

Fallos en el mercado de intercambio de datos entre empresas (B2B) y medidas para abordarlos desde la regulación y los remedios de competencia: una perspectiva europea de *lege lata* y de *lege ferenda*

Market Failures in Business-to-Business (B2B) Data Exchanges and the Ways to Solve Them Through Regulation and Competition Remedies: A European Lege Lata and Lege Ferenda Perspective

EUGENIO OLMEDO PERALTA*

Universidad de Málaga, Málaga, España

olmedo@uma.es | <https://orcid.org/0000-0003-1219-7587>

Recibido: 04/09/2023 | Aceptado: 13/10/2023 | Publicado: 31/10/2023

Resumen. El acceso a datos resulta crítico para el desarrollo de productos y servicios que resulten competitivos en el mercado digital. Sin embargo, su generación y captación se somete a dinámicas que llevan a la acumulación de datos en manos de pocas empresas que los acaparan. A pesar de que los datos están llamados a ser compartidos e intercambiados entre las empresas, se aprecian importantes fallos de mercado que impiden el desarrollo de un mercado interempresarial de datos eficiente. Ello da lugar a un uso sub-óptimo de los datos y a que se desaproveche buena parte de la utilidad social que puede obtenerse de ellos. Las conductas de acaparamiento de datos por las empresas —especialmente cuando se trata de guardianes de acceso— lleva a su infrutilización en detrimento de la competencia en el mercado y de la innovación. En el desarrollo de su Estrategia de Datos, la Unión Europea trata de abordar estos fallos de mercados a través de dos vías: por medio de la regulación del sector digital, y más concretamente estableciendo normas relativas al intercambio de datos. Se imponen así obligaciones y derechos de portabilidad, se fomentan los intercambios y la creación de espacios comunes de datos y pools de datos. A nivel regulatorio, los guardianes de acceso o gatekeepers quedan sometidos a una serie de obligaciones y prohibiciones dirigidas a la apertura del mercado y evitar la consolidación de posiciones indisputables. Complementariamente, las autoridades de competencia pueden también imponer remedios en los expedientes que instruyan ante infracciones antitrust con el objetivo de promover un mercado abierto de datos.

* Doctor Europeo en Derecho Mercantil por la Universidad de Bolonia (Italia). Profesor Titular de Derecho Mercantil, Universidad de Málaga (España).

Palabras clave. Datos; fallos de mercado; Reglamento de Datos; Reglamento de Mercados Digitales; guardianes de acceso; portabilidad; business to business; B2B; intercambio de datos; consorcios de datos.

Abstract. Access to data is critical for the development of products and services that are competitive in the digital market. However, the generation and collection of data are subject to dynamics that lead to the accumulation of data in the hands of a few companies that monopolize it. Despite the fact that data can potentially be shared and exchanged among companies, significant market failures are observed that hinder the development of an efficient business-to-business data market. This results in suboptimal use of data and a significant portion of the social utility that can be derived from them being wasted. Companies' data hoarding behaviors, especially when they act as gatekeepers, lead to underutilization of data to the detriment of market competition and innovation. By means of its Data Strategy, the European Union seeks to address these market failures through two avenues. On the one hand, by regulating the digital sector, specifically by establishing rules regarding data exchange. This imposes obligations and portability rights, promotes exchanges, and encourages the creation of common data spaces and data pools. Similarly, access gatekeepers are subject to a set of obligations and prohibitions aimed at opening the market and preventing the consolidation of uncontested positions. Additionally, competition authorities can impose remedies in the cases they investigate for antitrust infringements, with the aim to promote an open data market.

Keywords. Data; Market failures; Data Act; Digital Markets Act; gatekeepers; portability; business to business; B2B; data sharing; data pools.

1. El papel de los datos en la economía digital. La necesidad de un mercado interempresarial de datos

Las posibilidades de crear y comercializar productos y servicios competitivos en la economía digital dependen en gran medida de la cantidad de datos a los que su desarrollador o fabricante pueda acceder.

La comercialización de software, aplicaciones móviles, redes sociales, servicios de comunicación, plataformas de intermediación y un largo elenco de servicios digitales sólo resultará exitosa si se tiene acceso a tiempo real y en magnitud suficiente a los datos relevantes para su funcionamiento. Piénsese, a modo de ejemplo, en el desarrollo de una aplicación móvil de asistencia a la conducción que, basada en la geolocalización, nos indique en cada momento la mejor ruta para nuestros desplazamientos. Este producto sólo puede ser desarrollado si se tiene acceso a datos importantes como el estado del tráfico a tiempo real en las distintas zonas de la ciudad o la existencia de obras que impacten sobre el tráfico. Pero, además, si la aplicación quiere dar un mejor servicio

deberá tener en cuenta otros elementos que, de forma predictiva, puedan afectar al tráfico en el momento en que nos encontremos en una determinada zona. Para poder prestar el servicio de una forma más precisa se requerirán datos como los horarios de entrada y salida a lugares de gran afluencia —estadios deportivos, colegios, etc.— o circunstancias avenidas que afecten a la circulación —un accidente que bloquea total o parcialmente la ruta que, en principio, se consideraba más adecuada—. Nuestra aplicación sólo podrá tener éxito si tenemos un acceso suficiente y adecuado a los datos que precisamos para su funcionamiento.

Sin embargo, se aprecia que la mayor parte de los datos útiles es generada y acaparada por unas pocas plataformas o compañías que los concentran. Estos datos no se intercambian ni comparten suficientemente. Quedan exclusivamente a disposición de las empresas que los obtienen. Por ello, con una expresión muy desafortunada, se ha afirmado que los datos son el petróleo de la economía digital. Si bien es cierto que, al igual que el petróleo, los datos son un recurso que aporta riqueza y que resulta esencial para ganar competitividad en el mercado, las diferencias son mayores que las similitudes. Fundamentalmente porque los datos son un recurso no apropiable y no disputable. El hecho de que una persona o empresa disponga y utilice un determinado set de datos, no impide que este mismo conjunto pueda ser creado y utilizado por otra. Además, el uso común o compartido de los datos no limita su utilidad para la empresa que los ha generado. En consecuencia, pueden ser reutilizados una y otra vez sin detrimento alguno a su utilidad.

Por esta característica, los datos tienen vocación de ser compartidos e intercambiados entre las empresas. Es más, el propio valor de los datos se hace depender de su cuantía y diversidad, pero también de la mayor o menor dificultad para obtenerlos. A medida que disponemos de una mayor cantidad de datos sobre distintas magnitudes y que proceden de fuentes diferentes, mayor será el valor de la información que obtengamos de ellos. Así, la combinación de datos generados por varias empresas incrementa su valor, generándose importantes sinergias. En cambio, desde una óptica concurrencial, los datos van perdiendo valor a medida que son más fácilmente accesibles y conocidos por más empresas. De este modo, los datos más difíciles de conseguir y a los que no pueden acceder la mayor parte de las empresas serán más valiosos que aquellos otros que sean fácilmente obtenibles. Por ello, las empresas que realizan importantes inversiones en instrumentos para obtener datos tratarán de monetizarlos todo lo posible y, en muchos casos, no estarán interesadas en compartirlos con otras empresas ya que su valor se va malogrando a medida que se amplía el acceso a ellos.

