



**UNIVERSIDAD DE CHILE**

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Económico

**“DERECHO DE LA COMPETENCIA Y BIG DATA: MODELOS DE MERCADOS CON  
DATOS PERSONALES”**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

**MANUEL FERNANDO ABARCA MEZA**

PROFESOR GUÍA:  
NICOLÁS ROJAS COVARRUBIAS

Santiago, Chile

2020

## Índice

Introducción	3
Big Data como un problema de competencia	7
Concepto y características del Big Data	7
Concepciones doctrinarias sobre Big Data	10
Big Data en la jurisprudencia de competencia	12
Casos más relevantes	13
Google/DoubleClick	13
TomTom/Tele Atlas	14
Facebook/WhatsApp	15
Microsoft/LinkedIn	18
Investigación contra Facebook en Alemania	20
Apple/Shazam	22
Uber/Cornershop en Chile	23
Conclusiones sobre el estado actual del análisis	25
Modelos de mercado de Big Data	27
Big Data como <i>input</i>	27
Características del mercado	27
Determinación del poder de mercado	28
Big Data como un <i>activo valorizable</i>	29
Características del mercado	29
Determinación del poder de mercado	30
Conductas analizables	32
Big Data como un producto indispensable	33
Características del mercado	34
Determinación del poder de mercado	36
Competencia por la calidad y la privacidad	36
Existencia de poder de mercado	38
Conductas analizables	40
Conductas exclusorias	41
Conductas explotativas	42
Análisis de los modelos de mercado	44
La importancia de los datos personales en sede de competencia dependerá del modelo de negocios de cada plataforma	44
Los problemas de competencia se generan cuando se confunde cada modelo de mercado	45
El tratamiento de los datos personales en sede de competencia corresponde a una opción institucional	46
Conclusiones	49

*“You are invisible now, you got no secrets to conceal”.*

Bob Dylan, “Like a Rolling Stone”, Premio Nobel de Literatura 2016.

## 1. Introducción

El Big Data es “*el petróleo del siglo XXI*”, tal como lo denominó un artículo de The Economist<sup>1</sup>. El control de Big Data de los usuarios otorga a las principales empresas tecnológicas, como Facebook, Google, Amazon y Apple (en adelante, indistintamente, “Gigantes Tecnológicos”) una ventaja competitiva que incide en varios mercados a la vez: Google “puede ver lo que las personas buscan, Facebook lo que comparten (y) Amazon lo que compran”<sup>2</sup>, en relación a los mercados de motores de búsquedas *online*, redes sociales y comercio electrónico (en adelante, “*e-commerce*”), respectivamente.

Para efectos de este trabajo, la expresión Big Data refiere, en general, al cúmulo de información que se recolecta masivamente mediante plataformas de internet respecto a características y comportamientos personales de sus usuarios. Estos datos, al ser recolectados y sistematizados, generan metadatos, esto es, “datos que versan sobre datos, información que un sistema computarizado usa para operar o información que es un producto de esa operación”<sup>3</sup>, que permite describir las acciones, gustos e intereses de los usuarios, a partir de la experiencia de uso en cada plataforma<sup>4</sup>. Esta información puede ser monetizable para la plataforma mediante la venta de publicidad. A diferencia de la publicidad física, estas plataformas “permite[n] a los avisadores identificar las inclinaciones [*bias*] de los usuarios y apelar directamente a ellas, en forma individual a cada uno”<sup>5</sup>, por lo que la publicidad suministrada será más atractiva para los usuarios, y más efectiva para los avisadores. De esta manera, mientras que para los usuarios el acceso a las plataformas es típicamente gratuito, los beneficios se obtienen a partir de la publicidad, beneficios que en este caso se ven notoriamente aumentados por la monetización de los datos personales.

Se ha discutido en los últimos años los problemas que generaría el Big Data en sede de competencia. Si para 2016 el estado del debate consistía en la discusión si el Big Data podría ser o no un problema de

---

<sup>1</sup> “The world’s most valuable resource is no longer oil, but data”, The Economist, edición impresa del 6 de mayo de 2017, disponible en: <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data> [consulta: 10 de octubre de 2018].

<sup>2</sup> *Ibid* (traducción libre).

<sup>3</sup> SCHNEIER, Bruce, “Data and Goliath: The Hidden Battles to Collect Your Data and Control Your World”, Nueva York: W. W. Norton & Company (2015), p. 20 (traducción libre).

<sup>4</sup> MCNAMEE, Roger, “Zucked: Waking Up to the Facebook Catastrophe”, Nueva York: Penguin Press (2019), p. 68.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 69.

competencia<sup>6</sup>, a partir de estudios de mercado realizados por autoridades de competencia<sup>7</sup> y una controversial investigación iniciada por la autoridad de competencia alemana contra Facebook<sup>8</sup>, la discusión ha cambiado radicalmente, existiendo relativo acuerdo en que el Big Data podría generar riesgos de coordinación<sup>9</sup> o exclusión de competidores (como se verá a lo largo de este trabajo). Sin embargo, todavía se discute si es que los Gigantes Tecnológicos gozan o no de poder de mercado en los eventuales mercados donde incidirían, y, por tanto, si son susceptibles de incurrir en conductas anticompetitivas unilaterales, o si fusiones relativas a estos actores podrían ser rechazadas.

Uno de los problemas relativo al análisis de problemas de competencia consiste en cómo traducir los datos personales en una variable competitiva relevante. Lo anterior es crítico a la hora de definir los mercados relevantes, constatar la posición dominante de los actores, y determinar la teoría del daño y los efectos anticompetitivos de la conducta. Pareciera que, en casos de Big Data y Gigantes Tecnológicos, las categorías clásicas de competencia no permitirían analizar totalmente las variables en juego. Hasta hoy, autoridades de competencia y académicos han realizado diversos intentos para definir estas cuestiones en casos donde los datos personales tienen presencia significativa. Sin embargo, no existe una línea continua, ni mucho menos consenso en cómo hacerlo. Las consecuencias prácticas de esta disparidad de criterios saltan a la vista: en caso de considerar a los datos personales como “marginales” en relación al modelo de negocios de las plataformas, difícilmente su control masivo podría generar riesgos anticompetitivos. Por tanto, puede surgir el riesgo de “falsos negativos”, esto es, la absolución o no persecución de conductas anticompetitivas<sup>10</sup>.

Así ocurrió con la fusión entre Facebook y WhatsApp en 2014. En dicha oportunidad, la Comisión Europea aprobó en forma pura y simple la fusión, determinando que no existía riesgo de que los datos personales de ambas aplicaciones (en adelante, “aplicaciones”) se combinaran para aumentar las utilidades de Facebook. Esa conclusión se basó en que dicha combinación requería, entre otros elementos, el consentimiento de parte de todos los usuarios tanto de Facebook como de WhatsApp, cuestión

---

<sup>6</sup> TUCKER, Darren S. y WELLFORD, Hill B., “Big Mistakes Regarding Big Data”, The Antitrust Source, American Bar Association (2014).

STUCKE, Maurice E., y GRUNES, Allen P., “No mistake about it: The important role of Antitrust in the Era of Big Data”, The Antitrust Source, Online; University of Tennessee Legal Studies Research Paper N° 269 (2015).

<sup>7</sup> BUNDESKARTELLAMT y AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, “Competition Law and Data” (2016).

AUTORITAT CATALANA DE LA COMPETÈNCIA, “La economía de los datos. Retos para la competencia” (2016).

<sup>8</sup> “Bundeskartellamt initiates proceeding against Facebook on suspicion of having abused its market power by infringing data protection rules”, en Bundeskartellamt, 2 de mayo de 2016, disponible en: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/02\\_03\\_2016\\_Facebook.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/02_03_2016_Facebook.html) [consulta: 20 de noviembre de 2018].

<sup>9</sup> OECD, “Algorithms and Collusion: Competition policy in the digital age” (2017).

<sup>10</sup> HOVENKAMP, Herbert, “The Antitrust Enterprise: Principle and Execution”, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press (2005), p. 7.

técnicamente imposible según las compañías<sup>11</sup>. Sin embargo, en agosto de 2016, WhatsApp anunció que sí realizaría dicha combinación de datos, al menos parcialmente<sup>12</sup>. Ante esto, la Comisión Europea multó a Facebook por haber entregado información incorrecta o que indujo a error al momento de la notificación de la fusión<sup>13</sup>.

¿Habría sido distinta la decisión de aprobar la fusión de haberse tenido en cuenta el real peso de los datos personales en el modelo de negocios de ambas plataformas? ¿Se habría verificado este riesgo si se hubiera tenido en cuenta lo anterior? ¿Se puede aplicar el razonamiento tradicional en casos de Big Data? Responder a estas preguntas requiere preguntarse a su vez por cuán fuerte puede ser la presencia de datos personales en distintas plataformas digitales. Consecuentemente, mientras mayor sea su presencia y más significativa sea para cada modelo de negocios, más probable es que su control masivo pueda generar una ventaja competitiva para un actor que le otorgue poder de mercado, y por tanto, incentivos a realizar conductas anticompetitivas.

Para responder a estas preguntas, este trabajo pretende realizar una clasificación de los modelos de mercado utilizados o utilizables en casos de competencia que versen sobre Big Data, según la forma en que se ha incluido, ya sea en forma accesoria o significativa, la presencia de los datos personales en los determinados mercados. Para ello, en primer lugar, se analizará el concepto de Big Data y el estado actual de la doctrina y jurisprudencia de competencia en la materia. Luego, se presentarán tres categorías de mercados: (1) un modelo de mercado de Big Data como *input* o insumo, (2) un modelo de mercado de Big Data como *activo valorizable*, y (3) un modelo de mercado de Big Data como producto indispensable. En cada caso, se indicarán sus características propias, y los efectos de su aplicación en los casos actuales de competencia. Finalmente, se estudiarán sus ventajas y desventajas para determinar adecuadamente el poder de mercado de los actores involucrados y la aptitud objetiva de las conductas de estos para configurar un ilícito anticompetitivo.

---

<sup>11</sup> COMISIÓN EUROPEA, Case N° COMP/M.7217 – Facebook/WhatsApp (2014), para. 138.

<sup>12</sup> "Relaxing privacy vow, WhatsApp to share some data on Facebook", The New York times, 26 de agosto de 2016, disponible en: <http://www.nytimes.com/2016/08/26/technology/relaxing-privacy-vow-whatsapp-to-share-some-data-with-facebook.html> [consulta: 20 de noviembre de 2018]

<sup>13</sup> COMISIÓN EUROPEA, Case N° COMP/M.8228 – Facebook/WhatsApp (2017).

## 1. Big Data como un problema de competencia

### 1.1. Concepto y características del Big Data

A modo ilustrativo, el Big Data, dentro del ámbito digital y de internet, puede definirse como todas aquellas “bases de datos de tal magnitud que no pueden ser recolectadas, almacenadas, procesadas y analizadas por las clásicas herramientas de softwares de bases de datos”<sup>14</sup>. Desde el punto de vista técnico, el término Big Data incluye toda información obtenida desde distintos tipos de fuentes que es usada para distintos usos. Por ejemplo, información climática, información satelital o información médica<sup>15</sup>. En este sentido, uno de los tipos de Big Data consiste en los datos personales, esto es, información relativa a una persona, en general<sup>16-17</sup>. La nueva regulación europea sobre datos personales (“GDPR”) los define como “toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); [donde] se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona”<sup>18</sup>. En Chile, el Art. 2º g) de la ley 19.628, sobre Protección de la Vida Privada, define los “datos sensibles” como “aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual”. A modo de ejemplo, entre los datos personales recolectados por plataformas digitales se incluye “la ubicación de un usuario, su historial de búsquedas, las cosas que el usuario pone ‘me gusta’ en redes sociales como Facebook, canciones y videos que el usuario ha reproducido, el historial de compras en el *retail* y el contenido de publicaciones en blogs y de comentarios realizados online”<sup>19</sup>.

---

<sup>14</sup> MONOPOLKOMMISSION, “Competition Policy: The challenge of digital markets” (2015), p. 27.

<sup>15</sup> COMISIÓN EUROPEA, “La reforma de la protección de datos en la UE y los microdatos” (2016), disponible en: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/51fc3ba6-e601-11e7-9749-01aa75ed71a1/language-es/format-PDF> [consulta: 19 de julio de 2020], p. 1.

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> En adelante, y para efectos del presente trabajo, los conceptos de “Big Data” y “datos personales” serán usados indistintamente. Como se dijo anteriormente, existe una relación de género-especie entre el concepto de Big Data y de datos personales.

*Ibid.*

<sup>18</sup> Art. 4. 1) Reglamento (UE) 2016/679 del parlamento europeo y del consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos).

<sup>19</sup> COUNCIL OF ECONOMIC ADVISERS, EXECUTIVE OFFICE OF THE PRESIDENT OF THE UNITED STATES, “Big Data and differential pricing” (2015), disponible en: [https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/whitehouse\\_files/docs/Big\\_Data\\_Report\\_Nonembargo\\_v2.pdf](https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/whitehouse_files/docs/Big_Data_Report_Nonembargo_v2.pdf) [consulta: 20 de noviembre de 2018], p. 8 (traducción libre).

El Big Data se caracteriza típicamente por las denominadas “4 V’s”: volumen, velocidad, variedad y valor<sup>20</sup>. Con *volumen*, se refiere a que los datos personales son proporcionados en grandes cantidades por los usuarios al utilizar distintas plataformas digitales, típicamente motores de búsqueda, tiendas de *e-commerce* y redes sociales<sup>21</sup>. La *velocidad* de la obtención de estos datos se debe a la presencia de algoritmos que permiten recolectar en forma casi instantánea y en tiempo real la información<sup>22</sup>. Consecuentemente, la *variedad* del Big Data permite que una plataforma pueda obtener mayor valoración mediante la “fusión de datos”, esto es, “cuando los datos de diferentes fuentes son puestos en contacto entre sí”<sup>23</sup>, típicamente mediante la sistematización de los datos personales recolectados. Respecto al *valor* del Big Data, se apunta a que los datos personales recolectados, al ser sistematizados, pueden ser monetizados por medio de su uso para publicidad u otros fines (por ejemplo, para historiales de compra en *e-commerce*).

En términos económicos, la relación del Big Data con las plataformas digitales se genera dentro de la estructura de los mercados de dos lados. Bajo este modelo existe una plataforma “que provee bienes o servicios a dos grupos distintos de consumidores, que se necesitan el uno al otro en cierta manera, y quienes confían en la plataforma para que intermedie las transacciones entre ellos”<sup>24</sup>, donde el beneficio que obtiene la plataforma se obtiene internalizando las denominadas “externalidades de red indirectas” (*indirect network effects*), esto es, el beneficio que se obtiene en la medida que “más usuarios hacen el uso del producto o servicio (en este caso, la utilización de la plataforma) mejor o más atractivo a consumidores”<sup>25</sup>. A modo de ejemplo, una plataforma de *e-commerce* interconecta tanto al grupo de usuarios que acceden a la plataforma, como a los vendedores de productos (en adelante, “*sellers*”) que los ofrecen en ella. Desde el punto de vista del consumidor, la plataforma será más atractiva si existe una gran cantidad de productos disponibles para la venta. Viceversa, para un *seller* será más atractiva la plataforma si mediante la plataforma puede llegar a más clientes potenciales. Por su parte, la plataforma obtendrá beneficios al internalizar el valor agregado que genera la intermediación. Esta estructura de mercado permite que la plataforma pueda obtener beneficios cobrando solamente a un lado de la demanda para subsidiar u ofrecer gratuitamente el otro lado<sup>26</sup>. Así ocurre, por ejemplo, con los motores de búsqueda y las redes sociales, cuyo uso es gratuito para los usuarios, al no existir una contraprestación monetaria por el uso de estas plataformas.

---

<sup>20</sup> STUCKE, Maurice S. y GRUNES, Allen P., “Big Data and Competition Policy”, Oxford: Oxford University Press (2016), p. 17.

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> STUCKE y GRUNES (2016), p. 19.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 21 (traducción libre).

<sup>24</sup> EVANS, David S., “Two-Sided Market Definition”, en: ABA Section of Antitrust Law, MARKET DEFINITION IN ANTITRUST: THEORY AND CASE STUDIES, Forthcoming (2009), p. 4.

<sup>25</sup> SOKOL, D. Daniel y COMERFORD, Roisin E., “Does Antitrust Have a Role to Play in Regulating Big Data?”, en: Cambridge Handbook of Antitrust, Intellectual Property and High Tech, Cambridge University Press, Forthcoming (2016), p. 12.

<sup>26</sup> EVANS, *op. cit.*, p. 7.

En el caso de los datos personales, la interconexión se realiza al momento de que el usuario utiliza una plataforma digital que recolecta datos personales a partir de la experiencia de uso. Sin embargo, estas obtienen beneficios por la publicidad que ofrecen a los usuarios cuando estos ingresan a la plataforma. Esto se debe a que para los avisadores (*advertisers*), la plataforma será más atractiva si puede llegar a mayor cantidad de usuarios o puede diferenciar de mejor manera los distintos grupos de usuarios. Esto es facilitado e incentivado fuertemente por la presencia de datos personales<sup>27</sup>, ya que el control de estos permite que “las compañías puedan identificar y mejorar sus perfiles de usuarios, realizar un mejor seguimiento de sus actividades, preferencias y vulnerabilidades, y apuntarlos (*target*) de mejor forma con publicidad acorde a sus comportamientos”<sup>28</sup>, de tal forma que los anuncios publicitarios aparezcan en forma personalizada a cada usuario según los datos que aportó a la plataforma<sup>29</sup>, obteniendo finalmente esta beneficios mediante la venta de avisos dentro de la misma plataforma.

Enseguida, existe otro tipo de externalidad de red que se generan en mercados con Big Data, los denominados “*Feedback Loops*”. Desde el punto de vista del usuario, si una plataforma es capaz de atraer más usuarios, “puede recolectar mayor cantidad de datos personales de usuarios, trayendo consigo mejores percepciones sobre los consumidores y sus necesidades, que pueden ser usadas para aumentar la calidad, atrayendo incluso más usuarios” (“*User Feedback Loops*”)<sup>30</sup>. Desde el punto de vista de la plataforma, si esta atrae mayor cantidad de usuarios y recolecta más datos personales, está “en mejor posición para apuntar a usuarios y vender avisos publicitarios, por lo que (también) está en mejor posición de monetizar su plataforma y obtener beneficios que pueden ser invertidos en mejorar la calidad del servicio, permitiendo atraer a su vez más usuarios” (“*Monetization Feedback Loops*”)<sup>31</sup>. En condiciones competitivas, la cantidad de datos personales recolectados permitiría incluso separar la información irrelevante de la relevante para efectos de mejorar la experiencia de búsqueda o que pueda tener una connotación no necesariamente comercial (tales como opiniones políticas y creencias religiosas), de la información que sí debería ser utilizada para mejorar la experiencia de búsqueda<sup>32</sup>. De esta manera, los *feedback loops* aparecen como una forma de economía de escala que la plataforma puede aprovechar para aumentar el valor de los servicios que ofrece, de tal forma que permita aumentar el número de usuarios que ingresen a ella<sup>33</sup>.

---

<sup>27</sup> STUCKE y GRUNES (2015), p. 3.

<sup>28</sup> STUCKE y GRUNES (2016), p. 21-22 (traducción libre).

<sup>29</sup> MILLER, Akiva, “The Dawn of the Big Data Monopolists” (2017), disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2911567> [consulta: 20 de noviembre de 2018], p. 7.

<sup>30</sup> SOKOL y COMEFORD, *op. cit.*, p. 1148.-

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> COUNCIL OF ECONOMIC ADVISERS, EXECUTIVE OFFICE OF THE PRESIDENT OF THE UNITED STATES, *op. cit.*, p. 16.

<sup>33</sup> STUCKE y GRUNES (2016), p. 200.



