



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE

MAYO, 2022

BIG DATA Y EL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

PROGRAMA UC - LIBRE
COMPETENCIA

LIBRE COMPETENCIA EN POCAS
PALABRAS - N°16

DOCUMENTO ELABORADO POR EL PROGRAMA UC | LIBRE
COMPETENCIA, CON LA COLABORACIÓN DE MICAELA ARANGURI GARCÍA

BIG DATA Y EL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, los modelos de negocio basados en la recolección, procesamiento, tratamiento y explotación de grandes cantidades de datos —*Big Data*— han crecido exponencialmente, y con ellos una amplia gama de servicios que benefician a los consumidores¹.

Esta tendencia ha sido acompañada por el desarrollo de técnicas computacionales basadas en el aprendizaje automático, que permiten analizar y almacenar los datos de los usuarios de tal manera que puedan ser utilizados en la estrategia comercial de las empresas.

Así, los productos y servicios digitales ofrecidos por dichas empresas han significado una revolución en innovación y eficiencia para los usuarios. Sin embargo, también han generado una creciente preocupación a diversas autoridades de jurisdicciones extranjeras respecto a los retos que dichos productos y servicios plantean a la regulación de libre competencia.

En particular, el hecho de que el *Big Data* sea un activo económico que otorga una ventaja competitiva en los mercados digitales (con altos efectos de red), conlleva a la necesidad de analizar

detenidamente la relación entre dicho activo y las conductas de abuso de posición dominante.

En este documento revisaremos brevemente qué se entiende por *Big Data* y cuál es su relación con la práctica de abuso de posición dominante.

2. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR BIG DATA?

No existe una definición única de *Big Data*. De hecho, el uso de este término a menudo carece de precisión.

No obstante, las definiciones más comunes suelen referirse a dos aspectos: **(i)** la gran dimensión del conjunto de datos y **(ii)** la necesidad de utilizar un software con una potencia de cálculo a gran escala y métodos no estándares para extraer el valor de los datos en un término razonable.²

Para distinguir el *Big Data* de las bases de datos en general, es necesario identificar sus principales características —conocidas como las “5 Vs”—. Estas son las siguientes³:

- **Volumen de datos:** se refiere a la magnitud de los datos generados por segundo. En el entorno del *Big Data* se analiza un gran volumen de datos.
- **Velocidad:** hace referencia al ritmo al que se generan nuevos datos y a la rapidez con la que estos se tienen disponibles para la toma de

¹ Programa de Libre Competencia UC. Antitrust Position Papers N°7, Octubre 2021. Disponible [aquí](#).

² OCDE. *Big Data: Bringing Competition policy to the digital era*, November 2016.

³ Claici Adina. *Big Data y Política de Competencia*. Papeles de Economía Española, N° 157, 2018.

decisiones. Una empresa que utiliza *Big Data* tendrá un flujo grande y continuo de datos.

- **Variedad:** se refiere a la multiplicidad de las fuentes de recolección de datos y de los tipos de datos que las empresas pueden extraer y procesar, dada la gran cantidad de datos que poseen.
- **Veracidad:** se refiere a la calidad y precisión de los datos. Los datos recolectados deben tener un alto nivel de confiabilidad.
- **Valor de los datos:** hace referencia a la capacidad de transformar la gran cantidad de datos en negocio. El valor del *Big Data* aumenta significativamente en función de los resultados que se pueden obtener de ellos.

Así, el *Big Data* es una combinación de estas 5 características, que lo convierten en un activo económico determinante en la toma de decisiones.

3. ¿QUÉ SABEMOS SOBRE LA RELACIÓN ENTRE EL BIG DATA Y EL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE?

Como se ha señalado en una edición anterior de esta serie, el abuso de posición dominante se puede conceptualizar como “prácticas restrictivas de la libre competencia que pueden ser realizadas por una empresa

que ocupa un lugar preponderante en el mercado relevante, ya sea para mantener o aumentar una participación en el mercado”.⁴

En ese sentido, las empresas que -dado su modelo de negocio- han logrado obtener grandes volúmenes de datos de los usuarios, y con ello un valioso activo económico, en principio no tendrían incentivos para compartir dicha información con los demás competidores y, en cambio, sí tendrían incentivos para aprovechar y rentabilizar dicho activo a través de conductas exclusorias o explotativas

A continuación, identificamos algunas de las prácticas anticompetitivas más comunes relacionadas al abuso de posición de dominante y el *Big Data*.