Por la propia naturaleza de los datos, las empresas no pueden adquirir un control intrínseco de carácter exclusivo sobre ellos. Esto es, el hecho de que una empresa obtenga un determinado dato del entorno o del comportamiento de un usuario de cierto producto no impide que ese dato pueda ser también tomado y utilizado por otra empresa. No hay derechos de exclusiva sobre los datos generados. Al no haberse producido como resultado

de un esfuerzo creativo, no se puede ostentar tampoco ningún derecho de propiedad intelectual sobre ellos¹. Sin embargo, estos datos tienen valor. Y las empresas que generan y controlan los datos querrán implementar medidas para retener este valor, considerando que éste será mayor a medida que sean más útiles, tengan mayor variedad y sean más difíciles de obtener por otras empresas. No pudiendo emplear derechos de propiedad intelectual para ello, las empresas implementarán medidas técnicas o contractuales para conseguir de facto la exclusividad de control sobre ciertos datos. Esta protección pasa, en consecuencia, por la adopción de medidas para garantizar su carácter reservado, así como de estrategias para evitar compartirlos con rivales actuales o potenciales.

Esta dinámica alimenta el problema de que no exista un mercado de datos verdaderamente eficiente en el que las empresas que los generan y obtienen los intercambien para generar valor añadido, aumentar su utilidad y permitir la innovación en el desarrollo de nuevos productos y servicios. Los datos siguen estando concentrados en manos de pocas empresas y este acaparamiento impide que potenciales competidores entren en el mercado (levantando barreras de entrada) o, incluso, que se puedan desarrollar nuevos productos o servicios (frenando la innovación).

En este contexto se hace necesario, en primer lugar, identificar los fallos de mercado que impiden que se produzcan intercambios de datos en un nivel suficiente y, en segundo lugar, analizar las medidas jurídicas que se pueden adoptar para superarlos. Como ocurre en prácticamente todos los sectores que presentan problemas de funcionamiento, la solución de estos fallos de mercado puede hacerse por dos vías: a través de la regulación económica del mercado o mediante la aplicación del Derecho de la competencia, en concreto, implementando *ex post* remedios ante infracciones de la normativa.

2. La política europea para la era digital y la estrategia de datos

Durante la última década las instituciones comunitarias han priorizado la adopción de medidas regulatorias para solucionar los fallos de mercado que se producen en la sociedad

¹ No existe un derecho de propiedad industrial o intelectual que permita la apropiación, otorgando un derecho en exclusiva sobre los datos. El único derecho conectado —pero que tampoco protege a los datos en sí— es el derecho sui generis sobre las bases de datos, regulado en el artículo 133 de la Ley de Propiedad Intelectual española, en transposición de la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre protección jurídica de las bases de datos. Sin embargo, este derecho trata de proteger la inversión sustancial, evaluada cualitativa o cuantitativamente, que realiza su fabricante ya sea de medios financieros, empleo de tiempo, esfuerzo, energía u otros de similar naturaleza, para la obtención, verificación o presentación de su contenido. Este derecho, por tanto, se concede para proteger las bases de datos si su productor invierte sustancialmente en la obtención, verificación y presentación de los datos. Su objeto de protección es, por tanto, la inversión en la recopilación de datos y no su creación como subproducto de otra actividad económica. Vid. STJUE (Gran Sala) de 9 de noviembre de 2004, en el asunto C-338/02, *Fixtures Marketing Ltd. v. Svenska Spel AB*, especialmente punto 19. (y, en idéntico sentido, las otras sentencias de 9 de noviembre de 2004, en los asuntos C-46/02, *Fixtures Marketing Ltd v. Oy Veikkaus AB*; C-203/02, *British Horseracing Board Ltd v. William Hill*; y C-444/02, *Fixtures Marketing Ltd v. OPAP*).

digital y, en particular, para fomentar la creación de un mercado de datos. Estas iniciativas hunden sus raíces en las conclusiones y puntos críticos destacados por los estudios e informes que se desarrollaron a finales de la pasada década sobre los problemas jurídicos y económicos de los mercados digitales. Entre estos informes destacan en Europa las dos versiones del *European Data Market study*² y el conocido como informe *Crémer* (Crémer *et al.*, 2019), y en otros ámbitos geográficos los informes del *Stigler Committee* (Stigler Committee, 2019), el de *Chicago Booth* (Morton *et al.*, 2019), el llamado informe *Furman* (Furman *et al.*, 2019), el del *Conseil d'Analyse Économique français* (Jean *et al.*, 2019) o el de *CERRE* (Franck y Peitz, 2019).

A partir de estos y otros estudios, la Unión Europea diseñó su plan normativo a través de la Comunicación “La construcción de una economía de los datos europea” (Comisión Europea, 2017), en la que subraya la relevancia de crear un mercado operativo de datos, eliminando los obstáculos a su libre circulación que deriven de motivos distintos de la protección de datos personales en la UE. Igualmente, se considera prioritaria la necesidad de eliminar las restricciones injustificadas a la localización de los datos para su almacenamiento o procesamiento. El documento identifica como puntos clave que requieren de una intervención normativa:

- La necesidad de mejorar el acceso a datos anónimos generados por máquinas
- Facilitar e incentivar el intercambio de datos
- Proteger las inversiones y los activos creados para el desarrollo de la economía digital
- Evitar la revelación de datos confidenciales y fortalecer la protección de datos personales
- Minimizar los efectos de cautividad
- Promover medidas para incentivar a las empresas a compartir datos, fomentando el desarrollo de soluciones técnicas para la fiabilidad de la identificación y el intercambio de datos
- La definición de unas normas contractuales por defecto que sirvan de base para los intercambios de datos.

Estas medidas se concretaron en febrero de 2020 en la *Estrategia Europea de Datos* (Comisión Europea, 2020), por la que se establecían las líneas centrales para la construcción de un mercado único de datos que permitiese a Europa adoptar un papel protagonista

² Los resultados del primer estudio se presentaron en febrero de 2017 (IDC y Open Evidence, 2017), ofreciendo unos primeros resultados sobre la dimensión y tendencias de la economía de los datos en Europa y se sentaron los cimientos para la medición de sus resultados. Tras este primer análisis en 2020, se presentaron los resultados del segundo estudio, cubriendo el período comprendido entre 2017 y 2020 (Cattaneo *et al.*, 2020).

en la economía digital. La idea central de esta estrategia es generalizar el acceso a los datos creando un mercado ágil en el que pueda tener lugar la circulación de éstos en beneficio de la competencia y la innovación. Esta finalidad se conseguiría, de un lado, mediante la creación de espacios europeos de datos y, de otro, garantizando el derecho de acceso y portabilidad de los datos generados por las máquinas. Se incide igualmente en la necesidad de velar por el funcionamiento competitivo de los mercados de datos, controlando las conductas abusivas que pudieran llevar a cabo las grandes plataformas digitales que controlan los mercados (especialmente las calificadas como guardianes de acceso o *gatekeepers*) y controlando la equidad de las cláusulas contractuales que se empleen en las relaciones comerciales basadas en datos cuando haya situaciones de desequilibrio contractual.