Con todo, y como se verá más adelante, no es claro si el aprovechamiento de las externalidades de red indirectas, generadas por el control de datos personales, redunde en un incremento del bienestar del consumidor. En efecto, si bien estos pueden aumentar la calidad de los servicios ofrecidos por las plataformas, el fin último de estos servicios mejorados (típicamente personalidad personalizada) consistiría más bien en lograr la fidelización (*engagement*) de los usuarios, lo cual no necesariamente mejorará la experiencia de uso por parte de estos<sup>34</sup>.

## 1.2. Concepciones doctrinarias sobre Big Data

A nivel doctrinario, se ha debatido si los problemas relativos a Big Data en mercados digitales pueden ser materia del derecho de la competencia. Es conocida la discusión doctrinaria entre Darren S. Tucker y Hill B. Wellford contra Maurice Stucke y Allen Grunes: mientras los primeros aducían que el Big Data no era un problema de competencia. Según ellos, los datos personales no podían constituir un mercado, al no ser ofrecidos como producto, constituyendo únicamente un *input* dentro de los servicios que efectivamente se ofrecen<sup>35</sup>. Por el contrario, los segundos respondían apuntando a que en mercados con Big Data, donde los actores “incurren en costos significativos para recolectar, almacenar y analizar datos (como también que ofrecen servicios ‘gratuitos’ para recolectar datos), [estos] pueden tener fuertes incentivos para limitar el acceso de sus competidores a estas bases de datos, prevenir que otros puedan compartir las bases, y poder oponerse a políticas de portabilidad de datos que afecten su ventaja competitiva basada en datos”<sup>36</sup>, por lo que sí puede constituir un problema de competencia, clarificando las categorías y ampliando el análisis respectivo<sup>37</sup>.

Posteriormente, en 2016 Stucke y Grunes publicaron el libro “*Big Data and Competition Policy*”, donde profundizaron estas teorías, determinando que junto con las tradicionales externalidades de red (directas e indirectas) y *feedback loops*, existían otras externalidades (la escala de los datos personales que permite aumentar la calidad y el atractivo de la plataforma al recolectar más datos personales<sup>38</sup>, la variedad de datos que permite fortalecer los *feedback loops*<sup>39</sup>, y eventuales *spill-over effects* que pueden generarse en el atractivo recíproco que tiene la plataforma tanto para usuarios como para publicidad<sup>40</sup>), que pueden ser aprovechadas por plataformas con poder de mercado para mantener su dominancia, por medio de

---

<sup>34</sup> STUCKE, Maurice E. y Ezrachi, Ariel, “Competition Overdoes: How Free Market Mythology Transformed Us from Citizen Kings to Market Servants”, Nueva York: Harper Business (2020), p. 218-222.

<sup>35</sup> TUCKER y WELLFORD, *op cit.*, p. 11-12.

<sup>36</sup> STUCKE y GRUNES (2015), p. 3 (traducción libre).

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 6-7.

<sup>38</sup> STUCKE y GRUNES (2016), p. 170.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 186

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 189.

identificar prematuramente potenciales entrantes, estando en posición de adquirirlos o entorpecer su entrada utilizando los datos que posee<sup>41</sup>. Al mismo tiempo, otras teorías sugieren que el problema corresponde más bien a un asunto de opción institucional para abordar los problemas relativos en forma más eficiente, y que, dadas las complicaciones para subsumir el Big Data como materia de competencia, el *enforcement* debiera ser realizado a nivel de Derecho del Consumidor o de Protección de Datos Personales<sup>42</sup>.

Actualmente, los temas relativos a Big Data se enmarcan en el debate doctrinario sobre las teorías del “Movimiento Neobrandesiano” (o coloquial y más bien denostativamente, el movimiento “*Hipster Antitrust*”), el debate más importante en derecho de la competencia desde los años 70<sup>43</sup>. Este movimiento postula que la consolidación de monopolios y de mercados concentrados, especialmente en contextos digitales, se debe a que el actual *enforcement* de competencia utiliza el ya tradicional Estándar del Bienestar del Consumidor, propuesto por la Escuela de Chicago, y específicamente por Robert Bork en su célebre libro, “The Antitrust Paradox”.

Bork postula que el fin último del derecho de la competencia es “proteger los intereses de los consumidores, no protegiendo a pequeños competidores o el proceso competitivo en sí, pero tomando acciones directas contra decisiones ofensivas a estos, por ejemplo, requiriendo que actores dominantes deban reducir sus precios”<sup>44</sup> en dichos casos.

Aplicando ese estándar a las grandes compañías de hoy, no se analizan conductas eventualmente anticompetitivas contra otros actores del mercado, principalmente trabajadores, proveedores, innovadores y empresas independientes (pequeños competidores en general)<sup>45</sup>, ya que tales conductas, o bien disminuyen el precio final al consumidor (el cual en muchos casos ya es cero), o bien no tendrían el efecto de aumentarlo. De esta manera, estas conductas no merecerían un reproche en sede de competencia, obviando la creación de monopolios y el aumento de la concentración en los mercados.

---

<sup>41</sup> STUCKE, Maurice E. y GRUNES, Allen P., “Data-opolies” (March 3, 2017), en: *Concurrences* N° 2 (2017); University of Tennessee Legal Studies Research Paper N° 316 (2017), p. 7.

<sup>42</sup> SOKOL y COMMEFORD, *op. cit.*, p. 1157.

<sup>43</sup> “Amazon’s Antitrust Antagonist Has a Breakthrough Idea”, en *The New York Times*, 7 de septiembre de 2018, disponible en: <https://www.nytimes.com/2018/09/07/technology/monopoly-antitrust-lina-khan-amazon.html> [consulta: 20 de abril de 2019].

<sup>44</sup> WHISH, Richard y BAILEY, David, “Competition Law - Seventh Edition”, Oxford: Oxford University Press (2012), p. 20 y 196-197.

<sup>45</sup> KHAN, Lina, “The New Brandeis Movement: America’s Antimonopoly Debate”, en: *Journal of European Competition Law Practice*, Vol. 9 N° 3 (2018), p. 132.

Ante esto, este nuevo movimiento postula que es necesario analizar otras variables de competencia distintas al precio, tales como la calidad de los productos, la privacidad y la innovación<sup>46</sup>.

En el caso de los mercados donde incide el Big Data, el análisis del Movimiento Brandesiano sigue la misma línea: el análisis tradicional de la Escuela de Chicago no vería un problema de competencia, toda vez que el producto analizado es en principio gratuito (como en el caso de los mercados de motores de búsqueda y redes sociales). Además, los mercados relevantes no están definidos claramente<sup>47</sup>, por lo que no podría verificarse una teoría del daño basada en un eventual aumento de los precios, sino que únicamente en variables grises y que no merecerían mayor atención, tales como innovación y calidad. Se critica que el análisis tradicional “trivializaría” la relación entre el usuario y las plataformas digitales, ya que desconocería el hecho que desde el punto de vista del usuario, el uso de los datos personales por parte de terceros (en forma de publicidad) puede producirle un daño, por ejemplo, en forma de disminución de la privacidad en el caso de redes sociales<sup>48</sup>, o de disminución de la experiencia de búsqueda en el caso de los motores de búsqueda, al obtener el usuario resultados de búsqueda privilegiados arbitrariamente por el motor<sup>49</sup>, cuestiones que sí pueden ser significativas y que merezcan la atención de las autoridades de competencia, como para imponer remedios incluso estructurales contra los Gigantes Tecnológicos<sup>50</sup>.

### **1.3. Big Data en la jurisprudencia de competencia**

En paralelo al desarrollo doctrinario sobre el Big Data como un problema de competencia, en los últimos 10 años han existido distintos pronunciamientos de las autoridades de competencia sobre casos en donde el Big Data ha tenido mayor o menor relevancia.

Esta sección analiza los casos relativos a Big Data más relevantes en Europa, lugar donde ha tenido lugar el análisis más amplio y concreto de problemas relativos a datos personales y mercados digitales. En EE. UU., en cambio, hasta la fecha no ha existido un caso en donde el Big Data haya sido analizado como una variable competitiva propiamente tal, sino únicamente en forma tangencial<sup>51</sup>. Con todo, a la fecha de

---

<sup>46</sup> STUCKE, Maurice E. y EZRACHI, Ariel, “The Rise, Fall, and Rebirth of the U.S. Antitrust Movement”, en: Harvard Business Review (2017), disponible en: <https://hbr.org/2017/12/the-rise-fall-and-rebirth-of-the-u-s-antitrust-movement> [consulta: 20 de noviembre de 2017].

<sup>47</sup> STUCKE y GRUNES (2016), p 109.

<sup>48</sup> STUCKE y GRUNES (2015), p. 7.

<sup>49</sup> STUCKE y GRUNES (2016), p.117.

<sup>50</sup> LYNN, Barry, “Here’s How To Finally Fix Facebook”, en The Daily Beast, 16 de noviembre de 2018, disponible en: <https://www.thedailybeast.com/heres-how-to-finally-fix-facebook> [consulta: 20 de noviembre de 2018]

<sup>51</sup> “Exploring the contrasting views about Antitrust and Big Data in the U.S. and EU”, en Hogan Lovells, 27 de septiembre de 2018, disponible en: <https://www.hoganlovells.com/en/publications/exploring-the-contrasting-views-about-antitrust-and-big-data-in-the-us-and-eu> [consulta: 20 de abril de 2019].

este trabajo, la Antitrust Division del Departamento de Justicia estaría preparando una inminente demanda contra Google, por monopolizar el mercado de los motores de búsqueda, al privilegiar sus servicios propios en desmedro de competidores, que podría incluir un desarrollo sobre datos personales como fuente de poder de mercado<sup>52</sup>. Por su parte, la Federal Trade Commission estaría preparando una demanda contra Facebook por conductas anticompetitivas<sup>53</sup>. Si bien no es clara la teoría del caso a ser presentada, la investigación actual estaría incluyendo el hecho de haber adquirido más de 90 compañías en los últimos 15 años, incluyendo WhatsApp e Instagram, con el único fin de haber neutralizado potenciales competidores (“*Killer Acquisitions*”)<sup>54</sup>.

### 1.3.1. Casos más relevantes

En Europa, las autoridades de competencia han analizado operaciones de concentración, poniendo énfasis en riesgos verticales relativos a eventuales negativas de acceso a datos personales o bases de datos que pueden ser irreplicables, y riesgos horizontales respecto a si la adquisición de datos personales puede generar barreras de entradas artificiales que impliquen la exclusión de otros competidores<sup>55</sup>.

#### 1.3.1.1. Google/DoubleClick

El primer caso relativo a Big Data fue la fusión de Google con DoubleClick en 2008. Allí, la Comisión Europea analizó los efectos que podría tener la combinación entre el servicio de publicidad de Google (AdSense) y el servicio de intermediación de publicidad de DoubleClick, que permitía colocar avisos publicitarios en páginas web<sup>56</sup>. En particular, se analizó específicamente la posibilidad de que se produjeran efectos verticales exclusorios respecto a competidores del mercado de intermediación de avisos online<sup>57</sup>. A la fecha, Google contaba con una participación de mercado de 20-30% en el mercado

---

<sup>52</sup> “Justice Dept. Case Against Google Is Said to Focus on Search Dominance”, en The New York Times, 22 de septiembre de 2020, disponible en: <https://www.nytimes.com/2020/09/22/technology/justice-dept-case-google-search-dominance.html> [consulta: 2 de octubre de 2020].

<sup>53</sup> “FTC Preparing Possible Antitrust Suit Against Facebook”, en The Wall Street Journal, 15 de septiembre de 2020, disponible en: <https://www.wsj.com/articles/ftc-preparing-possible-antitrust-suit-against-facebook-11600211840> [consulta: 2 de octubre de 2020].

<sup>54</sup> “FTC Antitrust Probe of Facebook Scrutinizes Its Acquisitions”, en The Wall Street Journal, 1 de Agosto de 2019, disponible en: <https://www.wsj.com/articles/ftc-preparing-possible-antitrust-suit-against-facebook-11600211840> [consulta: 2 de octubre de 2020].

<sup>55</sup> DAVILLA, Marixenia, “Is Big Data a Different Kind of Animal? The Treatment of Big Data Under the EU Competition Rules”, en: Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 8 N° 6 (2017), p. 373.

<sup>56</sup> BROCKHOFF, Julia, JEHANNO, Bertrand, POZZATO, Vera, BUHR, Carl-Christian, EBERL, Peter, PAPANDROPOULOS Penelope, “Google/DoubleClick: The first test for the Commission’s nonhorizontal merger guidelines”, (2008) disponible en [http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2008\\_2\\_53.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2008_2_53.pdf) [consulta: 20 de noviembre de 2018].

<sup>57</sup> DAVILLA, *op. cit.*, p. 377.

de publicidad online en general, pero de un 60-70% en el mercado de publicidad en motores de búsqueda<sup>58</sup>.

En lo relativo a Big Data, la Comisión analizó si la agregación de los datos personales de Google con los de DoubleClick podía generar una ventaja irreplicable para otros competidores verticalmente integrados (tales como Yahoo! y Microsoft), que implicara su exclusión y posterior incentivo a aumentar los precios<sup>59</sup>. La Comisión descartó eventuales efectos de conglomerado, toda vez que “la combinación de datos sobre búsquedas con datos sobre el comportamiento de los usuarios que navegan en la web sigue estando disponible para un número de competidores de Google hoy en día”<sup>60</sup>, ya sea que los competidores recolecten ellos mismos datos personales o que los adquieran de terceros. Este argumento, sobre la gran disponibilidad de datos personales en internet, ha sido denominado, como se verá más adelante, “*Data is everywhere*”.

Esta fusión fue aprobada también en forma pura y simple por la Federal Trade Commission en EEUU, aduciendo que DoubleClick no tendría posición dominante, el mercado sería uno todavía en desarrollo y porque existiría competencia potencial<sup>61</sup>. Con todo, esta fusión ha sido fuertemente criticada, toda vez que le habría permitido a Google extender su posición dominante desde el mercado de motores de búsqueda hacia el mercado de publicidad online, sin que estos riesgos anticompetitivos hayan sido detectados por las autoridades de competencia<sup>62</sup>.

### 1.3.1.2. TomTom/Tele Atlas

Posteriormente, el mismo 2008, la Comisión analizó la fusión entre TomTom y Tele Atlas, donde la primera, productora de servicios de ubicación y navegación, adquirió a una de las principales bases de datos digitales de mapas. La Comisión determinó que existía un mercado relevante de bases de datos de mapas de navegación, distinto a las bases de datos de mapas comunes, debido precisamente a la existencia de datos personales recolectados de los usuarios que aumentaban el valor de estos<sup>63</sup>. En este sentido, la

---

<sup>58</sup> COMISIÓN EUROPEA, Case N° COMP/M.4731 – Google/DoubleClick (2008a), para. 108.

<sup>59</sup> *Ibid.*, para. 359.

<sup>60</sup> *Ibid.*, para. 365 (traducción libre)

<sup>61</sup> FEDERAL TRADE COMMISSION, carte de cierre de investigación “Proposed Acquisition of Hellman & Friedman Capital Partners V, LP (Click Holding Company) by Google Inc., File No. 071-0170”, 19 de diciembre de 2007, disponible en: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2007/12/071220google.pdf> [consulta: 2 de octubre de 2020].

<sup>62</sup> THE NEW YORK TIMES, “This Deal Helped Turn Google Into an Ad Powerhouse. Is That a Problem?”, 21 de septiembre de 2020, disponible en: <https://www.nytimes.com/2020/09/21/technology/google-doubleclick-antitrust-ads.html> [consulta: 2 de octubre de 2020].

<sup>63</sup> COMISIÓN EUROPEA, Case N° COMP/M.4852 – TomTom/Tele Atlas (2008b), para. 5.

irreplicabilidad de la posibilidad de generar una base de datos con estas características generaba una barrera de entrada a este mercado para grandes competidores digitales, tales como Google y Microsoft<sup>64</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, la Comisión Europea aprobó la fusión en forma pura y simple, aduciendo que no existía incentivo de TomTom para excluir a otros servicios de navegación. Se determinó que, si TomTom quisiera negar el acceso a la base de datos de mapas en este mercado, no podría recuperar esta pérdida en los beneficios obtenidos aguas abajo en el mercado de servicios de navegación<sup>65</sup>. La particularidad del caso radicó en que, si bien no existió un análisis pormenorizado sobre datos personales, la Comisión igualmente reconoció su relevancia al momento de la determinación de los modelos de negocios de las partes. Lo anterior, toda vez que “Tele Atlas competía (en su momento) para obtener una ventaja basada en datos personales respecto a competidores (o al menos para no tener una desventaja basada en datos)”<sup>66</sup>.

### 1.3.1.3. Facebook/WhatsApp

En 2014, la Comisión investigó el caso quizás más importante en materia de Big Data y competencia, la fusión entre Facebook y WhatsApp. En 2014, Facebook comunicó su intención de adquirir WhatsApp, en una de las fusiones de mayor valor monetario a la fecha<sup>67</sup>, con motivos tan disímiles como obtener acceso a las fotografías que los usuarios envían por WhatsApp<sup>68</sup>, o el interés de convertir a Facebook en una suerte de *metaplataforma*, en la cual pudieren converger distintas plataformas interoperables entre sí, disminuyendo los costos de transacción asociados<sup>69</sup>. A esa fecha, Facebook ya había adquirido Instagram, su otrora competidor en el mercado de redes sociales<sup>70</sup>, fusión que no fue analizada por la Comisión Europea, sino que por la autoridad de competencia británica. En dicha oportunidad, la Office of Fair Trading determinó que, respecto al mercado de publicidad online, ambas apps no serían competidoras actuales entre sí, sin existir competencia potencial entre las mismas en el corto plazo<sup>71</sup>.

---

<sup>64</sup> STUCKE y GRUNES (2016), p. 71.

<sup>65</sup> STUCKE y GRUNES (2016).

<sup>66</sup> *Ibid.*

<sup>67</sup> "Facebook Buying WhatsApp for \$19 Billion: Yup, It's a Deal of Historic Proportions", en Time, 19 de febrero de 2014, disponible en: <http://techland.time.com/2014/02/19/facebook-buying-whatsapp/?id=tl-main-lead> [consulta: 20 de noviembre de 2018].

<sup>68</sup> "Follow the photos: The real reason Facebook just paid almost 10% of its market cap for WhatsApp", Pando, 19 de febrero de 2014, disponible en: <https://pando.com/2014/02/19/follow-the-photos-the-real-reason-facebook-just-paid-almost-10-of-its-market-cap-for-whatsapp/> [consulta: 20 de noviembre de 2018].

<sup>69</sup> "Facebook's WhatsApp Acquisition Explained", Time, 20 de febrero de 2014, <http://time.com/8806/facebooks-whatsapp-acquisition-explained/> [consulta: 20 de noviembre de 2018].

<sup>70</sup> STUCKE y GRUNES (2016), p. 74.

<sup>71</sup> OFFICE OF FAIR TRADING, "Anticipated acquisition by Facebook Inc of Instagram Inc – ME/5525/12" (2012), disponible en: <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/555de2e5ed915d7ae200003b/facebook.pdf> [consulta: 2 de octubre de 2020].

La particularidad que revestía el caso consistía en que, “a diferencia de Facebook, WhatsApp no vendía espacio para publicidad o coleccionaba muchos datos personales de sus usuarios de la aplicación móvil”<sup>72</sup>. En efecto, mientras Facebook recolecta muchos tipos de información de parte de sus usuarios (información en el *timeline*, fotos, videos, mensajes de Facebook Messenger) para ofrecerlos posteriormente para publicidad, WhatsApp no alojaba información distinta que el número de teléfono del usuario y los mismos mensajes<sup>73</sup>, de tal manera que el análisis se centró en determinar eventuales riesgos anticompetitivos en los distintos mercados con presencia significativa de los datos personales que Facebook pudiera obtener de WhatsApp, esto es, “avisadores; con mayores precios; usuarios de aplicaciones de mensajería (con menor calidad, innovación y protección de la privacidad de su información); y eventualmente competidores que pueden ser privados de obtener escalas”<sup>74</sup>. De lo anterior la Comisión dedujo que no era necesario determinar un mercado relevante de información propiamente tal, en tanto que ni Facebook ni WhatsApp son competidores actuales ni potenciales en un eventual mercado de datos personales<sup>75</sup>.

