

## Doctrina

---

*Por Sandra Marco Colino, profesora de la facultad de Derecho de la Universidad China de Hong Kong y miembro del Consejo Académico de Dictum.*

### Los retos del “big data” para el Derecho de la competencia

El pasado julio, Netflix traía a nuestras pantallas el escándalo de Cambridge Analytica a través del aclamado documental “Nada es privado” (*The Great Hack*, 2019)<sup>1</sup>. La consultora británica, especializada en el análisis de datos, se habría hecho con la información personal de hasta 50 millones de estadounidenses (que suponen el 15 por ciento de la población de ese país), para posteriormente utilizarla con fines políticos y tratar de influenciar los resultados de las elecciones presidenciales de 2016<sup>2</sup>. Contratada para la campaña electoral del entonces candidato a la presidencia Donald Trump, la compañía habría creado noticias falsas para difundirlas por las redes sociales y así afectar la intención de voto de los destinatarios. Los datos fueron adquiridos mediante una aparentemente inocua aplicación de Facebook en forma de test de personalidad. Las más de 265.000 personas que se sometieron al mismo dieron permiso, probablemente sin darse cuenta, a acceder no sólo a su información privada, sino también a la de sus amistades<sup>3</sup>. A Facebook se le impusieron sanciones económicas (demasiado modestas según algunos) tanto en Estados Unidos como en el Reino Unido por haber consentido, de manera más que cuestionable, el

acceso de terceros a los datos de sus usuarios<sup>4</sup>. Cambridge Analytica, por su parte, dejó de existir en 2018, pese a que algunas compañías asociadas continúan operando en la actualidad<sup>5</sup>.

El percance pone de manifiesto los riesgos suscitados por el fenómeno “big data” en la era de la información<sup>6</sup>. Por supuesto, no todo son malas noticias. El uso generalizado de analíticas de datos brinda grandes oportunidades en la esfera de la aplicación del Derecho<sup>7</sup>. Por ejemplo, es posible que, en un futuro no muy lejano, las autoridades que velan por la protección de la competencia puedan utilizar la información obtenida mediante tales estudios para identificar conductas anticompetitivas. Además, dichos datos podrían constituir una valiosa arma para empresas que deseen evitar infringir la normativa correspondiente, pues servirían para diseñar políticas corporativas de cumplimiento de la ley. No obstante, crece la preocupación en torno al potencial uso de la información para restringir, en vez de fomentar, la competencia. Y cuando se trata del “big data”, considerado el “petróleo de la era digital”<sup>8</sup>, los riesgos son aún mayores. En el

2016, un informe conjunto de las autoridades de competencia de Alemania y Francia señalaba tres posibles problemas a tener en cuenta: (1) la erección de barreras a la entrada en el mercado de nuevas empresas que no tengan acceso a esos datos; (2) una tendencia a coludir por el incremento de la transparencia; y (3) la posibilidad de que afloren conductas excluyentes abusivas por parte de las compañías que poseen “big data”, si deciden impedirles a sus rivales acceso a la información necesaria para competir en igualdad de condiciones<sup>9</sup>. Por su parte, Maurice Stucke y Allen Grunes han avisado sobre el “daño potencial de las fusiones impulsadas por los datos”<sup>10</sup>, como la adquisición de LinkedIn por Microsoft en el 2016<sup>11</sup>, o la compra de Whatsapp por Facebook en el 2014<sup>12</sup>. Cabe recordar que ambas operaciones fueron analizadas y aprobadas por las autoridades de competencia pertinentes.