3.1. Discriminación:

En este caso la empresa con posición dominante podría discriminar a otras empresas competidoras en mercados relacionados, negando acceso a los datos que posee.

Por ejemplo, en el 2014 la Autoridad de Competencia francesa consideró que Cegedim, el principal proveedor de bases de datos de información médica en Francia, incurrió en una infracción a la regulación de competencia de dicho país y de la Unión Europea (“UE”).

En particular, Cegedim se negó a vender su principal base de datos (llamada *OneKey*) a los clientes que utilizaban el software de uno de sus competidores

⁴ Programa de Libre Competencia UC. Libre Competencia en Pocas Palabras N°2, Abril 2021. Disponible [aquí](#).

(Euris), en circunstancias que sí ofrecía dicho activo a otros clientes del mercado⁵.

La Autoridad de Competencia francesa consideró tal comportamiento como discriminatorio y concluyó que, dado que OneKey era el conjunto de datos más relevante en el mercado de las bases de datos de información médica y que Cegedim era un actor dominante en dicho mercado, tal práctica discriminatoria tuvo el efecto de limitar el desarrollo de su competidor Euris entre 2008 y 2012⁶.

3.2. Self preferencing:

A grandes rasgos, el “Self preferencing” o “autofavorecimiento” implica que una empresa o plataforma busque expandir su posición de dominio a otro mercado mediante el favorecimiento de sus propios productos⁷.

El caso reciente más relevante en el cual se analizó esta conducta de abuso de posición dominante es el de “Google Search (Shopping)”⁸, investigado por la Comisión Europea.

La conducta de Google consistió en que, cada vez que un usuario realizaba una

búsqueda relacionada con la compra de un producto a través de Google Search, este arrojaba entre los primeros resultados a su comparador de compras Google Shopping, dejando los servicios de comparación de sus competidores al final de la búsqueda.⁹

Así fue que, con fecha 27 de junio de 2017, la Comisión Europea, adoptó una decisión sancionando a Google por haber abusado de su posición dominante en el mercado de búsqueda, para favorecer a su propio comprador de compras¹⁰.

3.3. Ventas atadas:

Los datos recolectados en un mercado determinado podrían ser utilizados por una empresa para desarrollar o aumentar su poder de mercado en otro mercado, por la vía de exigir como condición de venta o licencia de dicha base de datos (el producto “vinculante”), la compra o licencia de un producto secundario en principio no deseado por el comprador (el producto “vinculado”).

Por ejemplo, de acuerdo con la Autoridad de Competencia y Mercados del Reino Unido (CMA, por sus siglas en

⁵ Se trata del mercado adyacente de software de gestión de las relaciones con clientes (CRM) en el sector de la salud.

⁶ Décision n° 14-D-06 du 8 juillet 2014. Disponible en: <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/commitments/14d06.pdf>

⁷ Paemen, Dieter y Aleksander Tombiński. The Google comparative shopping case. A critical take on the arguments. Competition Law Insight.

⁸ European Commission Decision in Case AT.39740. 27 June 2017. Disponible en:

https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/de_c_docs/39740/39740_14996_3.pdf

⁹ Zuñiga Díaz Giuliana. Una mirada al análisis de los actos de abuso de posición de dominio en mercados digitales: actualidad y desafíos. *Foro Jurídico*, (19), 149-169, 2021.

¹⁰ European Commission Decision en Caso AT.39740. 27 June 2017. Disponible en: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/de_c_docs/39740/39740_14996_3.pdf

inglés)¹¹, una empresa con poder de mercado obtenido gracias a la creación de un valioso conjunto de datos puede intentar entrar en el mercado de análisis de datos vinculando la compra de su conjunto de datos con el uso de su servicio de análisis.