La Comisión definió tres mercados relevantes distintos. En primer lugar, definió un mercado de servicios de comunicación entre consumidores. A este respecto, reconoció expresamente la existencia de externalidades de red indirectas, al constatar que “una red de mayor tamaño implica que es más probable que usuarios existentes estarán usando una aplicación de comunicación de consumidores, y que una red de mayor tamaño podrá permitirse mayores oportunidades para el descubrimiento y adquisición de contactos”<sup>76</sup>. En este sentido, estableció que Facebook Messenger (la app de mensajería de Facebook) y WhatsApp no eran competidoras cercanas<sup>77</sup>, toda vez que las características de cada una son distintas entre sí, especialmente en sus políticas de privacidad, ya que a diferencia de Whatsapp, Messenger sí recolecta datos personales de los usuarios para ofrecerlos posteriormente para publicidad<sup>78</sup>, y aun en caso que sí lo fueran, las características de cada app pueden ser igualmente ofrecidas por cualquier otra competidora<sup>79</sup>.

En el segundo mercado relevante, correspondiente a redes sociales, la Comisión determinó que ambas plataformas no eran sustitutas cercanas, nuevamente debido a la diferencia en los servicios y experiencias de uso ofrecidas<sup>80</sup>, aduciendo que los usuarios utilizan paralelamente ambas aplicaciones. En este sentido,

---

<sup>72</sup> STUCKE y GRUNES (2016), p. 75

<sup>73</sup> COMISIÓN EUROPEA (2014), para. 71.

<sup>74</sup> STUCKE y GRUNES (2016), p. 76.

<sup>75</sup> COMISIÓN EUROPEA (2014), para. 72.

<sup>76</sup> *Ibid.*, para. 88.

<sup>77</sup> *Ibid.*, para.- 107.

<sup>78</sup> COMISIÓN EUROPEA (2014), para. 102.

<sup>79</sup> *Ibid.*, para. 104.

<sup>80</sup> *Ibid.*, para. 153-158.

el único riesgo eventualmente verificable consistiría en la eventual integración de ambas aplicaciones, cuestión que tampoco se verificaría por el hecho de que la mayoría de los usuarios de WhatsApp usan a su vez Facebook, por lo que los beneficios obtenibles por los efectos de red “en términos de nuevos miembros a la red social serían mucho más limitados que la agregación de usuarios de WhatsApp a la base de datos de usuarios de Facebook”<sup>81</sup>.

Finalmente, en el mercado relevante de servicios de publicidad *online*, la Comisión se pronunció indirectamente sobre los datos personales como fuente de poder de mercado<sup>82</sup>. En efecto, como teoría del daño, Facebook podría “introducir publicidad personalizada en WhatsApp al analizar datos personales recolectados por WhatsApp de sus usuarios (y/o de usuarios de Facebook que son usuarios de WhatsApp al a vez)”<sup>83</sup>, de tal forma que Facebook pudiera aumentar su poder de mercado<sup>84</sup>.

Ante esto, la Comisión, junto con determinar que los temas de privacidad relativos a la mayor cantidad de datos personales alojados no corresponden a una materia de competencia<sup>85</sup>, estableció que dicho uso de datos personales sería inviable debido al aumento exponencial de costos que ello implicaría, ya que supondría “concentrar ambos servicios en una plataforma única”<sup>86</sup>, lo que conllevaría a su vez una modificación tanto en los perfiles como en el diseño de la plataforma misma. Respecto a lo primero, se requeriría eventualmente “que los perfiles de usuarios de WhatsApp realizaran match con sus perfiles en Facebook (o viceversa), lo que sería complicado sin la participación de los usuarios, en tanto que Facebook y WhatsApp utilizan distintos identificadores de usuario único: la identidad en Facebook y el número de teléfono, respectivamente”<sup>87</sup>. Respecto a lo segundo, la versión pública de la resolución sugiere que, a la fecha, Facebook no tenía intenciones de realizar dicha integración. Finalmente, y de manera sorprendente, la Comisión determina que aun en caso de producirse dicha integración, igualmente existiría “una gran cantidad de datos personales disponibles a lo largo de internet” que podrían ser usados para publicidad”<sup>88</sup>. En otras palabras, “*Data is everywhere*”.

Sin embargo, en 2016 Facebook sí realizó dicha integración, al realizar un cambio en sus políticas de privacidad, determinando que, salvo negativa expresa del usuario dentro de un plazo determinado, sus

---

<sup>81</sup> *Ibid.*, para. 162.

<sup>82</sup> STUCKE y GRUNES (2016), p. 77.

<sup>83</sup> *Ibid.*, p. 168.

<sup>84</sup> “En cualquier caso, incluso si la entidad fusionada comenzara a recolectar y usar datos personales de los usuarios de WhatsApp, la transacción sólo implicaría preocupaciones en materia de competencia si es que la concentración de datos dentro del control de Facebook le permitiera fortalecer su posición en la publicidad”.

COMISIÓN EUROPEA (2014), para. 187.

<sup>85</sup> *Ibid.*, para. 164.

<sup>86</sup> *Ibid.*, para. 159 (traducción libre)

<sup>87</sup> *Ibid.*, para. 85.

<sup>88</sup> *Ibid.*, para. 189.



datos personales (números de teléfono y contenido de los mensajes) podrían ser usados en Facebook para publicidad, exactamente en los mismos términos que la Comisión adujo que no sería probable<sup>89</sup>. Ante esto, en 2017, la Comisión Europea decidió multarla con 55 millones de euros por haber suministrado negligentemente información incorrecta o confusa para la aprobación de la fusión<sup>90</sup>. Lo anterior, toda vez que, a la fecha de la fusión, “ya era técnicamente posible conectar los perfiles de los usuarios de distintas aplicaciones”<sup>91</sup>, tanto para el sistema operativo Android como iOS. Paralela y posteriormente, otras agencias también multaron a Facebook y/o WhatsApp por infracciones tanto al consumidor como a la regulación sobre datos personales<sup>92</sup>.

#### 1.3.1.4. Microsoft/LinkedIn

Otro caso relevante consistió en la fusión de Microsoft con LinkedIn, donde la Comisión analizó expresa y concretamente el control de datos personales como fuente de poder de mercado. En 2016, Microsoft anunció la compra de la plataforma por un valor de 26 mil millones de dólares<sup>93</sup>.

Entre los distintos mercados relevantes con presencia de Big Data, la Comisión definió un mercado propio de redes sociales profesionales. Estas plataformas corresponden a redes sociales “verticales”, ya que permiten la interconexión entre empleadores y trabajadores<sup>94</sup> con características propias, tales como la presencia de curriculum vitae, motor de búsqueda y alerta de ofertas de trabajo<sup>95</sup>, que no pueden ser sustituidas por otras redes sociales de uso cotidiano, como Facebook y Twitter<sup>96</sup>. Enseguida, la Comisión determina también un mercado de publicidad *online* en el que las partes participan, aun cuando no sean su giro principal<sup>97</sup>, distinguiendo si la publicidad se utiliza o no para búsqueda<sup>98</sup>. En este sentido, tanto Microsoft como LinkedIn compiten al ofrecer publicidad online no utilizada para búsquedas. Mientras Microsoft ofrece publicidad en sus propias páginas web<sup>99</sup>, LinkedIn la ofrece únicamente en su red social,

---

<sup>89</sup> COMISIÓN EUROPEA (2014) para. 185,

<sup>90</sup> COMISIÓN EUROPEA (2017), para. 1-4.

<sup>91</sup> *Ibid.*, para. 80.

<sup>92</sup> En mayo de 2017, la autoridad italiana de competencia multó a WhatsApp con 3 millones de euros por la misma conducta, pero como infracción al consumidor (nota de prensa disponible en: <http://en.agcm.it/en/media/detail?id=a6c51399-33ee-45c2-9019-8f4a3ac09aa1> [consulta: 20 de noviembre de 2018]).

<sup>93</sup> “Microsoft to acquire LinkedIn”, Microsoft News, 13 de junio de 2016, disponible en: <https://news.microsoft.com/2016/06/13/microsoft-to-acquire-linkedin/#sm.000zel4vg1ej0dczqla1lpm40tcqz#Pefv4oqa5F1pWyZh.97> [consulta: 20 de noviembre de 2018].

<sup>94</sup> COMISIÓN EUROPEA, Case N° M.8124 – Microsoft/LinkedIn (2016), para. 109-110.

<sup>95</sup> *Ibid.*, para.102.

<sup>96</sup> COMISIÓN EUROPEA (2016), para. 117.

<sup>97</sup> *Ibid.*, para.166.

<sup>98</sup> *Ibid.*, para. 161.

<sup>99</sup> *Ibid.*, para. 170.

por lo que su participación de mercado es mínima en comparación a los principales actores del mercado, Facebook y Google<sup>100</sup>.

Respecto al Big Data propiamente tal, la Comisión determina que el control de datos personales puede implicar riesgos anticompetitivos cuando los actores (1) puedan aumentar su poder de mercado en un mercado relevante hipotético de provisión de los datos personales recolectados, (2) puedan generar barreras de entrada artificiales en mercados donde los datos sean necesarios para competir, y (3) al combinarse las bases de datos, se elimine la competencia entre los actores por ellos<sup>101</sup>.

En la primera hipótesis, la Comisión descarta riesgos toda vez que ni Microsoft ni LinkedIn ofrecen los datos personales a terceros para publicidad online, a diferencia de Google y Facebook. En la segunda, y reiterando el criterio de Facebook/WhatsApp, señala que el riesgo se verá disminuido atendida la gran disponibilidad de datos que podrían ser recolectados en internet, por lo que los datos alojados en LinkedIn no pueden ser considerados como un insumo insustituible<sup>102</sup>. Finalmente, el tercer riesgo también es descartado dada la baja participación de ambos actores en el mercado de publicidad online<sup>103</sup>. En todos los casos, la Comisión tuvo en consideración que cualquier incentivo a utilizar los datos personales se encuentra condicionado a la regulación de protección de datos personales actualmente vigente (hoy, el Reglamento General de Protección de Datos, o GDPR), que atendiendo al caso puede “limitar la habilidad de Microsoft para tener acceso y procesar los datos personales de sus usuarios en el futuro, toda vez que las nuevas reglas fortalecerán los derechos existentes y empoderando a los individuos con más control sobre sus datos”<sup>104</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, la Comisión detectó riesgos anticompetitivos en el mercado de redes sociales profesionales, donde tras la fusión, Microsoft podría excluir a competidoras al preinstalar LinkedIn en los sistemas operativos de Windows y/o integrándola a Microsoft Office, pudiendo negar el acceso a terceros a los API de esta, condición a lo menos necesaria para competir<sup>105</sup>. Ante esto, las partes ofrecieron medidas conductuales de mitigación consistentes en asegurar que no obstaculizarán un eventual intento de un tercero de acceder a los datos personales alojados en Office o en otros servicios de Microsoft<sup>106</sup>. La fusión fue aprobada con esas condiciones.

---

<sup>100</sup> *Ibid.*, para. 171.

<sup>101</sup> *Ibid.*, para. 179.

<sup>102</sup> *Ibid.*, para. 375.

<sup>103</sup> *Ibid.*, para. 180.

<sup>104</sup> *Ibid.*, para. 178 (traducción libre).

<sup>105</sup> COMISIÓN EUROPEA (2016), para. 351.

<sup>106</sup> *Ibid.*, para. 449.

### 1.3.1.5. Investigación contra Facebook en Alemania

En 2016, la autoridad de competencia alemana (“Bundeskartellamt”) investigó a Facebook por abuso de posición dominante en el mercado de redes sociales. Se trató de una investigación novedosa y controversial, ya que imputó directamente el uso de los datos personales como un abuso explotativo contra sus propios usuarios<sup>107</sup>.

La resolución de inicio de la investigación se refería principalmente a las políticas de privacidad de Facebook en su relación con los usuarios, y si es que estas políticas, junto con constituir una eventual infracción a la protección de datos personales, podían constituir un abuso de posición dominante<sup>108</sup>.

De acuerdo a la autoridad de competencia, bajo condiciones competitivas, cada usuario tendría control absoluto de los datos personales que suministra a la red social, sin que esta información pudiera ser usada de forma distinta por la plataforma. Sin embargo, en el estado actual del mercado de redes sociales, donde Facebook detentaría una posición dominante, las políticas de privacidad de poca claridad y mucha laxitud podrían constituir un ilícito. Posteriormente, la resolución preliminar determinó un potencial abuso<sup>109</sup>: cuando un usuario utiliza aplicaciones y páginas web de terceros, en muchos de estos casos estas, o son de propiedad de Facebook (como WhatsApp o Instagram), o reconducen necesariamente a Facebook (por ejemplo, cuando en páginas web se permite iniciar sesión con la cuenta de Facebook)<sup>110</sup>. Todos estos datos son transferidos automáticamente a Facebook sin el consentimiento de los usuarios. Finalmente, en 2019, la Bundeskartellamt determinó que esta manera de recolectar datos personales constituía un abuso de posición dominante, toda vez que la obtención de estos datos, a partir de la propia plataforma, sus subsidiarias y terceras páginas, sin el consentimiento de los usuarios, en términos que, al ser un actor con posición dominante, Facebook “ofrece el uso de su servicio condicionado a que los usuarios cedan

---

<sup>107</sup> BUNDESKARTELLAMT, “Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources”, 7 de febrero de 2019, disponible en: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07\\_02\\_2019\\_Facebook.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html) [consulta: 20 de abril de 2019].

<sup>108</sup> BUNDESKARTELLAMT, “Bundeskartellamt initiates proceeding against Facebook on suspicion of having abused its market power by infringing data protection rules”, 2 de marzo de 2016, disponible en: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/02\\_03\\_2016\\_Facebook.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/02_03_2016_Facebook.html) [consulta: 20 de abril de 2019].

<sup>109</sup> BUNDESKARTELLAMT, “Preliminary assessment in Facebook proceeding: Facebook's collection and use of data from third-party sources is abusive, Bundeskartellamt, 19 de diciembre de 2017, disponible en: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2017/19\\_12\\_2017\\_Facebook.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2017/19_12_2017_Facebook.pdf?__blob=publicationFile&v=3) [consulta: 20 de noviembre de 2018]

<sup>110</sup> BUNDESKARTELLAMT, “Background information on the Facebook proceeding (2017), disponible en: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Diskussions\\_Hintergrundpapiere/2017/Hintergrundpapier\\_Facebook.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=6](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Diskussions_Hintergrundpapiere/2017/Hintergrundpapier_Facebook.pdf?__blob=publicationFile&v=6) [consulta: 20 de noviembre de 2018], p. 2.

a la compañía un permiso extensivo para procesar sus datos personales”, en la forma de condiciones de contratación injustas en sus términos y condiciones de uso<sup>111</sup>.

En el mercado de las redes sociales, Facebook gozaría de posición dominante tanto por su alta participación de mercado, por la presencia de externalidades de red indirectas, en la relación entre los usuarios y los servicios de publicidad que ofrece, que genera economías de escala en principio irreplicables para otros competidores<sup>112</sup>. En ese contexto, los usuarios no tienen incentivos para cambiarse de red social. De esta forma, la autoridad de competencia entiende que un actor dominante en este mercado debe tener un deber especial de cuidado consistente precisamente en mantener políticas de privacidad justas (“*fair trading conditions*” en los términos del Art. 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y la ley de competencia alemana)<sup>113</sup>, el cual se ve infringido al permitirse la transferencia de datos personales desde páginas de terceros hacia Facebook sin el consentimiento del usuario. Esta situación genera un daño tanto a los usuarios, que pierden el control de sus datos personales, como a potenciales competidores, al desincentivar el ingreso de los usuarios a otras redes sociales competidoras<sup>114</sup>. En este contexto, la jurisprudencia alemana entiende como un abuso de posición dominante explotativo la imposición de condiciones de contratación injusta (“*Konditionenmissbrauch*”), cuya teoría del daño subyacente no es reconocida a nivel del derecho europeo de la competencia<sup>115</sup>.

En enero de 2019, la Bundeskartellamt resolvió la existencia del abuso de posición dominante, ordenando, en tanto medida cautelar, a Facebook cambiar sus políticas de privacidad, debiendo requerir el consentimiento de los usuarios en dos situaciones. En primer lugar, cuando los datos personales sean combinados entre Facebook, Instagram y WhatsApp, al utilizar el usuario algunas de estas aplicaciones. En segundo lugar, cuando Facebook recolectara datos personales desde páginas web de terceros que tuvieran la opción de utilizar la cuenta de Facebook en ellas<sup>116</sup>.

En agosto de 2019, la Alta Corte Regional de Düsseldorf resolvió suspender el efecto suspensivo de la medida impuesta contra Facebook, toda vez que la Bundeskartellamt no pudo determinar, en su investigación, cómo deberían recolectarse datos personales en condiciones competitivas, no pudiendo

---

<sup>111</sup> BUNDESKARTELLAMT (2019).

<sup>112</sup> BUNDESKARTELLAMT (2017), p. 3.

<sup>113</sup> SCHNEIDER, Giulia, “Testing Art. 102 TFEU in the Digital Marketplace: Insights from the *Bundeskartellamt*’s investigation against Facebook”, en: *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 9 N° 4 (2018), p. 216.

<sup>114</sup> BUNDESKARTELLAMT (2017), p. 4.

<sup>115</sup> BOTTA, Marco, y WIEDEMANN, Klaus, “Exploitative Conducts in Digital Markets: Time for a Discussion after the Facebook Decision”, en *Journal of European Competition Law & Practice* Vol. 10 N° 8 (2019), p. 471.

<sup>116</sup> BUNDESKARTELLAMT, “Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources” 7 de febrero de 2019, disponible en: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07\\_02\\_2019\\_Facebook.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html) [consulta: 28 de octubre de 2019].

determinar, consecuentemente, una teoría del daño verosímil que justificara la decisión, sin que la conducta alegada haya implicado un daño efectivo a los consumidores<sup>117</sup>. Posteriormente, el Tribunal Federal de Justicia, tribunal superior alemán, revocó esta última resolución, determinando que no existían “serias dudas” (en la terminología de ley alemana<sup>118</sup>) ni sobre la posición dominante de Facebook ni sobre un abuso de esta<sup>119</sup>. Para la Corte, los términos y condiciones de Facebook privaban a los consumidores de la alternativa entre “(1) una red social altamente personalizada, que podría requerir, efectivamente, la recolección masiva de datos personales desde las tres fuentes [Facebook, apps de Facebook y páginas de terceros que utilizan las herramientas de inicio de sesión de Facebook], o (2) un servicio menos personalizado basado únicamente en los datos personales que los usuarios entregaban en Facebook.com”<sup>120</sup>. De esta manera, el tribunal superior habría dado a entender que la teoría del daño del abuso habría consistido en la disminución de la capacidad de opción para los consumidores<sup>121</sup>. Consecuentemente, Facebook debió cumplir la medida cautelar impuesta por la Bundeskartellamt. Con todo, la discusión sobre el fondo sigue estando radicada en la Alta Corte Regional de Düsseldorf.

### 1.3.1.6. Apple/Shazam

En septiembre de 2018, la Comisión Europea aprobó en forma pura y simple la fusión entre Apple y Shazam, una app de reconocimiento de música, con el fin de potenciar la app de *streaming* de música de la primera, Apple Music<sup>122</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, la resolución reconoce la influencia del Big Data en la industria de la música digital<sup>123</sup>, analizando los potenciales efectos que tendría el uso de los datos personales recolectados por ambos actores.

