology Law Journal*, 36(2), 2021, pp. 617-674.
- GRAEF, Inge, *Data as Essential Facility: Competition and Innovation on Online Platforms*, PhD Thesis, KU Leuven, 2016.
- HABICH, Erik, "FRAND Access to Data: Perspectives from the FRAND Licensing of Standard-Essential Patents for the Data Act Proposal and the Digital Markets Act", *IIC*, 53, 2022, pp. 1343-1373.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Francisco, "Integración vertical y self preferencing en los mercados digitales", en *Cooperación y mercados digitales*, Dir Ruiz Peris, Estevan de Quesada, Atelier, 2023, pp. 241-258.
- HERRERO SUÁREZ, Carmen, "Posibilidades jurídicas de actuación frente al self-preferencing. ¿Un escenario nuevo par aun conflicto de intereses clásico?", en *Derecho digital y mercado*, Dir. Carbaljo Cascón, Curto Polo, Tirant lo Blanch, 2024, pp. 177-203.
- HOFFMANN, Jörg; JOHANNSEN, Germán O., "EU-Merger Control & Big Data On Data-Specific Theories of Harm and Remedies", *Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper* No. 19-05.
- HOVENKAMP, H., "Antitrust Interoperability Remedies", *Columbia Law Review Forum*, 123, 2023, pp. 1-36.
- KERBER, Wolfgang, "Data Act and Competition: An Ambivalent Relationship", *Concurrences*, 1/2023, pp. 30-36.
- KHAN, Lina M., "Amazon's Antitrust Paradox", *The Yale Law Journal*, 126, 3, pp. 710-805.
- KRÄMER, Jan; SCHNURR, Daniel, "Big Data and Digital Markets Contestability: Theory of Harm and Data Access Remedies", *JCL&E*, vol. 18, 2, pp. 255-322.
- LANCIERI, Filippo; PEREIRA NETO, Caio M.S., "Designing Remedies for Digital Markets: The Interplay Between Antitrust and Regulation", *Journal of Competition Law and Economics*, 2021, pp. 613-669.
- LUNDQVIST, Björn, *Regulating Access and Transfer of Data*, Cambridge University Press, 2023.
- OLMEDO PERALTA, Eugenio, "Entornos informáticos: sistemas operativos, tiendas de aplicaciones, asistentes virtuales y aplicaciones", en *La regulación de los servicios digitales*, dir. Montero Pascual, Tirant lo Blanch, 2024, pp. 349-406.
- OLMEDO PERALTA, Eugenio, "Fallos en el mercado de intercambio de datos entre empresas (B2B9 y medidas para abordarlos desde la regulación y los remedios de competencia: una perspectiva europea de lege lata y de lege ferenda", *Revista Jurídica Digital UANDES* 7/2, 2023, pp. 30-59.
- OLMEDO PERALTA, Eugenio, "Redefiniendo el ámbito de aplicación de la Ley de Mercados Digitales: ¿a quién? ¿cómo? y ¿para qué?", en *Nuevas tendencias en el derecho de la competencia y de la propiedad industrial III*, dirs. Tato Plaza, Costas Comesaña, Fernández Carballo-Calero, Torres Pérez, Marcial Pons, Madrid, 2022, pp. 87-115.

- OLMEDO PERALTA, Eugenio, "The Creation of Data Pools as Information Exchanges: Antitrust Concerns", *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 17 (29), 2024, pp. 49-88.
- PASTRANA ESPÁRAGA, María, *Restricciones a la competencia mediante algoritmos*, 2024.
- PETIT, Nicolas, *Big Tech & the Digital Economy, the Moligopoly Scenario*, Oxford University Press, 2020.
- PETIT, Nicolas, "Radical Restorative Remedies for Digital Markets", *Berkeley Technology Law Journal*, 36(2), 2021, pp. 617-674.
- PICHT, Peter G., "Caught in the Acts: Framing Mandatory Data Access Transactions under the Data Act, further EU Digital Regulation Acts, and Competition Law", *Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 22-12*.
- PODSZUN, Rupprecht, *Digital Markets Act, Article-by-Article Commentary*, Nomos, 2024.
- PODSZUN, Rupprecht; OFFERGELD, Philipp, "The EU Data Act and the Access to Secondary Markets", *Study for the Ludwig-Fröhler-Institut für Handwerkswissenschaften*, 2022.
- REGIBEAU, Pierre; LIANOS, Ioannis, "Digital Mergers: A Primer", *Centre for Law, Economics and Society Research Paper Series 3/2021*
- ROBLES MARTÍN-LABORDA, Antonio, "Cuando el cartelista es un robot: colusión en mercados digitales mediante algoritmos de precios", *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, 38, 2018, pp. 77-103
- RUIZ PERIS, Juan Ignacio, "Gatekeepers, discriminación autopreferente exclusionaria y reforzamiento de la posición de dominio: La nueva propuesta europea de Digital Markets Act", en *Competencia en mercados digitales y sectores regulados*, dir. Martí Miravalls, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 29-64.
- SCHWEITZER, Heike, "The Art to Make Gatekeeper Positions Contestable and the Challenge to Know what is Fair: A Discussion of the Digital Markets Act Proposal", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, núm. 3, 2021, pp. 503-544.
- VEZZOSO, Simonetta, "The Dawn of Pro-Competition Data Regulation for Gatekeepers in the EU" *European Competition Journal*, 17(2), 2021, pp. 1-16.
- VILLAR ROJAS, Francisco J., *Las instalaciones esenciales para la competencia: un estudio de Derecho público económico*, Comares, Granada, 2004.