La Estrategia Europea de Datos se ha desplegado en una intensa actividad legislativa, materializándose en las siguientes normas:

- El Reglamento (UE) 2022/868, de Gobernanza de Datos (impropiamente, Ley de Gobernanza de Datos)³
- La propuesta de Reglamento de Datos (o Ley de Datos)⁴, que se encuentra aún en fase de tramitación⁵
- El Reglamento (UE) 2022/1925, de Mercados Digitales⁶
- El Reglamento (UE) 2022/2065, de Servicios Digitales⁷

Completan el marco normativo otras normas que habían sido adoptadas con carácter previo y que conforman la base para que las mencionadas puedan desplegar sus efectos. En el ámbito de las relaciones *inter privatos* destacan entre ellas:

- El Reglamento 2016/679, General de Protección de Datos⁸
- El Reglamento (UE) 2018/1807 sobre la libre circulación de datos no personales⁹

³ Reglamento (UE) 2022/868, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2022, relativo a la gobernanza europea de datos y por el que se modifica el reglamento (UE) 2018/1724 (*Reglamento de Gobernanza de Datos*).

⁴ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización (*Ley de Datos*), COM(2022) 68 final, de 23 de febrero de 2022.

⁵ El pasado 28 de junio de 2023 se alcanzó un acuerdo político entre el Parlamento Europeo y el Consejo de la UE sobre esta Ley de Datos, por lo que es probable que en los próximos meses la norma pase los trámites de aprobación precisos para su entrada en vigor.

⁶ Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2022, sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales).

⁷ Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE.

⁸ 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.

⁹ Reglamento (UE) 2018/1807 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018,

- El Reglamento 2019/1150, sobre fomento de la equidad y transparencia en servicios de intermediación en línea (o Reglamento *Platform 2 Business*, *P2B*)¹⁰.

Esta intensa actividad regulatoria parte de la constatación de que el desarrollo del mercado de datos se encuentra frenado a causa de la falta de confianza por parte de los agentes económicos involucrados, por la existencia de incentivos económicos contradictorios y la presencia de obstáculos tecnológicos que impiden disfrutar del potencial de la innovación basada en datos. Para actuar frente a ello se trata de ofrecer un marco normativo que permita y fomente la reutilización de los datos y que potencie la economía de datos en Europa, respetando tanto la regulación sobre protección de datos como los valores europeos¹¹.

La adecuada configuración de un mercado de datos operativo ha de incidir en la canalización de mayores flujos de datos entre los agentes económicos, así como en la promoción de condiciones justas y equitativas en los intercambios. Para ello, se deben abordar las relaciones entre los distintos tipos de agentes interesados en el mercado, ya se trate de relaciones entre empresas (B2B), entre empresas y la administración (B2G), entre la administración y las empresas (G2B) o entre administraciones (G2G), y con un alcance que se extienda a todos los sectores económicos.

3. Identificación de los principales fallos en el mercado de datos business-to-business (B2B)

A nivel económico, la extracción de valor con fines comerciales a partir de los datos se basa en la producción de economías de escala y alcance. Para ello es precisa su obtención, análisis, combinación y procesamiento. De un lado, cuanto mayor sea el conjunto de datos a que se pueda acceder, se podrá alcanzar a más usuarios, ofreciéndoles productos o servicios de su interés (economías de escala). De otro lado, la reutilización de datos y el control fuentes diversificadas permite aumentar los beneficios a partir de la combinación de datos relativos a parámetros diversos y que son complementarios entre sí (economías de alcance). Un intento de maximizar las utilidades siguiendo esta lógica debería llevar a la articulación de un importante mercado de datos en el que las empresas intercambien y compartan los datos de que disponen, así como a la creación de consorcios o pools¹² en los que las empresas compartan los datos que han generado.

relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea.

¹⁰ Reglamento (UE) 2019/1150, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea.

¹¹ Exposición de Motivos de la Propuesta de Reglamento de Ley de Datos.

¹² Sobre los mismos, *vid.* Lundqvist (2018a, pp. 146-154) y Olmedo (2023b; 2023c).

Sin embargo, en la práctica se aprecian importantes obstáculos que dificultan el desarrollo de este mercado. Se pone de manifiesto que la utilidad social de los datos supera el valor privado que éstos pueden tener si quedan bajo el control exclusivo de la empresa que los controla, que no los comparte y/o que adopta medidas para retenerlos. Dada la inexistencia de incentivos para superar estos obstáculos por la vía contractual, será necesario abordarlos a través de la regulación de los intercambios de datos y superarlos aplicando el Derecho de la competencia a aquellas conductas sobre los datos que puedan resultar abusivas o resultar en acuerdos ilícitos. El objetivo no es, en sí, el desarrollo de un mercado de datos o el fomento de las transacciones, sino la consecución del mayor bienestar social que deriva de su combinación y compartición, evitándose su infrutilización (Martens *et al.*, 2020, p. 5).

Apuntaremos diferentes fallos de mercado que se producen en este sector y que impiden optimizar la utilidad que se extraiga de los datos.

3.1. Fallos derivados del dominio del mercado y el acaparamiento de datos por parte de las grandes plataformas

La capacidad de una empresa para captar, procesar y utilizar datos dependerá, en gran medida, de su posición en el mercado. En tal sentido, las empresas y plataformas de mayor dimensión y dominio en el mercado podrán conseguir acceder y acumular una cantidad de datos a los que sus rivales no podrán llegar. La máxima expresión de este poder de mercado la representan gigantes digitales como Google, Meta, Amazon, Apple o Microsoft que obtienen constantemente enormes cantidades de datos de la combinación de distintos negocios. La capacidad de estas empresas de obtener datos no es replicable por parte de sus competidores reales o potenciales. Además, el poder y la presencia en el mercado que ostentan estas empresas y que les permite captar esta infinidad de datos se retroalimenta: a mayores datos, mayor poder, lo que permite a su vez desarrollar mecanismos para captar una mayor cantidad de datos. La estrategia de estas empresas, por otro lado, se basa en explotar los datos que controlan con fines diversos, extendiendo su actividad a mercados adyacentes en los que no se encontraban presentes originariamente, valiéndose para ello del control de los datos (*market leverage*). El poder de mercado que obtienen de estos datos les permite irrumpir en dichos mercados desplazando —e, incluso, excluyendo— a las empresas que ya se encontraban presentes en los mismos.