En primer lugar, respecto al mercado relevante de la publicidad online, en el segmento de publicidad *online* para fanáticos de la música<sup>124</sup>, la Comisión descarta el riesgo horizontal de que Shazam pueda

---

<sup>117</sup> ALTA CORTE REGIONAL DE DÜSSELDORF, sentencia de 26 de agosto de 2019, disponible en: “[http://www.olg-duesseldorf.nrw.de/behoerde/presse/Presse\\_aktuell/20190826\\_PM\\_Facebook/20190826-Beschluss-VI-Kart-1-19-V\\_.pdf](http://www.olg-duesseldorf.nrw.de/behoerde/presse/Presse_aktuell/20190826_PM_Facebook/20190826-Beschluss-VI-Kart-1-19-V_.pdf)” [consulta: 28 de octubre de 2019].

LAMADRID, Alfonso, “The Suspension of the Bundeskartellamt’s Facebook Decision- Part I: What the Order Actually Says”, 3 de septiembre de 2019, disponible en: <https://chillingcompetition.com/2019/09/03/the-suspension-of-the-bundeskartellamts-facebook-decision-part-i-what-the-order-actually-says/> [consulta: 28 de octubre de 2019].

<sup>118</sup> PODSZUN, Rupprecht, “Facebook @ BGH” (2020), disponible en: <https://www.d-kart.de/en/blog/2020/06/23/facebook-bgh/> [consulta: 2 de octubre de 2020].

<sup>119</sup> “Bundesgerichtshof bestätigt vorläufig den Vorwurf der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch Facebook”, Bundesgerichtshof, 23 de junio de 2020, disponible en: <https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/2020080.html> [consulta: 21 de julio de 2020].

<sup>120</sup> WITT, ANNE, C, “How Germany Managed to Outlaw Facebook’s Core Business Model”, 10 de julio de 2020, disponible en: <https://promarket.org/2020/07/10/how-germany-managed-to-outlaw-facebooks-core-business-model/> [consulta: 21 de julio de 2020].

<sup>121</sup> *Ibid.*

<sup>122</sup> COMISIÓN EUROPEA, Case N° M.8788 – Apple/Shazam (2018), para. 144.

<sup>123</sup> *Ibid.*, para. 64-69.

<sup>124</sup> *Ibid.*, para. 183.

aumentar su participación dado el control de más datos, por la prácticamente nula participación de mercado de esta en comparación con Google (controladora de YouTube y Google Play Music), y porque “otros actores de *streaming* de música digital recolectan y poseen bases de datos de fanáticos de la música disponibles en forma similar a Apple Music, (por lo que) eventualmente podrían asociarse con (otros) proveedores de servicios de publicidad”<sup>125</sup>.

Enseguida, respecto al mercado de aplicaciones de *streaming* de música, la Comisión analizó el acceso que tendría Apple, mediante Shazam, a información comercialmente sensible, consistente en datos personales de usuarios de plataformas de terceros que se encuentran a su vez alojadas en Shazam, como Spotify<sup>126</sup> y en general en aplicaciones de Android, el que podría usarse para aumentar su poder de mercado en el mercado de publicidad *online*<sup>127</sup>. Ante esto, la Comisión nuevamente reitera que la actual regulación sobre datos personales (GDPR) puede limitar y desincentivar el acceso a dichos datos<sup>128</sup>, y que el acceso a estos datos no se encuentra limitado ni a Shazam ni a Apple, pudiendo los competidores de Apple Music acceder a ellos<sup>129</sup>.

En suma, el mayor control de datos personales por parte de Apple no le otorgaría una ventaja competitiva significativa respecto a sus competidores en el mercado de *streaming* de música<sup>130</sup>, ya que estos datos no serían irreplicables, pudiendo otros competidores acceder a bases de datos similares<sup>131</sup>. Para este análisis, la Comisión, por primera vez, analiza el valor que pueden tener los datos personales a partir de las 4 V's características del Big Data, más arriba mencionadas, atendiendo que la variedad<sup>132</sup>, velocidad<sup>133</sup>, volumen<sup>134</sup> y valor<sup>135</sup> de los datos que aloja Shazam no los hace atractivos para el mercado de *streaming* de música, ya que estos datos son recolectados y alojados por las mismas aplicaciones de *streaming*<sup>136</sup>.

### 1.3.1.7. Uber/Cornershop en Chile

Finalmente, en Chile existió un pronunciamiento sobre los efectos en la competencia del control de datos personales, a propósito de la fusión de Uber (app de *delivery* de restaurantes y de transporte privado

---

<sup>125</sup> *Ibid.*, para. 184 (traducción libre).

<sup>126</sup> *Ibid.*, para. 200.

<sup>127</sup> *Ibid.*, para. 215.

<sup>128</sup> *Ibid.*, para. 225-228.

<sup>129</sup> Comisión Europea (2018), para. 248.

<sup>130</sup> *Ibid.*, para. 258.

<sup>131</sup> *Ibid.*, para. 317.

<sup>132</sup> *Ibid.*, para. 318.

<sup>133</sup> *Ibid.*, para. 322.

<sup>134</sup> *Ibid.*, para. 323.

<sup>135</sup> *Ibid.*, para. 324.

<sup>136</sup> *Ibid.*, para. 325.

remunerado de pasajeros) y Cornershop (app de *delivery* de supermercados y tiendas). La operación fue aprobada en fase 2 de investigación por parte de la Fiscalía Nacional Económica (en adelante, la “Fiscalía” o “FNE”). Esta fusión ha sido, muy probablemente, el caso de mercados digitales y Derecho de la Competencia chileno más importante a la fecha.

En la resolución de la FNE que dio inicio a la fase 2 de investigación, uno de los riesgos constatados consistió en el mayor control de datos personales a los que tendría acceso la entidad fusionada. En concreto, “atendido a que tanto Uber como Cornershop manejan diversa información de sus usuarios - relacionada con los pedidos que éstos realizan en sus plataformas- la agrupación de varios servicios en una sola plataforma podría aumentar la habilidad de la entidad fusionada para solicitar una mayor cantidad de datos personales a sus usuarios, *lo que podría significar un empeoramiento en los términos y condiciones de acceso a los servicios*”<sup>137</sup>. De esta manera, la Fiscalía habría constatado un eventual riesgo explotativo basado en la degradación de políticas de privacidad.

Sin embargo, en su informe de aprobación, la FNE descartó la existencia de riesgos tanto exclusorios como explotativos, relativos al control de datos personales por parte de ambas plataformas. Respecto a riesgos exclusorios, la FNE determinó que los supermercados, principales competidores de las partes, podían acceder a la misma escala de datos personales, al combinar la información obtenida de las plataformas digitales con la información de los consumidores en las tiendas físicas<sup>138</sup>. Respecto a riesgos explotativos, la FNE determinó que las partes no tendrían incentivos a degradar las políticas de privacidad, toda vez que no existirían los incentivos para concretar dicha conducta. Por un lado, las partes habrían podido obtener una cantidad marginal de datos personales, toda vez que “*por regla general, las bases de datos que construyen este tipo de plataformas sólo serían utilizadas para obtener mejoras tecnológicas y para prestar mejores servicios para los usuarios de las plataformas*”<sup>139</sup>. Por otro lado, si bien las políticas de privacidad típicas en el mercado no tendrían diferencias significativas entre los distintos actores<sup>140</sup>, los usuarios podrían cambiarse fácilmente entre plataformas, en caso que una ofrezca políticas de privacidad desfavorables.

Con todo, la FNE determinó que “una eventual estrategia anticompetitiva por parte de la entidad fusionada, respecto de esta materia, *no sería un riesgo inherente a la Operación, sino que emanaría de una condición*

---

<sup>137</sup> *Ibid.*, considerando N° 24 (énfasis propio).

<sup>138</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONOMICA, Informe de Archivo “Adquisición de Cornershop por parte de Uber Technologies, Rol FNE F217-2019” (2020), para. 267.

<sup>139</sup> *Ibid.*, para. 277 (énfasis propio).

<sup>140</sup> *Ibid.*, nota al pie N° 374.

*propia de los mercados en los que se desenvuelven las Partes* y que no se vería afectada de manera significativa por la adquisición de Cornershop por parte de Uber”<sup>141</sup>.

### 1.3.2. Conclusiones sobre el estado actual del análisis

En todos los casos anteriores (salvo el caso alemán de Facebook), el Big Data ha sido caracterizado ya sea como un insumo del producto ofertado por una plataforma que puede aumentar la calidad de este, por ejemplo, mejorando los resultados en el mercado de motores de búsqueda<sup>142</sup>, ya sea como un *activo valorizable*, que en ciertos casos puede ser monetizable al ser ofrecidos los datos personales a terceros<sup>143</sup>. Sin embargo, pareciera el control de grandes volúmenes de datos personales, por sí sólo, no podría constituir un mercado relevante, y por tanto, no genera riesgos anticompetitivos por su sola presencia<sup>144</sup>.

Lo anterior requiere preguntarse por cuán relevante es la presencia de datos personales en los modelos de negocios de las plataformas digitales. En principio, la recolección de datos personales permite generar externalidades de red indirectas que las plataformas pueden aprovechar, aun cuando ello no sea el principal giro de las empresas<sup>145</sup>. Debido a que los datos personales aumentan el valor que tiene el producto ofrecido por cada plataforma, el mero control de estos no merecerá mayor interés si su presencia se justifica en la medida que permite aumentar los beneficios de la plataforma en la lógica de los mercados de dos lados, esto es, facilitando la interacción entre ambos grupos de demandantes<sup>146</sup>. La consecuencia de esta interpretación radica en que los datos personales “sólo constituirían un producto intermediario, que no es vendido o transado, por lo que no existe demanda y oferta para el producto”<sup>147</sup>. En caso que los datos tuvieran cierta significancia, los eventuales riesgos han sido descartados atendiendo al no muy claro argumento del “*Data is Everywhere*”<sup>148</sup>, en cuanto esta ventaja competitiva no sería significativa, al ser replicable por otros competidores en mercados conexos.

Esta forma de análisis del Big Data en competencia se corresponde con las tesis doctrinarias donde los datos personales, o no son un problema de competencia, o no merecen atención, atendidas las

---

<sup>141</sup> *Ibid.*, para. 280 (énfasis propio).

<sup>142</sup> GIANNACCARI, Andrea, “The Big Data Competition Story: Theoretical approaches and the first enforcement series”, en: EUI Working Papers, European University Papers (2018), p. 3.

<sup>143</sup> GRAEF, Inge, “Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms”, en: World Competition: Law and Economics Review, Vol. 38, N° 4 (2015), p. 5.

<sup>144</sup> SALMELA, Elisa, “Commercial Use of Data and the Implications to Merger Control in Data Related Markets”, JAEM03 Master Thesis, Facultad de Derecho de la Universidad de Lund (2016), p. 24-25.

<sup>145</sup> STUCKE, Maurice E., “Should We Be Concerned About Data-opolies?”, en: 2 Georgetown Law Technology Review 275 (2018); University of Tennessee Legal Studies Research Paper N° 349 (2018), p. 283.

<sup>146</sup> MILLER, *op. cit.*, p. 9.

<sup>147</sup> GRAEF, *op. cit.*, p. 15 (traducción libre).

<sup>148</sup> DAVILLA, *op. cit.*, p. 9



características de los mercados donde inciden. En efecto, dentro de este razonamiento el análisis del Big Data presupone el hecho que entre los actores no existe una verdadera competencia por la obtención o venta de datos personales, por lo que no podría configurarse un mercado relevante de sólo datos personales<sup>149</sup>. A su vez, el argumento del “*Data is everywhere*” se corresponde con la caracterización del Big Data como un producto que es imitable, no escaso, no valorable y por tanto sustituible<sup>150</sup>, de tal forma que la única ventaja competitiva significativa que los datos personales podrían otorgar consistiría en mejorar el producto ofrecido por la plataforma, y no por el solo control de los datos<sup>151</sup>.

En suma, el estado jurisprudencial actual pareciera considerar al Big Data únicamente como una variable accesoria al análisis que se realiza en mercados digitales con presencia significativa de datos personales, donde los eventuales riesgos anticompetitivos deben verificarse en relación con el producto ofrecido a partir de los datos personales y no a partir de los datos personales en sí.

Con todo, esta interpretación pareciera desconocer una parte importante del modelo de negocios de tanto los Gigantes Tecnológicos como de los mercados digitales en general. En efecto, si bien en algunos casos, los datos personales constituyen únicamente un valor agregado al producto principal ofrecido (por ejemplo, en el caso de Smart TV, donde el uso de datos personales permitiría mejorar la experiencia de uso, e incluso en determinados casos, rebajar el precio del hardware<sup>152</sup>), en el caso de los motores de búsqueda y redes sociales, los datos personales sí constituyen la principal fuente de beneficios, los cuales han sido efectivamente transados, regalados, e incluso denegado su acceso a otros competidores<sup>153</sup>, conductas que tampoco merecerían la atención de las autoridades de competencia, bajo esta interpretación.

En suma, para abordar correctamente los problemas de competencia relativos al control de datos personales por parte de Gigantes Tecnológicos, es necesario preguntarse por cuán relevante son los datos personales en los modelos de mercado donde operan las plataformas. Esta cuestión será abordada en el siguiente capítulo.

---

<sup>149</sup> SOKOL y COMMEFORD, *op. cit.*, p. 1155.

<sup>150</sup> TUCKER, Catherine E y LAMBRECHT, Anja, “Can Big Data Protect a Firm from Competition?” (2015), p. 16.

<sup>151</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>152</sup> “There's a simple reason your new smart TV was so affordable: It's collecting and selling your data, and serving you ads”, Business Insider, 5 de abril de 2019, disponible en: <https://www.businessinsider.com/smart-tv-data-collection-advertising-2019-1> [consulta: 21 de abril de 2019].

<sup>153</sup> “Mark Zuckerberg leveraged Facebook user data to fight rivals and help friends, leaked documents show”, NBC News, 16 de abril de 2019, disponible en: <https://www.nbcnews.com/tech/social-media/mark-zuckerberg-leveraged-facebook-user-data-fight-rivals-help-friends-n994706> [consulta: 21 de abril de 2019].

## 2. Modelos de mercado de Big Data

La clasificación que se ofrece, denominada “modelos de mercado”, pretende clasificar la importancia de los datos personales en los modelos de negocios de las plataformas. Lo anterior permite, en primer lugar, determinar el grado de replicabilidad que tendría el control de datos personales por parte de otros competidores. La replicabilidad es una variable analizada para efectos de determinar si es que un actor puede adquirir poder de mercado al controlar la capacidad de producción de los productos del mercado, toda vez que, si los demás competidores pueden utilizar la capacidad restante, podrán consecuentemente satisfacer la demanda de consumidores en caso de estos cambien de oferente<sup>154</sup>. En caso contrario, si el actor dominante controla la mayoría o la totalidad de la capacidad, los demás competidores no podrían competir, teniendo aquel por tanto la aptitud objetiva para subir el precio final al consumidor. En el caso de los mercados digitales, la pregunta radica en determinar si es que el control de los datos personales puede generar una ventaja competitiva irreplicable para un actor que controle un gran volumen de estos, de tal forma que éste pueda adquirir una posición dominante en el mercado a determinar.

De esta forma, dependiendo del modelo que se tome, podrá analizarse (o no) un espectro más amplio de conductas en mercados con Big Data. Para ello, se ofrecerá a continuación una clasificación de modelos de mercados de Big Data, cada uno con sus características propias, las conductas o riesgos y su aptitud para constituir un ilícito anticompetitivo, y finalmente, los casos de competencia en que cada modelo se ha aplicado en forma explícita o implícita.

### 2.1. Big Data como *input*

#### 2.1.1. Características del mercado

La forma más elemental de entender al Big Data es considerarlo como un insumo que agrega valor al producto ofrecido por un actor determinado, en el sentido que mejora la calidad del servicio ofrecido por los usuarios de las plataformas<sup>155</sup>, pero sin constituir el producto principal.

Desde el punto de vista del consumidor, en los mercados de los principales productos digitales, los datos personales permiten mejorar, por ejemplo, los resultados de búsqueda futuros, ofrecer compras personalizadas y ofrecer contenidos personalizados en redes sociales<sup>156</sup>. A su vez, desde el punto de vista

---

<sup>154</sup> MOTTA, Massimo, “Política de la Competencia: Teoría y Práctica”, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica (2018), p. 288.

<sup>155</sup> BUNDESKARTELLAMT y AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *op. cit.*, p. 34.

<sup>156</sup> *Ibid.*

de otras empresas, los datos pueden aumentar el rendimiento de una compañía, ya que permite comparar “cómo una empresa rinde en uno o más indicadores de rendimiento que incluyen el uso de datos personales, respecto a cómo la compañía rinde en dichos indicadores sin el uso de los datos”<sup>157</sup>. Finalmente, desde el punto de vista de los avisadores, la oferta de publicidad personalizada mejora el atractivo del servicio originalmente provisto por la plataforma. En suma, los datos personales constituirían únicamente un adicional que otorgaría beneficios marginales a la plataforma, al no ser el producto final mismo ofrecido a los usuarios<sup>158</sup>.

### 2.1.2. Determinación del poder de mercado

La principal consecuencia de este modelo radica en que considerar al Big Data sólo como un *input* implica que esta ventaja competitiva sería fácilmente replicable por otro actor en el mercado. En efecto, como *input*, los datos personales sólo permitirían “(1) reducir costos en el caso de productos de marketing, (2) reducir problemas en el caso de mitigaciones de riesgos (seguridad) y (3) mejorar la experiencia del usuario en el caso de la personalización”<sup>159</sup>. Por tanto, en ausencia de datos personales, un actor igualmente podría competir contra otro actor que aloje un gran volumen de datos, ya sea sin el uso de ellos o adquiriéndolos de otra fuente distinta<sup>160</sup>. Desde el punto de vista de la economía clásica, los datos personales constituirían bienes no rivales, no excluibles y no fungibles<sup>161</sup>, ya que en principio cualquier plataforma digital podría recolectar directamente, o mediante terceros, datos personales. Consecuentemente, las diferencias en la magnitud de las escalas en los procesos de alojamiento y análisis de datos personales entre distintas plataformas no serían especialmente relevantes a la hora de poder alcanzar esta ventaja competitiva.

Desde el punto de vista de los usuarios, dada la prácticamente absoluta presencia de mecanismos de seguimiento de las actividades de los usuarios en internet, cualquier plataforma podría tener acceso a estos datos a muy bajo costo para usarlas en su mercado respectivo<sup>162</sup>. Lo anterior, en el supuesto de que no exista una fuerte regulación de protección de datos personales (mediante la exigencia de consentimiento) y/o mecanismos que impidan la recolección de datos personales por parte de los propios

---

<sup>157</sup> EBEN, Magali, “Market Definition and Free Online Services: The Prospect of Personal Data as Price” en: *I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society*, Vol.14 N° 2 (2018), p. 241.

<sup>158</sup> WRIGHT, Joshua D., y DORSEY Elyse, “Antitrust Analysis of Big Data”, en 2: *CLPD* 35 (2016), p. 37.

<sup>159</sup> BALTO, David A. y LANE, Matthew, “Monopolizing Water in a Tsunami: Finding Sensible Antitrust Rules for Big Data” (2016), p. 3 (traducción libre).

<sup>160</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>161</sup> STAPP, ALEC, “Why Data Is Not the New Oil”, 8 de octubre de 2019, disponible en: <https://truthonthemarket.com/2019/10/08/why-data-is-not-the-new-oil/> [consulta: 28 de octubre de 2019].

<sup>162</sup> TUCKER y LAMBRECHT, *op. cit.*, p. 6-7.

usuarios (por ejemplo, el bloqueo de ventanas emergentes con publicidad personalizada en navegadores) que aumenten significativamente los costos de recolección de datos personales.