Si bien la posibilidad de que el “big data” se utilice para dañar al proceso competitivo resulta preocupante, de momento se ha hecho muy poco al respecto. Pese al debate académico y político que se ha generado en torno a estas cuestiones, y a la publicación de algún que otro informe, tan sólo el Bundeskartellamt alemán ha llegado a intentar sancionar a una empresa –de nuevo Facebook –por un posible abuso de posición dominante vinculado a una infracción de las leyes de protección de datos<sup>13</sup>. Y es posible que sea un intento fallido, pues en agosto de 2019 un tribunal de Düsseldorf suspendió cautelarmente la decisión, criticando duramente la postura de la autoridad de competencia y poniendo en duda su legalidad<sup>14</sup>. La propia Dirección General de competencia de la Comisión Europea ha reiterado

no es de su incumbencia velar por la protección de los datos personales. Su misión es simplemente asegurarse de que se cumplen las normas de competencia del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)<sup>15</sup>. Por ahora, los esfuerzos de las autoridades no parecen haber desenterrado problemas específicos que merezcan ser investigados y/o sancionados. Tal y como ha reconocido Margrethe Vestager, comisaria de competencia de la UE, las agencias pertinentes “no deben actuar simplemente porque una empresa posea muchos datos. Después de todo, datos no equivalen automáticamente a poder”<sup>16</sup>. Incluso si así fuera, la posesión de poder de mercado no es punible en sí misma: lo que prohíbe la ley es su abuso.

Con el rápido y constante crecimiento de las estrategias de negocios impulsadas por el “big data”, es más que probable que las agencias “antitrust” de todo el mundo tengan que abordar estos temas antes o después. Para ello, como ha señalado Alfonso Lamadrid, será fundamental que se basen siempre en un “análisis objetivo, casuístico y basado en los hechos”<sup>17</sup>. El Derecho de la competencia puede ayudar a destilar los beneficios del “big data” mediante la identificación y sanción de sus consecuencias negativas. Sin embargo, en la práctica ello no resulta fácil. Y ello porque, en primer lugar, evidentemente será necesario hilvanar la aplicación del Derecho de la competencia con la normativa de protección de datos<sup>18</sup>. Pero además, en segundo lugar, las agencias de competencia han de tener en cuenta las complejidades de una nueva realidad que cuestiona la efectividad de los remedios y los métodos de análisis tradicionales. En este sentido, cabe preguntarse si el poco

camino andado hasta ahora se debe a la ausencia de problemas específicos, o a la insuficiencia de los instrumentos convencionales para identificar tales contrariedades.

<sup>1</sup> Sinead Garvan, *Cambridge Analytica: cómo Netflix retrata el mayor escándalo de privacidad en las redes sociales en "Nada es privado"*, BBC News (26 julio 2019)

<https://www.bbc.com/mundo/noticias-49122905>.

<sup>2</sup> Redacción, *5 claves para entender el escándalo de Cambridge Analytica que hizo que Facebook perdiera US\$37.000 millones en un día*, BBC News (21 marzo 2018)

<https://www.bbc.com/mundo/noticias-43472797>.

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> Sandro Pozzi, "Facebook pagará en EE. UU. una multa de 5.000 millones y deberá mejorar sus sistemas de protección de datos", *El País* (24 julio 2019) [https://elpais.com/economia/2019/07/24/actualidad/1563983967\\_275285.html](https://elpais.com/economia/2019/07/24/actualidad/1563983967_275285.html); EFE, "Reino Unido multa a Facebook con 565.000 euros por el escándalo de Cambridge Analytica", *El País* (25 octubre 2018)

[https://elpais.com/internacional/2018/10/25/actualidad/1540460489\\_978436.html](https://elpais.com/internacional/2018/10/25/actualidad/1540460489_978436.html).

<sup>5</sup> Pablo Guimón, "Cierra Cambridge Analytica, la empresa clave en el escándalo de Facebook", *El País* (3 mayo 2018)

[https://elpais.com/internacional/2018/05/02/actualidad/1525285885\\_691249.html](https://elpais.com/internacional/2018/05/02/actualidad/1525285885_691249.html).

<sup>6</sup> Brent D. Ruben, "En la era de la información: información, tecnología, y el estudio del comportamiento" (1990) 13 *Documentación de las ciencias de la información*, págs. 53-72.

<sup>7</sup> Esta parte del presente artículo está basada en mi contribución "Big data, small competition?", publicada en el blog Machine Lawyering (2 enero 2018)

<https://www.legalanalytics.law.cuhk.edu.hk/single-post/2018/01/02/Big-Data-Small-Competition>.

<sup>8</sup> "When the world's most valuable resource is no longer oil, but data", *The Economist* (6 mayo 2017) <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>.