Dado este dominio en el mercado y en la captación de datos, estas empresas no tendrán incentivos para compartirlos con otras, en tanto que la utilidad marginal que pueden obtener de los datos generados por empresas más pequeñas es limitada en comparación con el beneficio de mantener el control exclusivo sobre sus propios datos. De hecho, cuando los gigantes digitales están interesados en los datos que genera una empresa de menor tamaño (por su especificidad, los parámetros que considera, etc.)

es frecuente que procedan a la compra de dichas empresas, fagocitando con ello los datos generados y pasando a controlar sus fuentes de obtención (*data killer acquisitions*).

Para superar estos problemas derivados del dominio de mercado, se han de potenciar medidas para facilitar el acceso a tales datos, pero que, al mismo tiempo, mantengan los incentivos a la inversión empresarial, permitiendo que las empresas que han desarrollado los mecanismos para la captación de estos datos puedan monetizar la inversión desarrollada. Lo contrario introduciría incentivos negativos en el mercado, desincentivando la innovación en el sector.

Las empresas que generan los datos adoptarán su decisión sobre si compartirlos o no analizando los beneficios y costes que esperan conseguir con ello. Entre los costes que se tienen en cuenta destaca la pérdida potencial de competitividad de las empresas como resultado de la compartición de datos. El fallo de mercado fundamental en este ámbito se produce cuando el valor que los datos pueden tener para la economía en su conjunto queda por debajo de su valor privado para la empresa que los controla. Esto genera un riesgo de infrautilización de datos, si se compara el uso efectivo que se hace de ellos con el uso potencial que maximiza el bienestar social.

Pero, al mismo tiempo, el diseño de las soluciones ha de tener en cuenta los incentivos. Así, si se ponen los datos libremente a disposición de todo el público, desaparecerán los incentivos a invertir en su obtención (problema del *free-rider*).

3.2. Posiciones monopolísticas en la obtención de datos

Determinados tipos de datos, por sus propias características, sólo son captados por una empresa que adquiere una posición monopolística sobre ellos. Los datos que captan estas empresas no tienen sustitutivos directos, y de ello deriva un poder monopolista. A modo de ejemplo, se da esta situación cuando una empresa controla una fuente relevante de datos, como pudieran ser los dispositivos de internet de las cosas (IoT) o un sistema operativo generalmente utilizado (como IOS para dispositivos móviles Apple o Android para el resto de dispositivos). Estas empresas, además, podrán utilizar prácticas para dirigir a sus usuarios a la utilización de otros servicios digitales prestadas por ellas mismas o por empresas bajo su control. A modo de ejemplo, esto ocurre con el establecimiento por defecto del navegador Chrome en dispositivos Android o con la canalización de las búsquedas en internet a través del motor Google.

Las empresas que controlan estos datos no replicables tendrán una mayor o menor predisposición a su reutilización por parte de otros agentes en función del uso que se vaya a hacer de ellos. Así, si los datos van a ser reutilizados en un mercado secundario tendremos que considerar si este uso secundario es competidor del uso primario (esto es, el uso que hace de los datos la empresa que los ha obtenido). Si hay una relación de competencia entre ambos, la empresa que los obtiene y controla tratará de bloquear e impedir el uso de estos datos. Si el uso secundario no compite con el primero, la empresa que controla los datos podrá estar interesada en compartirlos (en la mayoría

de los casos a cambio de una contraprestación). Incluso en estos casos en que la empresa dominante esté dispuesta a compartir los datos, puede aplicar condiciones anticompetitivas en el intercambio, tales como imponer precios elevados (rentas de monopolio) o aplicar precios discriminatorios para obtener, con ello, la maximización de su beneficio (Martens *et al.*, 2020).

3.3. Costes de transacción

Fuera de los casos en que una empresa dominante acapara el control de ciertos datos y excluye a sus rivales, persisten los obstáculos para que las empresas interesadas en compartir o intercambiar con otras los datos que generan puedan hacerlo. El primero de dichos obstáculos hace referencia a los costes de transacción en que deberá incurrirse para poder llevar a cabo los intercambios.

El primer componente de estos costes es el relativo a la identificación de una contraparte adecuada, esto es, en saber qué empresa o empresas pueden estar generando los datos que resultan relevantes para la otra parte, así como conocer *grosso modo* en qué consisten estos datos. Evidentemente, cualquier avance que se produzca en este ámbito acercando las posiciones de los potenciales contratantes deberá respetar la normativa en materia de protección de datos.

Un segundo componente del coste de transacción es la fijación de una retribución adecuada por los datos. Así, el intercambio de datos puede hacerse de forma completamente bilateral y sin contraprestación adicional (*do ut des*), de modo que cada parte retribuye a las demás por el acceso a sus datos a través de la concesión de acceso a los datos propios; pero también se puede hacer de forma retribuida, de modo que para poder acceder a los datos generados por una empresa se haya de pagar una retribución. En este caso, la normativa que trata de solucionar los fallos de mercado determina que los intercambios se harán a cambio de una retribución en términos FRAND (justos, razonables y no discriminatorios). Finalmente, en ciertos casos la normativa potencia un uso abierto o libre de ciertos tipos de datos, con el objetivo de promover el desarrollo de determinados mercados (como pueden ser los datos sanitarios, sobre circulación, etc.).

El desarrollo de transacciones sobre datos ha de enfrentarse también a costes de carácter legal, en el sentido de que cualquier intercambio o negocio sobre datos ha de respetar la normativa en materia de protección de datos. En tal sentido, las empresas interesadas en intercambiar datos deberán adoptar las medidas precisas para evitar vulneraciones de tales derechos, así como para depurar responsabilidades en el caso de que algunos de los datos intercambiados hayan sido conseguidos en infracción de la normativa.

Como analizaremos seguidamente, una de las vías más eficientes de superar estos costes de transacción es a través de la intermediación en el intercambio de datos.

3.4. Obstáculos técnicos

En última instancia, el intercambio de datos se enfrenta a problemas de carácter técnico. Y es que, en muchas ocasiones, los estándares y formatos que utilizan las empresas para codificar sus datos no coinciden con los empleados por otras. Ello dificulta en gran medida la interoperabilidad y la portabilidad de los datos, impidiendo que se pueda hacer un trasvase cómodo de los datos que controla una empresa para que puedan ser utilizados sin merma y obstáculo por otras, y para que puedan combinarlos con los datos propios.

Para superar estos obstáculos ha de promoverse, bien desde el plano normativo, bien desde la autorregulación de la industria, la fijación de estándares de codificación que permitan la interoperabilidad entre los datos de la mayor parte de las empresas. La intervención de terceros especializados en portabilidad como intermediarios en la transferencia de datos puede ser también una vía adecuada para la superación de estos obstáculos de carácter técnico.