Respecto al análisis de competencia, considerar al Big Data como *input* puede implicar que el control de datos personales por parte de plataforma no genere poder de mercado, haciendo poco probable la ocurrencia de conductas anticompetitivas. En efecto, los datos personales solamente constituirían únicamente un costo asociado para entrar a competir a estos mercados, mas no necesariamente una barrera de entrada. Consecuentemente, las ventajas competitivas que una plataforma pueda obtener, producto de sus inversiones en la recolección y tratamiento de datos personales, estarían basadas en competencia por mérito y no en la existencia de barreras de entrada basadas en la escala necesaria de datos personales para entrar al mercado<sup>163</sup>. Desde el punto de vista de la competencia entre plataformas, estas no fijarían un precio de sus datos personales recolectados, y consecuentemente, no competirían entre ellas para mejorar la forma de provisión de estos<sup>164</sup>.

Como puede apreciarse, esta consideración sobre el Big Data relativizaría la importancia de los datos personales en el análisis de competencia, descartando *a priori* la generación de poder de mercado a partir de su control, y, por tanto, la ocurrencia conductas anticompetitivas. Ante esto, la principal crítica a este modelo radica en que desconocería el modelo de negocios de los Gigantes Tecnológicos, basado precisamente en la recolección masiva de datos personales. En efecto, esta postura entraría en abierta contradicción con el modelo de subsidios cruzados de los mercados de dos lados. En concreto, el ofrecimiento de servicios gratuitos, de cara a los consumidores, y las grandes inversiones en los sistemas de recolección y tratamiento de datos personales, de cara a avisadores, se basaría precisamente en los incentivos que tienen las plataformas para mantener una ventaja competitiva basada en el control de datos personales<sup>165</sup>.

## 2.2. Big Data como un *activo valorizable*

### 2.2.1. Características del mercado

Una segunda forma intermedia de entender el Big Data es considerarlo como un *activo valorizable*. En este sentido, los datos personales pueden constituir un producto que puede aumentar significativamente la valoración de la plataforma que los utiliza, sin ser parte del *core* del negocio de las plataformas. En este

---

<sup>163</sup> WRIGHT, Joshua D., Yun, M. John, Krzepicki, Alexander, “The Impulse to Condemn the Strange: Assessing Big Data in Antitrust”, en CPI Antitrust Chronicle Vol. 2 N° 2 (2020), p. 4-5.

<sup>164</sup> WRIGHT y DORSEY, *op. cit.*, p. 37.

<sup>165</sup> STUCKE y GRUNES (2016), p. 47.

modelo, las plataformas obtienen beneficios no sólo por el producto o servicio principal que ofrecen, sino que también lo obtienen indirectamente a partir del control de datos personales que pueden recolectar producto de su modelo de negocios<sup>166</sup>. De esta manera, la plataforma puede utilizar los datos personales para potenciar sus productos de cara a los usuarios, o en el otro lado del mercado, aprovechando las economías de ámbito que se generan por la recolección de datos personales en forma indirecta.

El ejemplo más típico ocurre con las plataformas de *e-commerce*. estas obtienen beneficios por interconectar a *sellers* y consumidores, disminuyendo los costos de transacción asociados. Sin perjuicio de lo anterior, las plataformas tienen acceso, por un lado, a la información comercial de los *sellers*, y a los datos personales de los consumidores que acceden a estas. Consecuentemente, los datos personales pueden ser utilizados para mejorar notoriamente la interconexión, al ofrecer publicidad o campañas promocionales personalizadas, u ofrecer productos de acuerdo a los patrones de consumo de los usuarios.

### 2.2.2. Determinación del poder de mercado

Esta forma de análisis permite analizar eventuales problemas de competencia relacionados con Big Data, esto es, la discusión sobre la replicabilidad de los datos personales obtenidos, y su aptitud para generar posición dominante y consecuentes riesgos anticompetitivos. En efecto, en el primer modelo de mercado, los datos personales no tendrían valor intrínseco. En este segundo modelo, en cambio, estos tendrían un valor extrínseco, determinado por los beneficios que los datos podrían generar a la plataforma en el mercado principal. En efecto, “el oferente de contenidos no sólo obtiene una compensación monetaria por los mismos, sino que también información sobre cómo los usuarios interactúan con el contenido ofrecido”<sup>167</sup>.

En el caso de un actor con poder de mercado, pueden existir incentivos excluir a otros actores del mercado, mediante conductas relativas al acceso y tratamiento de datos personales. En efecto, “una prohibición en la recolección, procesamiento o uso comercial de datos presumiblemente podría aumentar los precios de los productos y servicios para los consumidores, con inciertos resultados si es que esta solución podría aumentar la competencia de actores rivales”<sup>168</sup>. Este riesgo de exclusión se debería a que, para plataformas competidores, la escala de datos personales para entrar a competidor no podría ser replicable por otros actores<sup>169</sup>. Ante esto, los datos personales podrían ser considerados un insumo

---

<sup>166</sup> AUTORITAT CATALANA DE LA COMPETÈNCIA, *op. cit.*, p. 10-11.

<sup>167</sup> AUSTRALIAN COMPETITION & CONSUMER COMMISSION, *op. cit.*, p. 48 (traducción libre).

<sup>168</sup> GIANACCARI, *op. cit.*, p. 3.

<sup>169</sup> BUNDESKARTELLAMT y AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *op. cit.*, p. 16.

importante o incluso esencial, que justificaría la imposición de una obligación de acceso de estos a otros competidores<sup>170</sup>. En este caso, el estándar aplicable consiste en determinar si un competidor puede replicar el producto en forma eficiente, en un tiempo inmediato y que le permita ejercer presión competitiva<sup>171</sup>.

Ante esto, la principal defensa que tendría un actor que controle datos personales es el ya mencionado argumento “*Data is Everywhere*”. Este argumento consiste en que existe tanta cantidad de información y datos personales disponibles a lo largo de la web, dado su bajo costo de recolección y la amplia gama de fuentes (redes sociales, motores de búsqueda, publicidad online, *data brokers* e *e-commerce*<sup>172</sup>) que, en principio, los datos personales no podrían constituir una barrera de entrada para otros actores que requieran el Big Data para funcionar en su respectivos mercados<sup>173</sup>, “si los datos están ampliamente disponibles, ninguna decisión, incluso la de un actor dominante, sería beneficiosa como una ventaja competitiva debido a estos datos, porque los competidores serían capaces de obtener la misma información y (generar la misma) eficiencia de estos datos como los líderes del mercado”<sup>174</sup>.

Este argumento sólo podría ser eventualmente rebatido en casos en que los datos personales constituyan un *activo valorizable* “fuerte” o importante, pues dependiendo de la forma de valoración de los datos personales en el otro lado del mercado, podrá deducirse que la disponibilidad de datos personales es grande o pequeña. Este es el trasfondo de los argumentos ya tradicionales sobre si lo que tiene valor son los datos personales en sí, o el análisis (*analytica*) que se realice de estos<sup>175</sup>. En efecto, el modelo de Big Data como *input* presupondría que el valor agregado, en todos los casos, es muy poco o cercano a cero. Ante esto, el modelo de Big Data como *activo valorizable* permite, al menos, preguntarse, por un cierto nivel de valorización que puedan tener los datos personales, que explicaría económicamente las grandes inversiones de Gigantes Tecnológicos en la recolección, tratamiento y sistematización de datos personales. En otras palabras, si los datos personales permiten generar importantes beneficios a una plataforma, se justifica su recolección en forma sistemática y masiva, y, por tanto, dicha recolección puede generar una ventaja competitiva para el actor que los controle.

---

<sup>170</sup> La teoría de los insumos esenciales postula que si un determinado producto es “*necesario para que todos los participantes puedan operar en una determinada industria y que no se pueda duplicar fácilmente*”, se podría obligar al actor a “*poner las instalaciones (o insumos) a disposición de los competidores*”. MOTTA, *op. cit.*, p. 99-100.

<sup>171</sup> WHISH y BAILEY, *op. cit.* p. 703.

<sup>172</sup> TUCKER y WELLFORD, *op. cit.*, p. 8-9.

<sup>173</sup> *Ibid.*

<sup>174</sup> BUNDESKARTELLAMT y AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *op. cit.*, p. 36 (traducción libre).

<sup>175</sup> TUCKER y LAMBRECHT, *op. cit.*, p. 11.

Un ejemplo de esto consiste en el uso de datos personales en el mercado del *retail*. Esta discusión ocurrió en Chile, varios años antes que la consolidación de los Gigantes Tecnológicos a nivel mundial y el comienzo de los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales sobre Big Data, a propósito de la operación de concentración entre D&S y Falabella. En principio, los datos personales obtenidos de las experiencias de compra y de la oferta de servicios financieros y crediticios, puede generar “la capacidad de desarrollar estrategias de marketing y de fidelización de clientes a la medida para distintos tipos de consumidores, en cada uno de los segmentos de negocios que formen parte del *retail* integrado”<sup>176</sup>, típicamente mediante publicidad personalizada. En sí, esta información obtenida podría ser recolectada por cualquier otra empresa de *retail*, lo que haría replicable el activo. Sin embargo, una sistematización más específica de los datos personales permite no sólo generar publicidad personalizada, sino también permite obtener patrones de consumo e información integrada sobre el consumidor, en otros mercados relacionados, como en el mercado de servicios financieros y crediticios<sup>177</sup>. De esta manera, este control integrado de datos personales puede generar “una ventaja competitiva con respecto a los comercios no integrados, lo que propicia su crecimiento y también su expansión a nuevos rubros orientados al consumidor final”<sup>178</sup>. De esta manera, el control de los datos personales sí podría generar una posición dominante en este mercado. Esta y otras ventajas competitivas, “en la práctica, [terminarían} limitando, en forma manifiesta y determinante, la capacidad de otros rivales de menor tamaño para ejercer competencia verdaderamente disciplinante para los operadores con posiciones ya consolidadas de dominio de mercado”<sup>179</sup>. La irreplicabilidad de los datos personales, en este caso, fue una de las razones para bloquear la operación de concentración en su momento.

### 2.2.3. Conductas analizables

Enseguida, considerar al Big Data como un *activo valorizable* permite entrar a conocer eventuales conductas donde los datos personales podrían ser utilizados con fines exclusivos. A modo de ejemplo, un actor con control de datos personales podría privar el acceso a estos a un competidor con el fin de mantener su poder de mercado<sup>180</sup>, o en el caso del *e-commerce*, utilizar los datos personales de los usuarios para inducir la compra de productos propios por sobre los de competidores (“*marcas propias*”)<sup>181</sup>.

---

<sup>176</sup> TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Resolución 24/2008 (“Consulta sobre fusión entre S.A.C.I. Falabella y Distribución y Servicio D&S S.A.”), cc. 58.

<sup>177</sup> *Ibid.*, cc. 60.

<sup>178</sup> *Ibid.*, cc. 62.

<sup>179</sup> *Ibid.*, cc. 66.

<sup>180</sup> STUCKE y GRUNES (2015), p. 10

<sup>181</sup> Lo anterior, facilitado también por el acceso de la plataforma dominante a la información comercial de sus sellers. KHAN, Lina, “Amazon’s Antitrust Paradox”, en *The Yale Law Journal* Vol. 126 N° 3 (2017), p. 781.

En estos casos, los datos personales pueden analizarse como un *activo valorizable*, esto es, determinando si es que su presencia genera beneficios importantes para una plataforma, y, por tanto, determinar si dicho control puede generar poder de mercado. Bajo un modelo de Big Data como *input*, estas conductas no merecerían la atención de las autoridades de competencia, toda vez que no podría determinarse, en caso alguno, poder de mercado derivado del control de datos personales. En efecto, si los datos personales no constituyen una ventaja competitiva, no se generarían incentivos para utilizarlos con fines exclusivos. En cambio, bajo un modelo de Big Data como *activo valorizable*, si los datos personales pueden constituir una ventaja competitiva, un actor puede adquirir poder de mercado, y, por tanto, puede tener incentivos para bloquear su acceso o utilizarlos para excluir arbitrariamente a otros competidores.

Sin perjuicio de lo anterior, estos casos no distan mucho del análisis tradicional de un insumo o *input* cualquiera que pudiera ser esencial, por lo que en, principio, no habría razón alguna para tener que modificar las variables de análisis dada la presencia de Big Data<sup>182</sup>. En efecto, estas conductas tienen como fin aumentar el poder de mercado de un actor en un mercado determinado *con datos personales*, y no en un mercado *de datos personales*, por lo que puede ocurrir la misma situación con otro *activo valorizable*, en relación a su replicabilidad y otras conductas en las que se prive a un competidor de un producto necesario para competir, con la salvedad que los datos personales poseen características particulares, atendido que permiten generar externalidades de red indirectas<sup>183</sup>.

Como puede apreciarse, la diferencia entre el modelo de Big Data como *input* y como *activo valorizable* radica en el menor o mayor nivel en que los datos personales pueden generar beneficios significativos para una plataforma. Mientras el primer modelo desconoce cualquier valor que los datos personales puedan tener, el segundo modelo entiende que pueden llegar a tener valor, si y sólo si permiten generar beneficios importantes para la plataforma. Sin embargo, para efectos prácticos, el análisis a realizar es en esencia muy similar. En efecto, puede resultar que, en el modelo de Big Data como *activo valorizable*, los datos personales no sean tan beneficiosos para una plataforma, de tal forma que su presencia no genere una ventaja competitiva que genere, a su vez, poder de mercado. En este caso, se llegaría a la misma conclusión que si se aplicara el modelo de Big Data como *input* al caso concreto.

### 2.3. Big Data como un producto indispensable

---

<sup>182</sup> CANADA COMPETITION BUREAU, “Big Data and innovation: key themes for competition policy in Canada” (2018) disponible en: [http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapi/CB-Report-BigData-Eng.pdf/\\$file/CB-Report-BigData-Eng.pdf](http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapi/CB-Report-BigData-Eng.pdf/$file/CB-Report-BigData-Eng.pdf) [consulta: 14 de diciembre de 2018], p. 9 y 14.

<sup>183</sup> SCHEPP Nils-Peter, y WAMBACH Achim, “On Big Data and Its Relevance for Market Power Assessment”, en: Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 7, Issue 2, (2016), p. 122.



### 2.3.1. Características del mercado

Finalmente, otra forma de incluir a los datos personales en una estructura del mercado, consiste en tratarlos como un producto indispensable para las plataformas. En otras palabras, la presencia de datos personales no puede disociarse en caso alguno del modelo de negocio de las plataformas en mercados con presencia significativa de Big Data. Para ello, se requiere establecer algunos presupuestos.

En primer lugar, en los mercados con presencia significativa de Big Data, no se generan las relaciones de interdependencia propias de los mercados de dos lados. En efecto, solamente la relación entre la plataforma y el lado del mercado en que obtiene beneficios pareciera basarse en externalidades de red indirectas<sup>184</sup>. En el caso de las redes sociales, la red social será atractiva para *avisadores* porque puede atraer a una mayor cantidad de usuarios. Sin embargo, desde el punto de vista del usuario, esta relación tiende a serle más bien indiferente, toda vez que no se generan externalidades de red indirectas tan fuertes. En el mismo caso de las redes sociales, la red social no será más atractiva para los usuarios si es que aquella puede atraer a una mayor cantidad de avisadores. Lo anterior trae una importante consecuencia: a diferencia de otros mercados de dos lados (por ejemplo, el mercado de medios de pago<sup>185</sup>), el análisis del mercado debiera considerar el mercado de redes sociales (o algún otro mercado con presencia significativa de Big Data), sin considerar la participación que pueda tener la plataforma en lado de la publicidad<sup>186</sup>, o, en general, el lado que “subsidiaría” al “lado gratuito”.

Ante esto, la relación entre usuario y plataforma debería ser entendida más bien como una relación recíproca individual. Esta relación consiste en que los usuarios entregan sus datos personales a la plataforma para su tratamiento<sup>187</sup>. A su vez, la plataforma otorga a los usuarios una experiencia de uso (por ejemplo, el uso de una red social o de motores de búsqueda). En esta lógica, el servicio provisto por la plataforma es gratuito. Sin embargo, no es gratuito porque la plataforma subsidia dicha ausencia de precio en el otro lado del mercado, en la lógica de dichos mercados. El servicio es gratuito porque es una “compensación pagada por la atención de los consumidores o sus datos personales u otros activos valorables”<sup>188</sup>. De esta manera, los consumidores podrían ser considerados más bien *oferentes* de datos personales, los cuales son demandados por la plataforma para obtener beneficios<sup>189</sup>.

---

<sup>184</sup> SRINIVASAN, Dina, “The Antitrust Case Against Facebook”, en: Berkeley Business Law Journal Vol. 16, Issue 1, Forthcoming (2018), p. 65.

<sup>185</sup> SUPREME COURT OF THE UNITED STATES OF AMERICA, “Ohio v. American Express Co.”, 585 U.S., p. 15.

<sup>186</sup> SRINIVASAN, *op. cit.*, p. 64.

<sup>187</sup> EBEN, *op. cit.*, p. 225 y 236.

<sup>188</sup> SAGERS, Chris, “Antitrust and Tech Monopoly: A General Introduction to Competition Problems in Big Data Platforms: Testimony Before the Committee on the Judiciary of the Ohio Senate” (2019), p. 18.

<sup>189</sup> *Ibid.*, p. 243.

Lo anterior trae otra importante consecuencia, que no siempre es advertida en mercados con presencia significativa de Big Data. El modelo de negocios de las redes sociales (en el caso de Facebook), motores de búsqueda y mercados conexos (en el caso de Google) se caracteriza por utilizar los datos personales para capturar la atención de los usuarios para ofrecerles publicidad. La atención de los usuarios obedece típicamente a una lógica basada en los modelos de “mercados de atención”. La publicidad presupone que esta puede capturar la atención del consumidor para enviarle un mensaje, típicamente de oferta de bienes o servicios<sup>190</sup>. El modelo de los mercados de atención se basa en cómo realizar estrategias que puedan capturar con más tiempo, y mayor profundidad, la atención de los usuarios. Para ello, existen plataformas (típicamente un diario, una revista o una página web) donde los usuarios invierten su tiempo, y donde la publicidad puede llamar su atención. En este sentido, las plataformas actúan como intermediadoras entre los consumidores y los avisadores respecto a la atención que puede ser monetizada<sup>191</sup>. De esta manera, “las plataformas de atención compiten para atraer a consumidores para que inviertan tiempo con ellos, para que durante el tiempo en el que estén puedan mostrarles publicidad que atraerá algo de su atención, para luego competir para vender a avisadores el acceso a los consumidores y su tiempo”<sup>192</sup>. Desde el punto de vista de los consumidores, estos “producen un activo llamado ‘atención’, el que es transado con otra parte a cambio de un producto o servicio deseado, como noticias, redes sociales o resultados de búsqueda”<sup>193</sup>.

En mercados con presencia significativa de Big Data, los datos personales son el principal activo que permite capturar la atención de los usuarios, y, por tanto, que generan beneficios a la plataforma<sup>194</sup>. En efecto, el control de datos personales genera un perfil sobre las características, preferencias y gustos de los usuarios. Por tanto, una plataforma que controle grandes cantidades de datos personales (y que pueda sistematizarlos), podrá obtener información sobre qué tipo de contenido, en qué forma y en qué momento mostrarle al usuario. Por lo tanto, la publicidad mostrada al usuario va a tender a ser más efectiva, porque la plataforma le mostrará “*lo que quiere ver*”.

En consecuencia, y en el caso concreto de Facebook y Google, el modelo de negocios de ambos se basa precisamente en generar atención a partir del control de datos personales. Los datos personales son monetizados como atención, la cual es vendida a avisadores. Esto explica, por un lado, que el acceso a

---

<sup>190</sup> WU, Tim, “The Attention Merchants: The Epic Scramble to get Inside our Heads”, Nueva York: Alfred A. Knopf (2017), p. 16.

<sup>191</sup> EVANS, David S., “The Economics of Attention Markets” (2017), p. 2.

<sup>192</sup> WU, *op. cit.*, p. 17.

<sup>193</sup> NEWMAN, John M., “Attention Markets and the Law”, en: University of Miami Legal Studies Research Papers, Forthcoming (2019), p. 36 (traducción libre).