Así, esta conducta podría perjudicar a la competencia cuando tiene el potencial de excluir a las empresas rivales dentro del mercado más competitivo, o bien, cuando elimina los incentivos para que las nuevas empresas entren en el mercado (por ejemplo porque estas no pueden competir sin proporcionar toda la gama de servicios prestados por la empresa con poder de mercado).

3.4. **Free-riding forzoso:**

Esta conducta ocurre cuando las plataformas digitales, que sirven como intermediarias entre usuarios profesionales y usuarios finales — *gatekeeper*— y que además se encuentran verticalmente integradas, se apropian de la innovación de otras empresas (por ejemplo, datos) que dependen de la plataforma para acceder a los consumidores beneficiando a sus propios productos y servicios¹².

Un claro ejemplo de dicha conducta es el caso de Amazon, que fue investigado en el 2019 por la Comisión Europea.

Amazon habría utilizado datos comercialmente sensibles que recolectaba de los *retailers*

independientes (productos más vendidos, principales clientes, países de destino, etc.) participantes en su plataforma de *e-commerce* (*Marketplace*) para aprovecharla y mejorar su propia oferta de productos, excluyendo a los *retailers* independientes competidores.

Así, con fecha 10 de noviembre de 2020, la Comisión Europea abrió una investigación formal contra Amazon por abusar de su posición dominante en el mercado *retail*¹³.

4. REFLEXIONES FINALES

Es claro que el crecimiento de los modelos de negocio basados en la recopilación y el procesamiento de *Big Data* mantendrá su tendencia incremental.

En ese contexto, la certeza de que el *Big Data* es un activo económico que ofrece una ventaja competitiva representa grandes desafíos al análisis tradicional de los actos de abuso de posición dominante llevado a cabo por las autoridades de competencia.

Así, diversas autoridades a lo largo de todo el mundo se encuentran realizando esfuerzos para adaptar la legislación de libre competencia y afrontar dichos retos.

Así por ejemplo, en la UE se está discutiendo la aprobación de la

¹¹ Competition & Markets Authority. The commercial use of Consumer data. June, 2015.

¹² OCDE. Abuse of Dominance in Digital Markets, 2020.

¹³ European Commission. Opening of Proceedings. Noviembre, 2020. Disponible en: https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_AT_40703

propuesta de regulación “Digital Markets Act” (DMA), presentada en el año 2020 por la Comisión Europea con el objetivo de aumentar el grado de “desafiabilidad” (*contestability*) en los mercados digitales europeos, buscando con ello favorecer la entrada de nuevos actores en dichos mercados¹⁴.

Así, la DMA establecería normas armonizadas a nivel de la UE, que definen y prohíben ciertas prácticas anticompetitivas de los denominados “gatekeepers”¹⁵, estableciendo además ciertos deberes positivos de conducta, tales como el deber de compartir ciertas bases de datos (“*data sharing*”) para disminuir así el grado de control de los gatekeepers.¹⁶

Propuestas como la DMA han suscitado discusiones muy interesantes acerca de la tensión que puede existir entre, por un lado, mantener los incentivos a la innovación y desarrollo de nuevos modelos de negocios y, por otro lado, la conservación de condiciones competitivas para favorecer la aparición de nuevos entrantes. La forma en que se resuelva esta tensión está aún por verse.

¹⁴ European Commission. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act). Diciembre, 2020. Disponible en: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/proposal-regulation-single-market-digital-services-digital-services-act_en.pdf

¹⁵ Por ejemplo, se puede mencionar la prohibición contenida en el artículo 5: Abstenerse de imponer prácticas de empaquetamiento y ventas atadas a las

empresas o usuarios finales (por ejemplo, exigir a los usuarios que usen, oferten o interactúen con los servicios del *gatekeeper*).

¹⁶ Art 6. Proporcionar a otros proveedores de motores de búsqueda en línea el acceso, en condiciones justas, razonables y no discriminatorias, a los datos de posicionamiento, búsqueda, consulta y visualización en relación con la búsqueda realizadas por los usuarios finales en los motores de búsqueda del *gatekeeper*.