4. La regulación de la Unión Europea para la creación de un mercado efectivo de datos

4.1. Objetivos que ha de promover la regulación

La adecuada superación de estos fallos de mercado requiere de la adopción de medidas regulatorias. En desarrollo de la Estrategia Europea de Datos se han adoptado diversas normas para tratar de paliar dichos fallos de mercado, fomentando un marco jurídico adecuado para los intercambios de datos y la innovación en el ámbito digital. Dicha regulación adopta también como punto de guía la necesidad de promover la competencia efectiva entre empresas, impidiendo que las plataformas que ostentan posiciones de superdominio en el mercado —prácticamente incontestables— puedan abusar de ello y promoviendo que potenciales rivales puedan entrar en los que estos gigantes dominan.

Para la articulación del mercado europeo de datos se persiguen diversos objetivos, entre los que destacan la promoción de las posibilidades de acceder a mayores cantidades de datos y de combinarlos para desarrollar mejores productos y servicios. Igualmente se trata de evitar que los grandes gigantes digitales acaparen las mayores cantidades de datos y que utilicen este dominio para excluir del mercado a los rivales que no pueden acceder a ellos. Para establecer un marco adecuado de competencia se reconocen distintas vías por las cuales las empresas digitales que no se consideran guardianes de acceso puedan acceder a los datos generados de forma monopolista por las empresas que controlan fuentes relevantes de datos o por los guardianes de acceso. Desde el plano material, la normativa trata de promover la adopción de estándares en la codificación y transmisión de los datos, para facilitar la interoperabilidad y portabilidad de estos. Finalmente, se trata de crear espacios europeos comunes de datos en determinados sectores económicos especialmente sensibles, de modo que todos nos podamos beneficiar de la utilidad derivada de determinados tipos de datos en particular.

En este sentido, la regulación europea abarca diversos niveles y sus instrumentos se dirigen a diversos colectivos. Así, encontramos reglas especialmente dirigidas a los gigantes digitales a los que se califique como guardianes de acceso o *gatekeepers* por ofrecer servicios básicos de plataforma que implican una puerta de entrada relevante para el mercado. Por otro lado, se establece una regulación general disciplinadora de los intercambios de datos contenida en los Reglamentos de Datos y de Gobernanza de Datos. También se incide, finalmente, en el control de las condiciones establecidas en las relaciones contractuales entre empresas en el ámbito digital, teniéndose en cuenta las relaciones de desequilibrio de poder de negociación y de dependencia que se entablan entre ellas.

4.2. Controlar a los gigantes: Obligaciones para los *gatekeepers* en la DMA

El Reglamento de Mercados Digitales¹³ se ha convertido en la piedra central del nuevo marco normativo en que se desenvuelven las empresas digitales. Su objetivo es abordar la situación de dominio de mercado prácticamente indisputable que ostentan los gigantes digitales a los que se califica de guardianes de acceso o *gatekeepers*¹⁴. Para ello, la norma

¹³ Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2022, sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales, en lo sucesivo RMD o DMA por sus siglas en inglés con las que es más conocido: Digital Markets Act).

¹⁴ El elemento central de imposición de las obligaciones y prohibiciones de la DMA es la calificación de un operador como guardián de acceso o, en terminología anglosajona, *gatekeeper*. La normativa se construye pensando en los gigantes digitales que acaparan un mayor poder de mercado (y que pueden identificarse con los llamados GAFAM) pero no puede limitarse a ellos. Así, para ofrecer una definición basada en criterios objetivos, la propuesta de DMA (art. 3) establece tres criterios abiertos y cumulativos que han de ser cumplidos por las plataformas:

- a) Que tengan una repercusión significativa en el mercado interior
- b) Que operen un servicio básico de plataforma que sirve como puerta de acceso importante para que los usuarios profesionales lleguen a los usuarios finales
- c) Y que tengan una posición afianzada y duradera en sus operaciones o sea previsible que alcancen dicha posición en un futuro próximo

Para facilitar la aplicación de esta norma y la evaluación sobre el cumplimiento con estos tres criterios, se establece la presunción de que los mismos se satisfacen cuando se superan ciertos umbrales. Así, se entiende que una plataforma tiene presencia significativa en el mercado cuando su empresa obtiene un volumen de negocios anual en el Espacio Económico Europeo igual o superior a 6.500 millones de euros en los tres últimos ejercicios o cuando su capitalización bursátil media o valor justo de mercado equivalente supere los 65.000 millones de euros en el último ejercicio y desarrolle su actividad en al menos tres Estados miembros. El requisito de operar un servicio que sirve como puerta de acceso importante para alcanzar a los usuarios finales se entiende superado cuando la empresa cuente con más de 45 millones de usuarios finales y más de 10.000 usuarios profesionales activos en la Unión en el último ejercicio económico. Finalmente, se considera que se tiene una posición afianzada y duradera actual o potencial en sus operaciones cuando se haya superado ese número de usuarios finales y profesionales en cada uno de los últimos tres ejercicios. A pesar de que la simple superación de estos umbrales impone a las plataformas el deber de notificar esta situación a la Comisión, se trata de una presunción *iuris tantum*. La empresa que opere uno o más servicios básicos de plataforma que supere/n estos umbrales, podrá justificar ante la Comisión que no cumple los requisitos del artículo 3.1 DMA (repercusión significativa en el mercado interior, servir de puerta de acceso importante para llegar a los usuarios finales y tener una

somete a estas plataformas a una serie de prohibiciones y obligaciones con el objetivo de abrir tales mercados digitales a la competencia, superándose el fallo de mercado de la cimentación de posiciones de dominio indisputables y el levantamiento de barreras de entrada infranqueables para competidores reales o potenciales¹⁵. En su desarrollo, imponiendo obligaciones y prohibiciones a las empresas que sean designadas como guardianes de acceso, el Reglamento trata de potenciar la equidad en el funcionamiento de estos mercados (*fairness*)¹⁶ y su disputabilidad (Krämer y Schnurr, 2021; Schweitzer, 2021).

Aunque originariamente se proyectase como una nueva herramienta de competencia (*a new competition tool*), el Reglamento de Mercados Digitales es una norma de carácter regulatorio, dirigida a solucionar el fallo de mercado de la excesiva concentración de poder por parte de las grandes plataformas y, en consecuencia, impone directamente una serie de prohibiciones y obligaciones a los guardianes de acceso. A diferencia de las normas antitrust, no se establece la prohibición de ciertas conductas que tras su constatación conlleve la imposición de remedios y sanciones. El Reglamento se aplica *ex ante*, con la designación de guardianes de acceso y su sometimiento a estos deberes y prohibiciones. El incumplimiento con tales imposiciones lleva directamente aparejado un régimen sancionador, sin que sea preciso demostrar los efectos que la conducta infractora pueda producir sobre el funcionamiento competitivo del mercado¹⁷.

posición afianzada y duradera actual o potencial). Para ello se deberá presentar a la Comisión argumentos suficientemente fundamentados que, en todo caso, podrán ser descartados por la Comisión cuando estime que sí se cumplen los requisitos para considerarlo un *gatekeeper*.