<sup>194</sup> WU (2017), p. 297.

las plataformas sea típicamente gratuito. Por otro lado, explica la inversión de estas en otorgar una experiencia de uso al usuario, que lo incentive a quedarse más tiempo en ella, precisamente para recolectar mayor cantidad de datos personales.

Desde el punto de vista de los usuarios, esto explica los incentivos de las plataformas en capturar la mayor cantidad de datos personales posibles. Respecto a la relación directa entre las plataformas y los usuarios, Google recolecta datos personales de aquellos que tienen una cuenta de Google, de las apps, motores de búsqueda y dispositivos que utilizan o interactúan con servicios de Google, de la ubicación geográfica del usuario, y, en general, de toda la experiencia de uso en todo el *ecosistema* de Google<sup>195</sup>. Por su parte, Facebook recolecta datos personales a partir de la información que los usuarios voluntariamente entregan a la plataforma (nombre, correo electrónico, teléfono, etc.), de la experiencia de uso en las distintas apps (incluyendo la información generada a partir de las redes de contacto entre los usuarios) y de los dispositivos donde funcionan las distintas apps<sup>196</sup>. Respecto a la relación indirecta, ambas plataformas recolectan datos personales a partir del uso de funcionalidades en páginas de terceros (por ejemplo, al “iniciar sesión” con la plataforma) y de la misma publicidad ofrecida a avisadores en páginas de terceros<sup>197</sup>.

Desde el punto de vista de los avisadores, esto explica por qué la publicidad ofrecida en las plataformas es distinta a la publicidad ofrecida normalmente en internet, y por qué necesita datos personales casi en forma indispensable para operar. En efecto, la publicidad personalizada puede ser mostrada tanto en resultados de búsqueda (“*search advertising*”) como en forma general cuando un usuario visita una página (“*display advertising*”) <sup>198</sup>. En el primer caso, la publicidad es ofrecida a los usuarios que buscan un producto o servicio que puede estar relacionado con la publicidad. En el segundo caso, en cambio, la publicidad permite llegar a usuarios que no necesariamente están “en el mercado”, esto es, “usuarios que no están buscando productos o servicios específicos pero que están buscando distintas experiencias online”<sup>199</sup>, de tal manera que estos usuarios sean más proclives a “ingresar al mercado”, a partir de la publicidad personalizada.

## **2.3.2. Determinación del poder de mercado**

### **2.3.2.1. Competencia por la calidad y la privacidad**

---

<sup>195</sup> COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY, “Online platforms and digital advertising – Market study interim report - Appendix F” (2020), p. F8-F9.

<sup>196</sup> *Ibid.*, p. F10.

<sup>197</sup> *Ibid.*, p. F13-F14.

<sup>198</sup> *Ibid.*, p. F33.

<sup>199</sup> *Ibid.*

Como se ha dicho más arriba, la estructura propia del mercado de redes sociales hace que los datos personales puedan ser considerados como indispensables en todos los lados del mercado. De cara a los usuarios, la experiencia de uso es gratuita, a cambio de la entrega de datos personales. Por lo tanto, a la hora de determinar la forma de competencia entre las plataformas, la competencia no puede ser determinada, naturalmente, por el precio.

Lo anterior pareciera ser ya una discusión superada, en el sentido que los productos gratuitos escaparían de la óptica del Derecho de la Competencia<sup>200</sup>. En concreto, las plataformas compiten entre ellas para atraer a la mayor cantidad de usuarios, y consecuentemente para atraer la mayor cantidad de avisadores<sup>201</sup>. En consecuencia, la competencia en estos mercados puede darse o por la calidad, y eventualmente, la privacidad. A su vez, en condiciones de un actor con poder de mercado, este tendría incentivos para disminuir consecuentemente la calidad de sus servicios. Lo anterior, desde el punto de vista del análisis de competencia, supone preguntarse por otras formas de determinar el mercado relevante.

Desde el punto de vista de la calidad, esta mira a la relación del usuario con la plataforma, respecto a la experiencia de uso. En concreto, si la calidad de la experiencia de uso puede ser medible, de forma objetiva, aceptada y transparente<sup>202</sup>, dos plataformas podrían ser parte del mismo mercado si es que existe sustituibilidad entre ambas respecto a si pueden otorgar similares experiencias de uso, con similar calidad, a partir de los datos personales que recolectan. Desde el punto de vista del mercado relevante, podría aplicarse un test de una “*pequeña pero significativa y no transitoria reducción en la calidad*” (“*SSNDQ*”, por sus siglas en inglés)<sup>203</sup>.

Desde el punto de vista de la privacidad, esta es una de las características propias de los mercados de redes sociales. Las políticas de privacidad de una plataforma pueden ser tenidas en cuenta por los consumidores a la hora de elegir a qué plataforma digital ofrecerán sus datos personales. En condiciones competitivas, una infracción a la privacidad por parte de una plataforma implicaría que los usuarios pudieran cambiarse a otra que ofreciera mejores políticas de privacidad<sup>204</sup>. Desde el punto de vista del mercado relevante, podría aplicarse un test de una “*pequeña pero significativa y no transitoria reducción en la privacidad*”<sup>205</sup>.

---

<sup>200</sup> STUCKE, Maurice E. and EZRACHI, Ariel, “When Competition Fails to Optimize Quality: A Look at Search Engines”, en: Yale Journal of Law & Technology 70 (2016); University of Tennessee Legal Studies Research Paper N.º. 268 (2015), p. 73.

<sup>201</sup> *Ibid.*

<sup>202</sup> *Ibid.*, p. 118.

<sup>203</sup> STUCKE y GRUNES, *op. cit.*, p. 117.

<sup>204</sup> STUCKE y GRUNES, *op. cit.*, p. 265.

<sup>205</sup> *Ibid.*, p. 119.

Lo anterior es sin perjuicio del hecho evidente que los usuarios no invierten tiempo leyendo las políticas de privacidad de las redes sociales, por ejemplo<sup>206</sup>. Sin embargo, este no es un argumento que implique que las plataformas no compitan por privacidad. En efecto, la oferta de mejores políticas de privacidad fue precisamente uno de los incentivos que tuvo Facebook al momento de ingresar al mercado en 2004, entrando a competir con MySpace (posteriormente excluida del mercado por la presión competitiva de Facebook)<sup>207</sup>.

Por otro lado, la presencia de regulaciones sobre privacidad puede generar un punto de referencia o “*benchmark*” en el que pueda darse la competencia por la privacidad<sup>208</sup>, sobre dicho umbral mínimo de políticas de privacidad exigidas regulatoriamente. Consecuentemente, la regulación podría desincentivar eventuales conductas anticompetitivas basadas en el movimiento de datos personales. Sin embargo, este tipo de regulaciones podría afectar el desenvolvimiento competitivo de plataformas cuyo modelo de negocios se basa en el control de datos personales como producto indispensable. Esta discusión fue tomada por la Comisión Europea en Microsoft/LinkedIn. Por una parte, la GDPR podría desincentivar la ocurrencia de conductas anticompetitivas basadas en datos personales. Por otra parte, en cambio, la GDPR también podría “limitar la habilidad de Microsoft para tener acceso y procesar los datos personales de sus usuarios en el futuro, toda vez que las nuevas reglas fortalecerán los derechos existentes y empoderarán a los individuos con mayor control sobre sus datos personales”<sup>209</sup>.

### 2.3.2.2. Existencia de poder de mercado

En estos modelos de negocios, la constatación de poder de mercado consistirá en determinar si (1) el modelo de recolección de datos personales puede significar una ventaja competitiva, y (2) si esta ventaja competitiva es irreplicable para otros competidores<sup>210</sup>.

En este modelo de mercado, la estructura del modelo de negocios debería versar sobre si esta permite a la plataforma obtener economías de escala, economías de ámbito y mantener la valoración de los datos personales durante el paso del tiempo<sup>211</sup>. Respecto a las economías de escalas, la plataforma debería

---

<sup>206</sup> *Ibid.*, p. 120.

<sup>207</sup> SRINIVASAN, *op. cit.*, p. 23.

<sup>208</sup> BUTTARELLI, Giovanni, “This is not an article on data protection and competition law”, en: CPI Antitrust Chronicle (2019), p. 3.

<sup>209</sup> COMISIÓN EUROPEA (2016), para. 178 (traducción libre).

<sup>210</sup> CARUGATI, *op. cit.*, p. 18-19.

<sup>211</sup> BOURREAU, Marc, DE STREEL, Alexandre y GRAEF, Inge, “Big Data and Competition Policy: Market Power, Personalised Pricing and Advertising” (2017). Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2920301> [consulta: 22 de mayo de 2020], p. 33.

contar con una infraestructura de tal envergadura que le permita mejorar su algoritmo en forma continua y a bajo costo, al recolectar en forma masiva datos personales<sup>212</sup>. Respecto a las economías de ámbito, la plataforma debería poder obtener una gran variedad de datos personales a partir de la experiencia de uso por parte del usuario, o por la recolección de datos mediante terceros<sup>213</sup>. En otras palabras, la plataforma puede generar información tanto sobre la identificación como por el seguimiento de las actividades de los usuarios en ella<sup>214</sup>. En el caso concreto de Google, esta puede generar perfiles a partir de la interacción del conjunto de funcionalidades de su ecosistema (Google Search, YouTube, Google Chrome, Google Maps, Google Calendar y Gmail), que le permite maximizar el éxito de la publicidad personalizada que ofrece<sup>215</sup>. Respecto a la valoración de los datos personales, la plataforma debería poder obtener datos personales cuya vigencia no pierda valor en el tiempo. A modo de ejemplo, en el caso de los resultados de búsqueda, el alojamiento de información histórica no pareciera generar mayor valor, dada la necesidad de generar siempre nuevos resultados ante nuevas búsquedas<sup>216</sup>. En el caso de los perfiles de usuarios, que incluyen sus características personales, intereses y gustos, dicha información tiende a generar beneficios permanentes para la plataforma que los controla.

En relación a la replicabilidad de otros competidores para alcanzar el mismo nivel de datos personales, es necesario determinar el nivel de sustituibilidad de los datos personales en este modelo de negocios y la disponibilidad de datos personales a nivel de toda la internet. La sustituibilidad de los datos personales depende de si estos pueden ser considerados como bienes rivales, excluibles, etc. La disponibilidad de datos personales a nivel de toda la internet se relaciona con el argumento de “*Data is everywhere*”. En un modelo de Big Data como *input* o *activo valorizable*, tiene sentido considerar que el uso de los datos personales por parte de una plataforma no excluya su uso por parte de otra. También tiene sentido considerar que estos siempre estarán disponibles para su recolección en internet. En efecto, para mejorar la calidad del producto o servicio ofrecido por la plataforma, no es necesario generar externalidades de red indirectas y economías de escalas o de ámbito a partir de los datos personales para que la plataforma sea exitosa. En el caso de motores de búsqueda sencillos, el historial de búsqueda del usuario no pareciera ser tan relevante como los resultados de búsqueda<sup>217</sup>. En el caso del *e-commerce*, la información básica que se puede recolectar de los usuarios (datos de identificación e historial de compras), es perfectamente replicable por cualquier otro competidor, a partir de la sola iniciativa del usuario. En este modelo de

---

<sup>212</sup> OECD, “Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era – Background note by the Secretariat (2016), p. 11.

<sup>213</sup> BOURREAU, DE STREEL y GRAEF, *op. cit.*, p. 34.

<sup>214</sup> *Ibid.*

<sup>215</sup> COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY, “Online platforms and digital advertising – Market study interim report - Appendix E” (2019), para. 50.

<sup>216</sup> BOURREAU, DE STREEL y GRAEF, *op. cit.*, p. 34.

<sup>217</sup> Lo anterior no excluye que puedan existir plataformas con poder de mercado que incurran en conductas anticompetitivas, cuando no existan características propias de los datos personales. Como se ha podido apreciar en el caso Google Shopping, los casos de

mercado, en cambio, la sustituibilidad y disponibilidad de datos personales presupone el proceso tanto de recolección como de sistematización de datos personales<sup>218</sup>. Lo anterior implica que las externalidades de red en un estadio y otro serán distintas. En el primer caso, las externalidades se generan cuando el aumento de datos personales generado por la mayor cantidad de usuarios permite mejorar la calidad del producto o servicio ofrecido por la plataforma (“*User Feedbacks Loops*”<sup>219</sup>). Consecuentemente, si bien el costo de obtener más datos personales puede ser más alto para un nuevo entrante al mercado, en casos donde el modelo de negocios de la plataforma incluya al Big Data como *input* o como *activo valorizable*, estos costos no van a ser significativos, dada la cantidad de datos personales necesaria para funcionar. En el segundo caso, las externalidades se generan cuando el aumento de datos personales se debe tanto a la mayor cantidad de usuarios como a la mayor cantidad de avisadores. En efecto, al controlar más datos personales, la publicidad personalizada, generada a partir de la monetización de datos personales, será más atrayente tanto para usuarios como para avisadores. Lo anterior permite que la plataforma pueda obtener mayores beneficios, pudiendo invertirlos para atraer a más usuarios y más avisadores (“*Monetization Feedback Loops*”<sup>220</sup>). En este caso, es difícil que un nuevo entrante pueda atraer la cantidad de usuarios y avisadores necesaria para generar las externalidades de red aprovechadas por el actor dominante. Consecuentemente, la escala y calidad de datos personales necesarias para entrar a competir pareciera no ser sustituible o replicable fácilmente por un nuevo entrante.

En suma, el control de datos personales en modelos de negocios con presencia significativa de Big Data puede generar poder de mercado, cuando la plataforma dominante pueda aprovechar las economías de escala y de ámbito, mantener la valoración de los datos personales recolectados a lo largo del tiempo, y pueda aprovechar externalidades de red basadas en la relación de usuarios con avisadores, a partir de la monetización de los datos personales.

### 2.3.3. Conductas analizables

Considerar a los datos personales como un producto indispensable para plataformas con estos modelos de negocios permite analizar conductas que en otros modelos de mercado no serían significativas. Lo anterior, por cuanto si una plataforma puede adquirir poder de mercado a partir del control de datos personales, puede tener incentivos para excluir a otros competidores del mercado (mediante estrategias basadas en el movimiento de datos personales) o explotar a usuarios mediante el uso de los datos.

---

<sup>218</sup> BAGNOLI, Vicente, “The Definition of the Relevant Market, Verticalization and Abuse of Dominant Position in the Era of Big Data”, en: Competition and Innovation: Annals of the international congress to promote debates on Competition Law and Technological Innovation facing the reality and challenges of the Digital Economy. Bagnoli, V. (coord.), Sao Paulo: Scortecci (2017), p. 24-25.

<sup>219</sup> BOURREAU, DE STREEL y GRAEF, *op. cit.*, p. 35.

<sup>220</sup> BOURREAU, DE STREEL y GRAEF, *op. cit.*, p. 36-37.

### 2.3.3.1. Conductas exclusorias

En primer lugar, las conductas exclusorias basadas en datos personales (estrategias “RRC” o “*Raising Rival Costs*”) pueden consistir, por ejemplo, en casos de negativa de acceso a datos personales, la celebración de acuerdos de exclusividad de terceros, o estrategias encaminadas a impedir la portabilidad de datos de los usuarios<sup>221</sup>. La negativa de acceso a datos personales constituiría una forma de “*Refusal to Supply*”. En este caso, una plataforma dominante podría negar el acceso de datos personales de sus usuarios a otra plataforma que requiera también estos datos. Para la plataforma excluida, los datos personales constituirían un insumo importante o a lo menos esencial. Por ejemplo, en 2013, Twitter lanzó Vine, su propia plataforma de videos. Ante esto, Facebook decidió suspender unilateralmente la interfaz de Facebook (API) que permitía encontrar amigos en común de Facebook y Vine<sup>222</sup>. En paralelo, Facebook estableció una suerte de regla para conceder acceso a datos a plataformas que generaran contenido para ser compartido en Facebook, o que pagaran por ello<sup>223</sup>. A la fecha de este trabajo, la Comisión Europea está investigando en fase 2 la fusión entre Google y Fitbit, fabricante de relojes inteligentes (*smartwatches*). Esta fusión le permitiría a Google aumentar su posición dominante en el mercado de la publicidad online, ya que tendría acceso a los datos personales generados por los dispositivos de Fitbit (datos relacionados típicamente con el estado físico y de salud de los usuarios), obteniendo, consecuentemente, una ventaja competitiva irreplicable para otros competidores<sup>224</sup>. Ante esto, Google habría ofrecido como remedio conductual, la obligación de no utilizar los datos personales de los dispositivos de Fitbit para potenciar el servicio de avisajes de Google<sup>225</sup>.

Como puede apreciarse, una negativa de acceso a datos personales podría ser realizada contra otras plataformas que sean actuales o potenciales competidores. Enseguida, una plataforma podría celebrar acuerdos de exclusividad con terceros agregadores de datos o *brokers*<sup>226</sup>. En virtud de este acuerdo, el tercero no podría vender los datos personales a otros competidores de la plataforma. Si el tercero también tiene poder de mercado, podría producirse un cierre del mercado. Finalmente, una plataforma con poder

---

<sup>221</sup> KATZ, M.L., “Multisided Platforms, Big Data, and a Little Antitrust Policy”, en: *Rev Ind Organ* 54 (2019), p. 698.

<sup>222</sup> “Mark Zuckerberg personally approved cutting off Vine’s friend-finding feature”, en *The Verge*, 5 de diciembre de 2018, disponible en: <https://www.theverge.com/2018/12/5/18127202/mark-zuckerberg-facebook-vine-friends-api-block-parliament-documents> [consulta: 2 de agosto de 2020].

<sup>223</sup> “Facebook discussed cashing in on user data, emails suggest”, en *The Guardian*, 5 de diciembre de 2018, disponible en: <https://www.theguardian.com/technology/2018/dec/05/facebook-discussed-cashing-in-on-user-data-emails-suggest> [consulta: 22 de mayo de 2020].

<sup>224</sup> COMISIÓN EUROPEA, “Mergers: Commission opens in-depth investigation into the proposed acquisition of Fitbit by Google”, 4 de Agosto de 2020, disponible en: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_20\\_1446](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1446) [consulta: 2 de octubre de 2020].

<sup>225</sup> “Exclusive: Google set to win EU approval for Fitbit deal with fresh concessions, sources say”, en *Reuters*, 29 de septiembre de 2020, disponible en: <https://www.reuters.com/article/idUSKBN26K1WF> [consulta: 2 de octubre de 2020].

<sup>226</sup> KATZ, *op. cit.*, p. 700-701.



de mercado podría limitar la forma que los usuarios puedan transferir sus datos personales de su plataforma a otra competidora. Consecuentemente, la plataforma estaría aumentando artificialmente los costos de cambio, generando cautividad en los usuarios<sup>227</sup>. Por ejemplo, Facebook mantiene un API que permite a los usuarios duplicar contenidos desde una plataforma competidora hacia Facebook. Sin embargo, dicha portabilidad era únicamente asimétrica, toda vez que Facebook no permitía que los usuarios pudieran duplicar contenidos desde Facebook hacia otras plataformas competidoras, subiendo artificialmente los costos a estas<sup>228</sup>

En todos estos casos, la teoría del daño se basa en una negativa injustificada a acceder a economías de escala generadas en este modelo de mercado<sup>229</sup>. Dada sus características, solamente una o muy pocas plataformas podrían acceder a ellas, producto del control de datos personales. Al negar el acceso, la plataforma dominante obliga a las otras a operar a una escala ineficiente, forzándolas consecuentemente a salir del mercado. Ante esto, el remedio aplicable constituiría, en un principio, en establecer una obligación de acceso a los datos personales (“*mandatory data sharing*”)<sup>230</sup>. Lo anterior permitiría que otras plataformas puedan acceder al insumo necesario para generar las economías de escala suficientes para entrar a competir al mercado<sup>231</sup>. Con todo, no son claras las eficiencias que generaría el remedio en el mercado. Por un lado, podría restringir los incentivos a innovar en el mercado<sup>232</sup>. Por otro lado, el remedio puede chocar con las regulaciones de privacidad. Desde del punto de vista de competencia, la exigencia de consentimiento por parte de todos los usuarios podría aumentar significativamente los costos tanto para la plataforma dominante como para la entrante<sup>233</sup>. Desde el punto de vista de privacidad, deberá probarse que la transferencia de datos personales obedece a un interés legítimo y que no existen otros medios menos lesivos para la protección de datos para cumplir los mismos fines<sup>234</sup>.