Se pueden distinguir dos vías para la calificación de una plataforma como guardián de acceso. La primera de ellas tiene lugar a instancias de la propia empresa que opera la plataforma, que cuando supere los umbrales cuantitativos mencionados deberá notificar esta circunstancia a la Comisión. En tal caso, si no se presentan argumentos suficientemente fundamentados de que no se trata de un guardián de acceso, la plataforma será considerada como tal y estará vinculada desde ese momento por las obligaciones y prohibiciones establecidas por la DMA, incluyéndola la Comisión en el listado de empresas que prestan servicios básicos de plataforma como guardianes de acceso. La segunda vía tiene lugar a instancias de la Comisión, que podrá calificar como *gatekeeper* a empresas que operen servicios básicos de plataforma y que estime que merecen tal calificación. Para ello, tendrá en cuenta distintos criterios, entre los que se mencionan específicamente el tamaño de la plataforma, el número de usuarios (profesionales y finales) dependientes de la misma, la existencia de barreras de entrada al mercado basadas fundamentalmente en los efectos de red producidos y el dominio de los datos, disfrutar de importantes efectos de escala y alcance, la cautividad de los usuarios de la plataforma u otras características estructurales del mercado.

¹⁵ No es objeto de este trabajo realizar un análisis detallado de la norma, sobre la que ya existe una bibliografía de gran calado. Sobre la misma nos pronunciamos en otros estudios (Olmedo, 2022; Olmedo, 2023a). En la literatura, *vid.* el detallado análisis desarrollado por Podszun (Podszun, 2024) y Ruiz Peris (2021a; 2021b).

¹⁶ No considero adecuada la traducción al castellano de la norma al promover como objetivo mercados disputables y equitativos. En su versión anglosajona, la norma se refiere al término «fair» que, además de justo o equitativo, merece también una consideración por su vertiente negativa. Así, la noción de «unfair» se traduce como desleal, concepto mucho más arraigado en nuestra normativa y léxico jurídico, con el que el jurista hispanoparlante se siente más cómodo. En consecuencia, hubiera sido más adecuado considerar que el objetivo de la norma es evitar comportamientos desleales en estos mercados y potenciar su disputabilidad.

¹⁷ Así, el artículo 29 RMD dispone que tras instruir las actuaciones precisas para confirmar el incumplimiento, la Comisión adoptará una decisión de incumplimiento cuando se constate que se ha infringido

El pasado 6 de septiembre de 2023, tras la notificación llevada a cabo por parte de las plataformas, la Comisión Europea adoptó la primera decisión de designación como guardianes de acceso de conformidad con el RMD. En ella se identifica a *Alphabet, Amazon, Apple, Bytedance, Meta* y *Microsoft* como *gatekeepers* en determinados servicios básicos de plataforma¹⁸ a los efectos del RMD y quedan, por tanto, sometidos al cumplimiento de las obligaciones y prohibiciones establecidas por la norma. Además, se han abierto cuatro investigaciones de mercado para considerar la exclusión de esta noción de ciertos servicios (*Bing, Edge* y *Microsoft Advertising* para *Microsoft*; e *iMessage* para *Apple*), e igualmente para la posible designación como guardián de acceso de otros servicios (el sistema operativo *iPadOS* de *Apple*) a pesar de no cumplir los umbrales. En cambio, la Comisión ha decidido excluir de la consideración como servicios básicos de plataforma —pese a superar los umbrales— los servicios de *Gmail, Outlook.com* y *Samsung Internet Browser*¹⁹.

Los artículos 5 y 6 del RMD disponen las obligaciones y prohibiciones a las que se someten los guardianes de acceso²⁰. Por lo que a estas páginas interesa, sólo destacaremos que entre tales mandatos impuestos a las plataformas que se designen como *gatekeepers* se incluyen de forma expresa algunas obligaciones y prohibiciones directamente relacionadas con el control de los datos, a saber:

- Abstenerse de tratar, con el fin de prestar servicios de publicidad en línea, los datos personales de los usuarios finales que utilicen servicios de terceros que hagan uso de servicios básicos de plataforma del guardián de acceso (art. 5.2.a RMD).
- Abstenerse de combinar datos personales procedentes de los servicios básicos de plataforma pertinentes con datos personales procedentes de cualesquiera servicios básicos de plataforma adicionales o de cualquier otro servicio que proporcione el

alguna obligación o prohibición. En dicha decisión se ordenará al gatekeeper que cese el incumplimiento y que ofrezca explicaciones sobre el modo en que tiene previsto cumplir con dicha decisión. Además, ante la constatación de la infracción la Comisión podrá imponer al guardián de acceso multas sancionadoras que no excedan del 10% de su volumen de negocios total a nivel mundial en el ejercicio anterior, cuantía que se podrá incrementar hasta el 20% de constatarse la reincidencia en un período de ocho años (art. 30 RMD).

¹⁸ En concreto, los servicios básicos de plataforma afectados son los siguientes:

- Redes sociales: Tiktok, Facebook, Instagram y LinkedIn
- Intermediación: Google Maps, Google Play, Google Shopping, Amazon Marketplace, App Store, Meta Marketplace
- Publicidad: Google, Amazon, Meta
- Servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración: Whatsapp y Messenger
- Compartición de vídeos: Youtube
- Motor de búsqueda: Google Search
- Buscador: Chrome y Safari
- Sistema operativo: Google Android, iOS y Windows PC OS

¹⁹ En consecuencia, por ahora, Samsung escapa de su designación como gatekeeper a la luz del RMD.

²⁰ El artículo 5 recoge una serie de obligaciones puras o incondicionales, mientras que el artículo 6 se refiere a obligaciones «que pueden ser especificadas con mayor detalle» por parte de la Comisión.

guardián de acceso o con datos personales procedentes de servicios de terceros (art. 5.2.b RMD).

- Abstenerse de cruzar datos personales procedentes del servicio básico de plataforma pertinente con otros servicios que proporcione el guardián de acceso por separado, entre ellos otros servicios básicos de plataforma, y viceversa (art. 5.2.c RMD).
- Abstenerse de iniciar la sesión de usuarios finales en otros servicios del guardián de acceso para combinar datos personales (art. 5.2.d RMD).
- Obligación de compartir datos con los anunciantes y editores, debiendo proporcionarle a cada anunciante o editor que preste servicios de publicidad en línea (o a terceros autorizados) información diaria y gratuita sobre cada anuncio del anunciante, en relación con: a) el precio y las comisiones pagados por ese anunciante; b) la remuneración recibida por el editor con su consentimiento; y c) las medidas a partir de la que se calculan los precios, comisiones y remuneraciones (art. 5.9 y 10 RMD).
- Prohibición de utilizar en competencia con los usuarios profesionales, ningún dato que no sea públicamente accesible generado o proporcionado por dichos usuarios profesionales en el contexto de su uso de los servicios básicos de plataforma pertinentes o de los servicios prestados junto con ellos o en apoyo de estos servicios, incluso los datos generados o proporcionados por los clientes de dichos usuarios profesionales (art. 6.2 RMD).
- Obligación de proporcionar a los anunciantes y editores (o terceros autorizados por éstos) de forma gratuita acceso a los instrumentos de medición del rendimiento del gatekeeper y a los datos necesarios para que anunciantes y editores puedan realizar su propia verificación independiente del inventario de anuncios (art. 6.8 RMD).
- Obligación de permitir a usuarios finales y a terceros autorizados a petición de éstos la portabilidad efectiva y gratuita de los datos proporcionados por el usuario final o generados por su actividad en el contexto del uso del servicio básico de plataforma pertinente (art. 6.9 RMD).
- Obligación de proporcionar a los usuarios profesionales (y a terceros autorizados por éstos) el acceso efectivo, de calidad, continuo y en tiempo real a los datos agregados o desagregados, y el uso de tales datos, incluidos los datos personales, que se proporcionen o se generen en el contexto de la utilización de los servicios básicos de plataforma o servicios prestados de forma conjunta o en apoyo de éstos. En relación con los datos personales, el guardián de acceso proporcionará tal acceso a los datos personales o su uso únicamente cuando tales datos estén directamente relacionados con el uso que los usuarios finales hayan hecho con respecto a los productos o servicios ofrecidos por el usuario profesional de que se trate a través del servicio básico de plataforma pertinente, y cuando el usuario final opte por tal intercambio prestando su consentimiento (art. 6.10 RMD).

- Obligación de proporcionar a terceras empresas proveedoras de motores de búsqueda en línea acceso en condiciones FRAND (equitativas, razonables y no discriminatorias) a datos sobre clasificaciones, consultas, clics y visualizaciones en relación con la búsqueda gratuita y de pago generados por los usuarios finales en sus motores de búsqueda en línea. Cualesquiera de tales datos sobre consultas, clics y visualizaciones que sean datos personales se anonimizarán (art. 6.11 RMD).

La imposición de estas obligaciones y prohibiciones a los gatekeepers cumple una doble función. Desde el plano negativo, se dirige a frenar el incremento del poder de mercado de estas empresas que deriva de la concentración y combinación de datos (Vezzoso, 2021, p. 400). En su vertiente positiva se introducen obligaciones reforzadas de portabilidad y se reconocen derechos de acceso a datos con el objetivo de permitir que potenciales rivales puedan participar en los mismos como prerrequisito para competir con los gigantes digitales²¹.

4.3. El diseño de un mercado competitivo en la propuesta de Reglamento de Datos

Como hemos enunciado anteriormente, el Reglamento de Gobernanza de Datos y —sobre todo— la propuesta de Reglamento de Datos son las vías de ejecución de la Estrategia Europea de Datos para conformar un mercado ágil al respecto. Así, la propuesta de Reglamento de Datos pretende ofrecer la base normativa que permita a las empresas que no sean designadas como *gatekeepers* acceder a los datos que hayan sido generados por dispositivos, plataformas, aplicaciones y softwares a partir del uso que hacen de ellos sus usuarios (Lundqvist, 2023, p. 102). Se trata, como se comprobará, de algunas de las principales fuentes de Big Data en la actualidad y que están controladas, en la mayoría de los casos, por guardianes de acceso. La generación de datos deriva directamente de estos productos o dispositivos (entre los que destacan los conectados al Internet de las Cosas o los asistentes virtuales) o bien, se generan a través de servicios relacionados. Estos servicios relacionados hacen referencia a todo servicio digital (incluyéndose el software) incorporado en un producto o interconectado con él de manera que su ausencia impediría al producto realizar alguna de sus funciones. Dado que estos productos y dispositivos generan una gran cantidad de datos que resultan imprescindibles para competir en ese mercado o en mercados secundarios, se han de arbitrar medidas que permitan el acceso a los mismos²². Para ello, la norma pone estos datos a disposición de sus destinatarios, permitiendo también que puedan acceder a

²¹ Como se verá en el siguiente epígrafe, las obligaciones impuestas a los guardianes de acceso en este ámbito son más estrictas de las que —con carácter general— establece la propuesta de Reglamento de Datos.

²² Con mayor profundidad sobre los objetivos y medidas de la norma, vid. Podszun, R. y Offergeld, P., (2022).

ellos organismos públicos para alcanzar fines colectivos cuando ello sea preciso (por ejemplo, por razones de interés público).

La puesta a disposición se lleva a cabo imponiendo una serie de obligaciones y derechos de portabilidad dirigidos a permitir que las empresas destinatarias puedan acceder a tales datos en condiciones justas, razonables, no discriminatorias y transparentes (lo que consideraremos como condiciones FRAND+). Además, se incluyen medidas para propiciar la reutilización de los datos generados por el sector público, con el fin de fomentar la innovación y desarrollo de nuevos productos y servicios.

Todo este marco normativo se ha de hacer compatible con la regulación sobre la protección y la privacidad de datos y su seguridad, fomentando la creación de un marco de confianza para el uso y transmisión de los datos.

Estas medidas, si bien son útiles para corregir los fallos de mercado percibidos, no son definitivas. Se ha de lograr la maduración de un mercado efectivo de datos en el que se fomente su intercambio y uso compartido. Por ello se hace preciso un régimen adecuado para la celebración de contratos entre empresas y la creación de pools de datos como grandes repositorios (privados o públicos) que permitan el intercambio y combinación de datos.

4.3.1. *Deberes de portabilidad y derechos de acceso*

La primera vía para configurar un mercado competitivo sobre los datos es la facilitación del acceso a datos por parte de los distintos agentes en el mercado. Este acceso puede concederse *ex ante*, a través de la regulación, o imponerse *ex post*, como remedios de competencia ante infracciones antitrust cometidas por las empresas que dominan los datos. Nos centraremos ahora en la intervención estatal imponiendo medidas y concediendo derechos para facilitar el acceso a datos.

El Reglamento General de Protección de Datos, como norma general en la materia, sólo regulaba derechos de portabilidad en su artículo 20 reconociendo a los sujetos de los datos el derecho inalienable a solicitar del procesador de datos la entrega de sus datos o su transferencia a un tercero. Pero dicha norma no incentivaba que los interesados ejerciesen efectivamente este derecho, fomentándose la circulación de los datos.

Ese objetivo es abordado por la propuesta de Reglamento de Datos, cuyo ámbito de aplicación son los intercambios de datos de empresa a consumidor (B2C) y de empresa a empresa (B2B). Para ello se impone la obligación a los fabricantes y diseñadores de productos y servicios relacionados a concebirlos de modo tal que permitan a los usuarios acceder fácilmente a los datos que se generen de su uso, así como a ejercer su derecho a la portabilidad de los mismos a favor de otra empresa (Picht, 2022).