### 2.3.3.2. Conductas explotativas

---

<sup>227</sup> KATZ, *op. cit.*

<sup>228</sup> SCOTT MORTON, Fiona M. y DINIELLI, David, C., “Roadmap for an Antitrust Case Against Facebook” (2020), disponible en: <https://www.omidyar.com/sites/default/files/Roadmap%20for%20an%20Antitrust%20Case%20Against%20Facebook.pdf> [consulta: 2 de agosto de 2020], p. 25.

<sup>229</sup> BAKER, Jonathan B., “The Antitrust Paradigm – Restoring a Competitive Economy”, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press (2019), p. 129.

<sup>230</sup> “Don’t break up big tech – regulate data access, says EU antitrust chief”, en TechCrunch, 11 de marzo de 2019, disponible en: <https://techcrunch.com/2019/03/11/dont-break-up-big-tech-regulate-data-access-says-eu-antitrust-chief/> [consulta: 22 de mayo de 2020].

<sup>231</sup> NIGRO, JR., Bernard A., “‘Big Data’ and Competition for the market- Remarks as Prepared for Delivery at The Capitol Forum and CQ: Fourth Annual Tech, Media & Telecom Competition Conference” (2017), disponible en: <https://www.justice.gov/opa/speech/file/1017701/download> [consulta: 14 de diciembre de 2018], p. 3.

<sup>232</sup> KATHURIA, Vikas and GLOBOCNIK, Jure, “Exclusionary Conduct in Data-Driven Markets: Limitations of Data Sharing Remedy”, en: Journal of Antitrust Enforcement (2019); Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper N° 19-04 (2019), p. 15.

<sup>233</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>234</sup> *Ibid.*, p. 18.

Una conducta explotativa<sup>235-236</sup> basada en datos personales podría consistir tanto en la degradación de políticas de privacidad como la recolección “excesiva” de datos personales. En concreto, el caso alemán de Facebook ha dado lugar a la discusión sobre la existencia de conductas explotativas en mercados con presencia significativa de Big Data. En esta lógica, una plataforma dominante podría degradar las políticas de privacidad de los usuarios, con el fin de poder obtener una cantidad de datos personales que en condiciones competitivas no podría realizar. En condiciones no competitivas, una plataforma dominante tendría incentivos para reducir sus políticas de privacidad a niveles infracompetitivos, con el fin de recolectar datos personales a niveles supracompetitivos<sup>237</sup>. Esta conducta podría subsumirse tanto como un caso de precios excesivos (en términos de recolección excesiva de datos personales) como de imposición de condiciones de contratación injustas<sup>238</sup>. En este caso, a una plataforma dominante se le sería exigible deberes especiales de cuidado en relación a variables que tendrían relevancia competitiva, como la privacidad<sup>239</sup>.

Ante esto, la aptitud de que esta conducta sea eventualmente sancionable ha sido fuertemente criticada. Tradicionalmente, las conductas explotativas no han sido perseguidas por las autoridades de competencia de la misma forma que las conductas exclusorias. En este tipo de casos, existe mucha dificultad en determinar el escenario contrafactual, esto es, las condiciones competitivas de referencia (*benchmarks*), que se verían distorsionadas en condiciones existentes con un actor dominante<sup>240</sup>. Este fue precisamente el punto de la sentencia del Tribunal Federal de Dusseldorf que revocó la resolución de la Bundeskartellamt en el caso alemán de Facebook. En efecto, la autoridad de competencia no determinó cuáles son las políticas de privacidad comunes en condiciones competitivas, y consecuentemente, la cantidad de datos personales que una plataforma en estas condiciones podría recolectar<sup>241</sup>. Al mismo tiempo, estas conductas parecieran ser una forma de analizar, en sede de competencia, conductas que parecieran ser propias de protección de datos personales. En concreto, el daño producido a los usuarios en su privacidad

---

<sup>235</sup> Las conductas explotativas son conductas unilaterales realizadas por actores con posición dominante, “que sin dañar directamente a los competidores en el mercado, reducen el bienestar del consumidor”, permitiéndoles obtener rentas supracompetitivas de proveedores, distribuidores, clientes o consumidores del actor dominante.

FAULL, Jonathan y NIKPAY, Ali, “The EC Law of Competition - Second Edition”, Nueva York: Oxford University Press (2007), p. 396.

<sup>236</sup> Entre las conductas explotativas más estudiadas se encuentran la imposición de precios excesivos, la imposición de términos y condiciones de contratación abusivas o injustas, y la reducción de la innovación y la discriminación arbitraria contra consumidores atendiendo a criterios subjetivos, tales como la nacionalidad y la ubicación geográfica.

WHISH y BAILEY, *op. cit.*, p. 718-721

<sup>237</sup> STUCKE, *op. cit.*, p. 286.

<sup>238</sup> ROBERTSON, Viktoria H.S.E., “Excessive Data Collection: Privacy Considerations and Abuse of Dominance in the Era of Big Data”, en 57 Common Market Law Review (2019).

<sup>239</sup> PODSZUN, *op. cit.*

<sup>240</sup> WHISH y BAILEY, *op. cit.*, p. 718-721.

<sup>241</sup> COLANGELO, Giuseppe, “Facebook and Bundeskartellamt’s Winter of Discontent”, en Competition Policy International (2019), p. 2.

pareciera pertenecer a una categoría analítica diversa al daño derivado de la disminución del bienestar del consumidor<sup>242</sup>. En este sentido, las autoridades de competencia estarían actuando *de facto* como autoridades de protección de datos personales<sup>243</sup>.

### **3. Análisis de los modelos de mercado**

Los tres modelos de mercados de Big Data presentados permiten ver desde distintas perspectivas los distintos fenómenos relativos a los datos personales que pueden ser relevantes para el derecho de la competencia. En efecto, cada modelo puede constituir un marco de análisis apropiado según las características del caso concreto en cuanto al uso de datos personales.

#### **3.1. La importancia de los datos personales en sede de competencia dependerá del modelo de negocios de cada plataforma**

Los tipos de plataformas analizados a lo largo de este trabajo (motores de búsqueda, *e-commerce* y redes sociales) generan, por su propia estructura, datos personales. La diferencia radica en la importancia que cada modelo otorga a la presencia de Big Data. En un modelo de Big Data como *input*, los datos personales solamente aumentan la calidad del producto o servicio ofrecido por la plataforma. Consecuentemente, la presencia o ausencia de estos no otorgan una ventaja competitiva relevante. En un modelo de Big Data como *activo valorizable*, los datos personales pueden generar beneficios para la plataforma si es que permite aumentar la valoración de la plataforma en un lado del mercado conexo. En este caso, el control de datos personales podría generar una ventaja competitiva para un actor, en la medida que su obtención sea irreplicable para otros competidores. Finalmente, en un modelo de Big Data como producto indispensable, los datos personales constituyen el *core* del modelo de negocios de las plataformas que operan en este modelo. Consecuentemente, las características de estos mercados podrían generar la aptitud de que el control de datos personales otorgue una ventaja competitiva irreplicable, y por tanto, la obtención de poder de mercado.

La importancia de lo anterior para el Derecho de la Competencia radica en determinar cuándo se está en presencia de un modelo de mercado u otro. Consecuentemente, en casos donde se constata la presencia de datos personales, pero no problemas de competencia, el análisis no necesariamente será incorrecto.

---

<sup>242</sup> GARCÉS, Eliana and FANARAS, Daniel, “Antitrust, Privacy, and Digital Platforms' Use of Big Data: A Brief Overview”, en: Competition, Journal of the Antitrust, UCL, and Privacy Section of the California Lawyers Committee, Vol. 28, N° 1 (2018), p. 32.

<sup>243</sup> COLANGELO, *op. cit.*, p. 4.

En cada caso, las autoridades de competencia deberán determinar si la presencia de datos personales existe, y si es significativa.

Un ejemplo de lo anterior es Microsoft/LinkedIn, donde si bien ambas partes recolectaban datos personales, no otorgaban acceso a terceros de sus bases de datos para efectos de publicidad online<sup>244</sup>, por lo que los riesgos anticompetitivos fueron consecuentemente descartados.

Otro ejemplo es Uber/Cornershop. La particularidad de los riesgos detectados radica en que parecieran ser, en principio riesgos de un modelo de Big Data como producto indispensable, pero en plataformas que operan en un modelo de Big Data como *activo valorizable*. En efecto, los datos personales no parecieran estar en el *core* del negocio de ambas aplicaciones de *delivery*. En efecto, para la FNE, “los datos de los usuarios, si bien son utilizados, *no serían el principal insumo para operar en los mercados analizados*”<sup>245</sup>. Sin embargo, su control permitiría generar beneficios. En efecto, los datos personales permiten obtener información sobre tipos y frecuencias de compras, los cuales, agregados con tal masividad como en la operación, podrían generar una ventaja competitiva irreplicable. Esta ventaja podría generar, a su vez, un riesgo explotativo, consistente en la disminución de políticas de privacidad de cara a los usuarios. Como puede apreciarse, la FNE ha reconocido que pueden existir casos en que el control de datos personales pueda generar tal nivel de ventajas competitivas, al punto que los efectos derivados de su control podrían homologarse a los que podrían generarse en un modelo de Big Data como producto indispensable.

En suma, si existen “traslapes” entre los distintos modelos de mercado, estos se deberán a la significancia e importancia que se da a los datos personales en cada modelo, y en el mercado en general.

### **3.2. Los problemas de competencia se generan cuando se confunde cada modelo de mercado**

Sin perjuicio de lo anterior, pueden ocurrir confusiones respecto al modelo de mercado aplicable a cada caso. Estas confusiones generan típicamente, como se ha dicho, riesgos de falsos negativos.

Lo anterior puede ocurrir cuando se aplica un modelo de Big Data como *input* o como *activo valorizable* débil a un caso de Big Data como producto indispensable. En primer lugar, de aplicar un modelo de Big Data como *activo valorizable* a una plataforma cuyo modelo de negocios se base en el control de datos

---

<sup>244</sup> GIANNINO, Michele, “Microsoft/LinkedIn: What the European Commission said on the competition review of digital market mergers (2017), disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3005299](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3005299) [consulta: 2 de Agosto de 2020], p. 3-4.

<sup>245</sup> *Ibid.*, para. 260.

personales, se generaría la consecuencia necesaria que existirían externalidades de red indirectas entre los usuarios y la publicidad ofrecida. Sin embargo, de ser correcto lo anterior, se llegaría al absurdo que los usuarios preferirían utilizar plataformas que tengan mayor cantidad de avisos<sup>246</sup>. En otras palabras, que el spam sería atrayente para los usuarios<sup>247</sup>. En segundo lugar, de aplicar erróneamente el modelo, se llegaría a la consecuencia de que sería muy difícil que una plataforma adquiriera poder de mercado a partir del control de datos personales, ya que cualquier plataforma podría generar la misma escala de datos<sup>248</sup>. Es decir, “*data is everywhere*”. Consecuentemente, una plataforma nunca podría obtener poder de mercado y nunca incurrir en conductas anticompetitivas. Lo anterior, como se ha dicho más arriba, confunde la fase de recolección y almacenamiento de datos personales con la parte de su sistematización y análisis, que sí puede impedir que cualquier plataforma alcance la misma escala para competir.

Lo anterior ocurrió efectivamente en la fusión de Facebook y WhatsApp. La Comisión Europea determinó que ambas aplicaciones no compiten en el mercado de la publicidad online, ya que WhatsApp no ofrecía publicidad y solo recolectaba datos (Big Data como *input*), y que si es que WhatsApp suministrara datos personales a Facebook para realizar más publicidad (Big Data como *activo valorizable*) existiría todavía gran cantidad de datos personales disponibles a lo largo de la internet<sup>249</sup> (“*Data is Everywhere*” nuevamente). Sin embargo, en caso de haberse reconocido la presencia significativa de los datos personales en cada modelo de negocios, habría resultado la consecuencia lógica que Facebook sí podría haber tenido poder de mercado, pudiéndolo aumentar al adquirir a WhatsApp<sup>250</sup>, porque ninguna otra red social podría haber alcanzado la escala de datos personales necesaria para competir con ambas. En este sentido, podría aducirse que las autoridades de competencia no habrían considerado un eventual cambio de modelo de negocios de WhatsApp tras la fusión, esto es, pasar de un modelo de Big Data como *activo valorizable* a un modelo de Big Data como producto indispensable.

### **3.3. El tratamiento de los datos personales en sede de competencia corresponde a una opción institucional**

Finalmente, hablar de Big Data y competencia es hablar también de una cuestión de opción institucional respecto a cuál es el área del derecho que tiene mayor capacidad de subsumir los problemas relativos a

---

<sup>246</sup> SOKOL y COMMEFORD, *op. cit.*, p. 1150. Sin perjuicio que, en este punto, los autores aducen que dada la tendencia del mercado a ser de un lado en la relación entre usuario y avisador, ello debilita la teoría que los Feedback Loops puedan generar incentivos a cautivar a consumidores y avisadores a una plataforma con posición dominante.

<sup>247</sup> WU, *op. cit.*, p. 23.

<sup>248</sup> STUCKE y GRUNES, *op. cit.*, p. 201.

<sup>249</sup> COMISIÓN EUROPEA (2014), p. 190.

<sup>250</sup> BAGNOLI, Vicente, “The Big Data Relevant Market As a Tool for a Case by Case Analysis at the Digital Economy: Could the EU Decision at Facebook/WhatsApp Merger Have Been Different?” (2017), p. 33.

datos personales, y cuáles son los remedios más afines con el objetivo perseguido<sup>251</sup>. Todavía existe discusión sobre imputar conductas anticompetitivas basadas en Big Data presupondría, en muchos casos, implicar mantener<sup>252</sup>, actualizar, o incluso modificar, las categorías tradicionales del análisis de competencia<sup>253</sup>. Por tanto, en ciertos casos, podría haber situaciones en que los remedios más efectivos provengan de otras áreas, distintas al Derecho de la Competencia. Por ejemplo, el Derecho de Protección al Consumidor, el Derecho de la Protección de Datos Personales.

Lo anterior es más evidente en los últimos hitos jurisprudenciales. Por ejemplo, en un caso italiano contra Facebook, la autoridad de competencia, en ejercicio de su potestad como autoridad de protección al consumidor, multó a Facebook por infracciones a dicha regulación<sup>254</sup>. En concreto, Facebook no informó correctamente a los consumidores que el servicio no era “gratuito”, sino que existía la entrega de datos personales a modo de contraprestación. Al mismo, Facebook permitió la transferencia de datos personales a terceros sin consentimiento de los usuarios. Como puede apreciarse, los hechos son muy similares al caso alemán. Sin embargo, la autoridad de competencia italiana habría optado por una vía más fácil, consistente en perseguir la conducta como una infracción a la protección del consumidor y no como una conducta anticompetitiva. Consecuentemente, no fue necesario ahondar en cuestiones sobre el mercado relevante, el poder de mercado de Facebook y la teoría del daño aplicable<sup>255</sup>. Al otro lado del Atlántico, y no sin controversia<sup>256</sup>, la FTC de EE. UU. acordó una multa con Facebook por infracciones a la privacidad, en contexto del escándalo “Cambridge Analytica”<sup>257</sup>. En el caso estadounidense, las críticas del Movimiento Neobrandesiano apuntan a que la decisión institucional de perseguir a Facebook por infracciones a la privacidad no desincentiva la ocurrencia de nuevas conductas abusivas, dado que su modelo de negocios le ha permitido monopolizar el mercado de redes sociales, por una parte, y la ausencia de *enforcement* directo en sede de competencia, por otra<sup>258</sup>.

---

<sup>251</sup> SOKOL y COMMERFORD, *op. cit.*, p. 1157.

<sup>252</sup> EZRACHI, Ariel y ROBERTSON, Viktoria H.S.E, “Competition, Market Power and Third-Party Tracking”, en *World Competition: Law and Economics Review*, Vol. 42 N°. 1 (2019), P. 11.

<sup>253</sup> WU, Tim “The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age”, Nueva York: Columbia Global Reports (2018), p. 136.

<sup>254</sup> AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, “Facebook fined 10 million Euros by the ICA for unfair commercial practices for using its subscribers’ data for commercial purposes”, 7 de diciembre de 2018, disponible en: <https://en.agcm.it/en/media/press-releases/2018/12/Facebook-fined-10-million-Euros-by-the-ICA-for-unfair-commercial-practices-for-using-its-subscribers'-data-for-commercial-purposes> [consulta: 22 de mayo de 2020].

<sup>255</sup> BOTTA, Marco y WIEDEMANN, Klaus, “The Interaction of EU Competition, Consumer, and Data Protection Law in the Digital Economy: The Regulatory Dilemma in the Facebook Odyssey”, en: 64(3) *Antitrust Bulletin* (2019), p. 443.

<sup>256</sup> “9 reasons the Facebook FTC settlement is a joke”, TechCrunch, 24 de julio de 2019, disponible en: <https://techcrunch.com/2019/07/24/9-reasons-the-facebook-ftc-settlement-is-a-joke/> [consulta: 22 de mayo de 2020].

<sup>257</sup> FEDERAL TRADE COMMISSION, “FTC imposes \$5 Billion Penalty and Sweeping New Privacy Restrictions on Facebook”, 24 de julio de 2019, disponible en: <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2019/07/ftc-imposes-5-billion-penalty-sweeping-new-privacy-restrictions> [consulta: 22 de mayo de 2020].

<sup>258</sup> HUBBARD, Sally, “Facebooks needs more tan a \$5 billion fine. It needs a new business model” (2019), disponible en: <https://edition.cnn.com/2019/07/25/perspectives/facebook-ftc-fine-big-tech-antitrust/index.html> [consulta: 2 de agosto de 2020].

Desde otro punto de vista, la coordinación institucional entre las autoridades de competencia, de protección al consumidor y de protección de datos personales es especialmente crítica en este contexto, donde la recolección de datos personales es una problemática común a las tres áreas. En Apple/Shazam, no existió un pronunciamiento detallado sobre los alcances y límites del análisis propio de competencia<sup>259</sup>. En Uber/Cornershop en Chile, la FNE reconoció que estas tres autoridades (a pesar de que, en Chile, a la fecha de este trabajo, no existe una autoridad de protección de datos personales) “pueden intervenir ante posibles prácticas que den cuenta de un incumplimiento de las normas recaídas en estas materias y que las afecten dentro de la esfera de sus correspondientes competencias”<sup>260</sup>, sin determinar cuál sería la delimitación de cada esfera.

Con todo, una vía paralela ha consistido en el establecimiento de regulaciones comunes para plataformas digitales, de tal forma que se establezcan estándares de comportamiento en forma *ex ante*, sin necesidad de investigar y sancionar una conducta anticompetitiva, en forma *ex post*. En Alemania, a la fecha de este trabajo, se encuentra en tramitación un proyecto de ley de reforma a la ley de competencia, para incluir temas relativos a mercados digitales (“GWB Digitalization Act”, en inglés)<sup>261</sup>. Este proyecto de ley permite que la autoridad de competencia prohibir a plataformas dominantes o que posean otras características relevantes (como acceso a datos personales), tales como evitar la combinación de datos entre distintos lados del mercado para generar barreras de entrada artificiales, o limitar la interoperabilidad de datos respecto a plataformas competidoras. A nivel comunitario europeo, el Parlamento Europeo se encuentra tramitando, también a la fecha de este trabajo, una reforma similar (“Digital Services Act”)<sup>262</sup>, en la cual podría prohibirse a “actores sistémicos” (*Systemic operators*) que limiten la interoperabilidad de datos, o que los utilicen para privilegiar marcas propias o para generar cautividad a los usuarios. Lo anterior, sin necesidad de una sanción *ex post* por parte de la Comisión Europea, y sin perjuicio de la persecución común de estas conductas.

Finalmente, dependiendo del estado del Derecho de la Competencia en cada jurisdicción y la existencia de otros estatutos que podrían obtener los mismos o mejores remedios con menores costos litigiosos, la opción institucional para perseguir conductas relativas a Big Data en esta sede podría ser más o menos efectiva. Los modelos de negocios basados en datos personales pueden generar riesgos de

---

<sup>259</sup> ZINGALES, Nicolo, “Apple/Shazam: Data Is Power, But Not a Problem Here”, en CPI EU News (2018), p. 6.

<sup>260</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *op. cit.*, nota al pie N° 374.

<sup>261</sup> Una traducción libre del alemán al inglés puede encontrarse en: <https://www.ianbrown.tech/wp-content/uploads/2020/09/Bill.pdf> [consulta: 2 de octubre de 2020].

<sup>262</sup> COMITÉ DEL MERCADO INTERNO Y PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR, PARLAMENTO EUROPEO, “Compromise Amendments on IMCO Report 2020/2018 (INL): “Digital Services Act – Improving the functioning of the Single Market” (2020), disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014\\_2019/plmrep/COMMITTEES/IMCO/DV/2020/09-28/p.4\\_CAs\\_Saliba\\_DSA\\_final\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/IMCO/DV/2020/09-28/p.4_CAs_Saliba_DSA_final_EN.pdf) [consulta: 2 de octubre de 2020].

incumplimiento normativo en todas las sedes, independiente si se trata de otros competidores o de los usuarios en general. Por lo tanto, dependiendo de quién sea el principal afectado por estas conductas, será la determinación sobre cuál estatuto utilizar para perseguirlas, sancionarlas y obtener remedios afines y efectivos.

#### **4. Conclusiones**

Este trabajo ha pretendido ofrecer una clasificación de los modelos de mercado utilizados o utilizables en casos de competencia que versen sobre Big Data, dependiendo de los modelos de negocios de las plataformas digitales y la presencia más o menos significativa de datos personales en estos. De esta manera, se pueden determinar tres modelos de mercado, basados en el Big Data como un *input*, como un *activo valorizable* y como un producto indispensable.

Cada uno de estos modelos constituye un marco analítico de referencia para el análisis de casos competencia. En concreto, cada uno puede determinar las características de los datos personales presentes en las plataformas, y si su control puede generar una ventaja competitiva irreplicable, y en último termino, si es que su control puede incentivar la ocurrencia de conductas anticompetitivas.

La aplicación de estos modelos a los casos más relevante de competencia sobre datos personales permite problematizar el análisis realizado por las autoridades de competencia en el pasado. Así, en ciertos casos pareciera haber habido una interpretación laxa respecto a los datos personales como fuente de poder de mercado (Facebook/WhatsApp), y en otros pareciera haber habido una interpretación mucho más estricta, llegando incluso a extender el análisis a temas fuera de la órbita tradicional del Derecho de la Competencia (Facebook en Alemania). En la mayoría de los casos, pareciera existir cierto entendimiento sobre los riesgos anticompetitivos del control de datos personales, pero sin existir todavía un caso robusto y no controversial sobre Big Data.

En suma, al identificar qué modelo de mercado se ha utilizado en casos de competencia, será muy probable determinar gran parte del análisis sustantivo y las conclusiones respecto a los efectos en la competencia de los datos personales.

\* \* \*



## **Bibliografía**

AUSTRALIAN COMPETITION & CONSUMER COMMISSION, “Digital Platforms Inquiry - Preliminary report” (2018).

AUTORITAT CATALANA DE LA COMPETÈNCIA, “La economía de los datos. Retos para la competencia” (2016).

BAKER, Jonathan B., “The Antitrust Paradigm – Restoring a Competitive Economy”, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press (2019).

BAGNOLI, Vicente, “The Big Data Relevant Market As a Tool for a Case by Case Analysis at the Digital Economy: Could the EU Decision at Facebook/WhatsApp Merger Have Been Different?” (2017).

BAGNOLI, Vicente, “The Definition of the Relevant Market, Verticalization and Abuse of Dominant Position in the Era of Big Data”, en: Competition and Innovation: Annals of the international congress to promote debates on Competition Law and Technological Innovation facing the reality and challenges of the Digital Economy. Bagnoli, V. (coord.), Sao Paulo: Scortecci (2017).

BALTO, David A. y LANE, Matthew, “Monopolizing Water in a Tsunami: Finding Sensible Antitrust Rules for Big Data” (2016).

BOURREAU, Marc, DE STREEL, Alexandre y GRAEF, Inge, “Big Data and Competition Policy: Market Power, Personalised Pricing and Advertising” (2017). Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2920301> [consulta: 22 de mayo de 2020].

BOTTA, Marco, y WIEDEMANN, Klaus, “Exploitative Conducts in Digital Markets: Time for a Discussion after the Facebook Decision”, en Journal of European Competition Law & Practice Vol. 10 N° 8 (2019).

BOTTA, Marco y WIEDEMANN, Klaus, “The Interaction of EU Competition, Consumer, and Data Protection Law in the Digital Economy: The Regulatory Dilemma in the Facebook Odyssey”, en: 64(3) Antitrust Bulletin (2019).

BROCKHOFF, Julia, JEHANNO, Bertrand, POZZATO, Vera, BUHR, Carl-Christian, EBERL, Peter, PAPANDROPOULOS Penelope, “Google/DoubleClick: The first test for the Commission’s nonhorizontal merger guidelines”, (2008) disponible en [http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2008\\_2\\_53.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2008_2_53.pdf) [consulta: 20 de noviembre de 2018].

BUNDESKARTELLAMT y AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, “Competition Law and Data” (2016).

BUTTARELLI, Giovanni, “This is not an article on data protection and competition law”, en: CPI Antitrust Chronicle (2019).

COLANGELO, Giuseppe, “Facebook and Bundeskartellamt’s Winter of Discontent”, en Competition Policy International (2019).

COMITÉ DEL MERCADO INTERNO Y PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR, PARLAMENTO EUROPEO, “Compromise Amendments on IMCO Report 2020/2018 (INL): “Digital Services Act – Improving the functioning of the Single Market” (2020), disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014\\_2019/plmrep/COMMITTEES/IMCO/DV/2020/09-28/p.4\\_CAs\\_Saliba\\_DSA\\_final\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/IMCO/DV/2020/09-28/p.4_CAs_Saliba_DSA_final_EN.pdf) [consulta: 2 de octubre de 2020].

COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY, “Online platforms and digital advertising – Market study interim report - Appendix E” (2019).

COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY, “Online platforms and digital advertising – Market study interim report - Appendix F” (2020).

CANADA COMPETITION BUREAU, “Big Data and innovation: key themes for competition policy in Canada” (2018) disponible en: [http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/CB-Report-BigData-Eng.pdf/\\$file/CB-Report-BigData-Eng.pdf](http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/CB-Report-BigData-Eng.pdf/$file/CB-Report-BigData-Eng.pdf) [consulta: 14 de diciembre de 2018].

COUNCIL OF ECONOMIC ADVISERS, EXECUTIVE OFFICE OF THE PRESIDENT OF THE UNITED STATES, “Big Data and differential pricing” (2015), disponible en: [https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/whitehouse\\_files/docs/Big\\_Data\\_Report\\_Nonembargo\\_v2.pdf](https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/whitehouse_files/docs/Big_Data_Report_Nonembargo_v2.pdf) [consulta: 20 de noviembre de 2018].

DAVILLA, Marixenia, “Is Big Data a Different Kind of Animal? The Treatment of Big Data Under the EU Competition Rules”, en: *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 8 N° 6 (2017).

EBEN, Magali, “Market Definition and Free Online Services: The Prospect of Personal Data as Price” en: *I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society*, Vol.14 N° 2 (2018).

EVANS, David S., “Two-Sided Market Definition”, en: *ABA Section of Antitrust Law, MARKET DEFINITION IN ANTITRUST: THEORY AND CASE STUDIES*, Forthcoming (2009).

EZRACHI, Ariel y ROBERTSON, Viktoria H.S.E, “Competition, Market Power and Third-Party Tracking”, en *World Competition: Law and Economics Review*, Vol. 42 N° 1 (2019).

EVANS, David S., “The Economics of Attention Markets” (2017).

FAULL, Jonathan y NIKPAY, Ali, “The EC Law of Competition - Second Edition”, Nueva York: Oxford University Press (2007).

GARCES, Eliana and FANARAS, Daniel, “Antitrust, Privacy, and Digital Platforms' Use of Big Data: A Brief Overview”, en: *Competition, Journal of the Antitrust, UCL, and Privacy Section of the California Lawyers Committee*, Vol. 28, N° 1 (2018).

GIANNACCARI, Andrea, “The Big Data Competition Story: Theoretical approaches and the first enforcement series”, en: *EUI Working Papers, European University Papers* (2018).

GIANNINO, Michele, “Microsoft/LinkedIn: What the European Commission said on the competition review of digital market mergers (2017), disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3005299](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3005299) [consulta: 2 de Agosto de 2020].

GRAEF, Inge, “Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms”, en: *World Competition: Law and Economics Review*, Vol. 38, N° 4 (2015).

HOGAN LOVELLS, “Exploring the contrasting views about Antitrust and Big Data in the U.S. and EU, 27 de septiembre de 2018, disponible en:

<https://www.hoganlovells.com/en/publications/exploring-the-contrasting-views-about-antitrust-and-big-data-in-the-us-and-eu> [consulta: 20 de abril de 2019].

HOVENKAMP, Herbert, “The Antitrust Enterprise: Principle and Execution”, Cambridge, Massachussets: Harvard University Press (2005).

HUBBARD, Sally, “Facebooks needs more tan a \$5 billion fine. It needs a new business model” (2019), disponible en: <https://edition.cnn.com/2019/07/25/perspectives/facebook-ftc-fine-big-tech-antitrust/index.html> [consulta: 2 de agosto de 2020].

IBÁÑEZ COLOMO, Pablo “On the Amazon probe: neutrality everywhere (or the rise of common carrier antitrust)” (2018), disponible en: <https://chillingcompetition.com/2018/09/25/on-the-amazon-probe-neutrality-everywhere-or-the-rise-of-common-carrier-antitrust/> [consulta: 14 de diciembre de 2018].

KATHURIA, Vikas and GLOBOCNIK, Jure, “Exclusionary Conduct in Data-Driven Markets: Limitations of Data Sharing Remedy”, en: Journal of Antitrust Enforcement (2019); Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper N° 19-04 (2019).

KATZ, M.L., “Multisided Platforms, Big Data, and a Little Antitrust Policy”, en: Rev Ind Organ 54 (2019).

KHAN, Lina, “Amazon’s Antitrust Paradox”, en The Yale Law Journal Vol. 126 N° 3 (2017).

KHAN, Lina, “The New Brandeis Movement: America’s Antimonopoly Debate”, en: Journal of European Competition Law Practice, Vol. 9 N° 3 (2018).

LAMADRID, Alfonso, “The Suspension of the Bundeskartellamt’s Facebook Decision- Part I: What the Order Actually Says”, 3 de septiembre de 2019, disponible en: <https://chillingcompetition.com/2019/09/03/the-suspension-of-the-bundeskartellamts-facebook-decision-part-i-what-the-order-actually-says/> [consulta: 28 de octubre de 2019].

LYNN, Barry, “Here’s How To Finally Fix Facebook”, en The Daily Beast, 16 de noviembre de 2018, disponible en: <https://www.thedailybeast.com/heres-how-to-finally-fix-facebook> [consulta: 20 de noviembre de 2018].

MCNAMEE, Roger, “Zucked: Waking Up to the Facebook Catastrophe”, Nueva York: Penguin Press (2019).

MILLER, Akiva, “The Dawn of the Big Data Monopolists” (2017), disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2911567> [consulta: 20 de noviembre de 2018].

MONOPOLKOMMISSION, “Competition Policy: The challenge of digital markets” (2015).

MOTTA, Massimo, “Política de la Competencia: Teoría y Práctica”, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica (2018).

NEWMAN, John M, “Attention Markets and the Law”, en: University of Miami Legal Studies Research Papers, Forthcoming (2019).

NIGRO, JR., Bernard A., “‘Big Data’ and Competition *for* the market- Remarks as Prepared for Delivery at The Capitol Forum and CQ: Fourth Annual Tech, Media & Telecom Competition Conference” (2017), disponible en: <https://www.justice.gov/opa/speech/file/1017701/download> [consulta: 14 de diciembre de 2018].

OECD, “Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era – Background note by the Secretariat (2016).

OECD, “Algorithms and Collusion: Competition policy in the digital age” (2017).

PODSZUN, Rupprecht, “Facebook @ BGH” (2020), disponible en: <https://www.d-kart.de/en/blog/2020/06/23/facebook-bgh/> [consulta: 2 de OCTUBRE de 2020].

ROBERTSON, Viktoria H.S.E., “Excessive Data Collection: Privacy Considerations and Abuse of Dominance in the Era of Big Data”, en: 57 Common Market Law Review (2019).

SAGERS, Chris, “Antitrust and Tech Monopoly: A General Introduction to Competition Problems in Big Data Platforms: Testimony Before the Committee on the Judiciary of the Ohio Senate” (2019).

SALMELA, Elisa, “Commercial Use of Data and the Implications to Merger Control in Data Related Markets”, JAEM03 Master Thesis, Facultad de Derecho de la Universidad de Lund (2016).

SCHEPP Nils-Peter, y WAMBACH Achim, “On Big Data and Its Relevance for Market Power Assessment”, en: Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 7, Issue 2, (2016).

SCHNEIDER, Giulia, “Testing Art. 102 TFEU in the Digital Marketplace: Insights from the *Bundeskartellamt*’s investigation against Facebook”, en: Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 9 N° 4 (2018).

SCHNEIER, Bruce, “Data and Goliath: The Hidden Battles to Collect Your Data and Control Your World”, Nueva York: W. W. Norton & Company (2015).

SCOTT MORTON, Fiona M. y DINIELLI, David, C., “Roadmap for an Antitrust Case Against Facebook” (2020), disponible en: <https://www.omidyar.com/sites/default/files/Roadmap%20for%20an%20Antitrust%20Case%20Against%20Facebook.pdf> [consulta: 2 de agosto de 2020].

SOKOL, D. Daniel y COMERFORD, Roisin E., “Does Antitrust Have a Role to Play in Regulating Big Data?”, en: Cambridge Handbook of Antitrust, Intellectual Property and High Tech, Cambridge University Press, Forthcoming (2016).

SRINIVASAN, Dina, “The Antitrust Case Against Facebook”, en: Berkeley Business Law Journal Vol. 16, Issue 1, Forthcoming (2018).

STAPP, ALEC, “Why Data Is Not the New Oil”, 8 de octubre de 2019, disponible en: <https://truthonthemarket.com/2019/10/08/why-data-is-not-the-new-oil/> [consulta: 28 de octubre de 2019].

STUCKE, Maurice E. and EZRACHI, Ariel, “When Competition Fails to Optimize Quality: A Look at Search Engines”, en: Yale Journal of Law & Technology 70 (2016); University of Tennessee Legal Studies Research Paper N° 268 (2015).

STUCKE, Maurice E. y EZRACHI, Ariel, “The Rise, Fall, and Rebirth of the U.S. Antitrust Movement”, en: Harbard Business Review (2017), disponible en: <https://hbr.org/2017/12/the-rise-fall-and-rebirth-of-the-u-s-antitrust-movement> [consulta: 20 de noviembre de 2017].

STUCKE, Maurice E. y Ezrachi, Ariel, “Competition Overdoes: How Free Market Mythology Transformed Us from Citizen Kings to Market Servants”, Nueva York: Harper Business (2020).

STUCKE, Maurice E., y GRUNES, Allen P., “No mistake about it: The important role of Antitrust in the Era of Big Data”, The Antitrust Source, Online; University of Tennessee Legal Studies Research Paper N° 269 (2015).

STUCKE, Maurice S. y GRUNES, Allen P., “Big Data and Competition Policy”, Oxford: Oxford University Press (2016).

STUCKE, Maurice E. y GRUNES, Allen P., “Data-opolies” (March 3, 2017), en: Concurrences N° 2 (2017); University of Tennessee Legal Studies Research Paper N° 316 (2017).

STUCKE, Maurice E., “Should We Be Concerned About Data-opolies?”, en: 2 Georgetown Law Technology Review 275 (2018); University of Tennessee Legal Studies Research Paper N° 349 (2018).

TUCKER, Catherine E y LAMBRECHT, Anja, “Can Big Data Protect a Firm from Competition?” (2015).

TUCKER, Darren S. y WELLFORD, Hill B., “*Big Mistakes Regarding Big Data*”, The Antitrust Source, American Bar Association (2014).

WHISH, Richard y BAILEY, David, “Competition Law - Seventh Edition”, Oxford: Oxford University Press (2012).

WITT, ANNE, C, “How Germany Managed to Outlaw Facebook’s Core Business Model”, 10 de julio de 2020, disponible en: <https://promarket.org/2020/07/10/how-germany-managed-to-outlaw-facebooks-core-business-model/> [consulta: 21 de julio de 2020].

WRIGHT, Joshua D., y DORSEY Elyse, “Antitrust Analysis of Big Data”, en 2: CLPD 35 (2016).

WRIGHT, Joshua D., Yun, M. John, Krzepicki, Alexander, “The Impulse to Condemn the Strange: Assessing Big Data in Antitrust”, en CPI Antitrust Chronicle Vol. 2 N° 2 (2020).

WU, Tim, “The Attention Merchants: The Epic Scramble to get Inside our Heads”, Nueva York: Alfred A. Knopf (2017).

WU, Tim “The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age”, Nueva York: Columbia Global Reports (2018).

ZINGALES, Nicolo, “Apple/Shazam: Data Is Power, But Not a Problem Here”, en CPI EU News (2018).

## **Jurisprudencia citada**

### **1.1. Chile**

FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, Adquisición de Cornershop por parte de Uber Technologies, Rol FNE F217-2019 (2020).

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Resolución 24/2008 (“Consulta sobre fusión entre S.A.C.I. Falabella y Distribución y Servicio D&S S.A.”).

### **1.2. Estados Unidos**

FEDERAL TRADE COMMISSION, “Proposed Acquisition of Hellman & Friedman Capital Partners V, LP (Click Holding Company) by Google Inc.”, File N° 071-0170 (2007).

FEDERAL TRADE COMMISSION, “In the Matter of Facebook, Inc., a corporation”, File N° 092-3184 (2019).

### **1.3. Unión Europea**

COMISIÓN EUROPEA, Case N° COMP/M.4731 – Google/DoubleClick (2008a).



COMISIÓN EUROPEA, Case N° COMP/M.4852 – TomTom/Tele Atlas (2008b).

COMISIÓN EUROPEA, Case N° COMP/M.7217 – Facebook/WhatsApp (2014).

COMISIÓN EUROPEA, Case N° M.8124 – Microsoft/LinkedIn (2016).

COMISIÓN EUROPEA, Case N° COMP/M.8228 – Facebook/WhatsApp (2017).

COMISIÓN EUROPEA, Case N° M.8788 – Apple/Shazam (2018).

COMISIÓN EUROPEA, Case N° M.9660 – Google/Fitbit (2020).

#### **1.4. Alemania**

BUNDESKARTELLAMT, “Facebook Inc. i.a. – The use of abusive business terms pursuant to Section 19 (1) GWB – B6-22/16” (2019).

#### **1.5. Italia**

AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, procedimento istruttorio PS/11112 (2018).

#### **1.6. Reino Unido**

OFFICE OF FAIR TRADING, “Anticipated acquisition by Facebook Inc of Instagram Inc – ME/5525/12” (2012).