Ello se consigue, en primer lugar, imponiendo obligaciones de información antes de que el usuario final adquiera el producto o suscriba el servicio relacionado. Posteriormente, se reconoce a los usuarios el derecho a acceder y a utilizar los datos que han generado por el uso de estos productos o servicios relacionados. Y, con mayor utilidad práctica, se les reconoce a los usuarios el derecho a compartir estos datos con terceros, permitiendo

que el usuario los ceda a otro usuario, ya sea particular o profesional, de forma inmediata y gratuita. Estos terceros se comprometen a hacer un uso justo y leal de los datos que reciben de los usuarios, lo que se concreta en tratar los datos sólo para los fines y condiciones acordados y sometidos a una serie de prohibiciones²³. En particular, los receptores de los datos no podrán:

- a) Coaccionar, engañar o manipular al usuario de ningún modo, perjudicando o socavando la autonomía, la toma de decisiones o las opciones del usuario, ni tampoco utilizar una interfaz digital con el usuario;
- b) Utilizar los datos que reciba para la elaboración de perfiles de personas físicas, a menos que sea necesario para prestar el servicio solicitado por el usuario;
- c) Poner los datos que reciba a disposición de otro tercero, en formato sin procesar, agregado o derivado, a menos que sea necesario para prestar el servicio solicitado por el usuario;
- d) Poner los datos que reciba a disposición de una empresa que preste servicios básicos de plataforma respecto de la cual uno o más de dichos servicios hayan sido designados guardianes de acceso con arreglo al RMD;
- e) Utilizar los datos que reciba para desarrollar un producto que compita con el producto del que proceden los datos a los que ha accedido ni compartir los datos con otro tercero con tal finalidad;
- f) Impedir al usuario, en particular mediante compromisos contractuales, poner los datos que reciba a disposición de otras partes.

La propuesta de Reglamento de Datos se enfrenta, sin embargo, a importantes limitaciones ya que sólo cubre aquellos datos personales que han sido directamente entregados por los usuarios u observados de su comportamiento, esto es, no se abarca a los datos inferidos o derivados del procesamiento de los datos, que no se someten al derecho de portabilidad. Igualmente, la implementación real de la norma se encuentra con importantes obstáculos técnicos, siendo preciso estandarizar el modo en que los datos se transmiten entre las empresas en ejercicio de estos derechos y obligaciones.

La regulación de la propuesta de Reglamento de Datos se ha de leer de forma conjunta con el RMD, en particular por lo que respecta a las obligaciones de las plataformas designadas como *gatekeepers* de permitir la portabilidad efectiva de los datos generados²⁴. Además de ello, las plataformas que sean calificadas como *gatekeepers* no podrán

²³ Cfr. Art. 6 de la Propuesta de Reglamento de datos, deberán tratar los datos que se pongan a su disposición sólo para los fines y condiciones acordadas con los usuarios.

²⁴ Esta obligación de portabilidad se refiere a cualquier dato generado por el usuario final y no se limita a la portabilidad considerada por el Reglamento General de Protección de Datos que exclusivamente alude a los datos de carácter personal. Sobre este punto vid. Vezzoso (Vezzoso, 2021, p. 400).

beneficiarse del derecho a la portabilidad considerado por la propuesta de Reglamento de Datos, no siendo terceros elegibles para la cesión de datos regulada en la norma²⁵. Ello les inhabilita para que puedan instar o incentivar comercialmente a un usuario de ninguna manera para que ponga a disposición de sus servicios los datos obtenidos en ejercicio de su derecho de acceso y portabilidad; instar o incentivar comercialmente a un usuario para que solicite al titular de datos que los ponga a disposición de uno de sus servicios; ni recibir los datos que un usuario haya obtenido anteriormente ejerciendo estos derechos.

Con carácter general, el acceso a tales datos no será gratuito. Dado que la obtención y procesamiento inicial de los datos requiere importantes inversiones, el titular de los datos tendrá derecho a una compensación razonable por esta puesta a disposición. A la hora de determinar el importe de tal compensación razonable se establece una limitación cuando el destinatario tenga la consideración de pyme o microempresa, ya que en tales casos la compensación no podrá superar los costes directamente relacionados con la puesta a disposición de los datos.

4.3.2. *La creación de espacios comunes de datos*

La imposición de obligaciones y derechos de portabilidad no es el único modo en que se pueden promover los intercambios de datos. Este objetivo puede ser alcanzado también mediante la intermediación de los espacios comunes de datos (*common data spaces*). Se trata de terceros intermediarios —ya sean de carácter público, privado o comunitario— que conectan a los usuarios interesados en los datos y aplicando la tecnología organizan el mercado, potenciando que se puedan llevar a cabo transacciones sobre los datos, superando los fallos de mercado existentes en cada sector. Fundamentalmente, su contribución se centrará en la reducción de los costes de transacción, así como en la mitigación de los riesgos que la transferencia de datos pueda implicar (en materia de protección de datos, revelación de secretos, etc.). Estos intermediarios pueden contribuir a la autorregulación entre los agentes implicados, promoviendo la adopción de estándares y la interoperabilidad tecnológica.

El Reglamento de Gobernanza de Datos aprobado en mayo de 2022 pretende crear un marco jurídico adecuado para fomentar el acceso y el intercambio de datos en la Unión Europea. Para ello, su objetivo es el establecimiento de medidas que potencien el intercambio de datos entre empresas, organizaciones y autoridades públicas, promoviéndose para ello la colaboración entre estos tipos de agentes.

Con este fin se fijan las condiciones para la reutilización de ciertas categorías de datos producidos por organismos públicos, se establece un marco de notificación y supervisión a los prestadores que se dediquen a la intermediación en materia de datos, se crea un

²⁵ Así, el art. 5.2 de la propuesta de Reglamento de Datos considera que «[n]inguna empresa que preste servicios básicos de plataforma respecto de la cual uno o más de dichos servicios hayan sido designados guardianes de acceso de conformidad con el [RMD], podrá ser un tercero elegible (...)».

marco de inscripción voluntaria en un registro para entidades que recojan y traten datos cedidos con fines altruistas y se sientan las bases para la creación de un Comité Europeo de Innovación en materia de Datos.

Por lo que a las relaciones privadas interempresariales respecta, el punto más interesante de la norma es, precisamente, la creación de un marco de notificación y supervisión para la prestación de servicios de intermediación de datos²⁶, con lo que se pretende imprimir seguridad jurídica y dotar de base regulatoria a las entidades cuyo objeto es conectar a los titulares de datos con los destinatarios de los mismos que pudieran estar interesados, fomentando la creación de espacios de datos, pools de datos o servicios de cooperativas de datos. Se potencia así la creación de *data marketplaces* y la intervención de *brokers* de datos.

Los prestadores de servicios de intermediación de datos no podrán utilizar estos datos para fines diferentes de su puesta a disposición de los usuarios finales. En aras de evitar la imposición de prácticas comerciales abusivas, se prohíben cláusulas de *tying*, al requerir la norma que las condiciones contractuales comerciales, incluidas las relativas a los precios, para la prestación de servicios de intermediación de datos a un titular de datos o a un usuario de datos no podrán depender de que el titular o el usuario utilice otros servicios prestados por el mismo proveedor de servicios de intermediación o por entidad relacionada.

Además, en la prestación de los servicios de intermediación se fijan obligaciones de confidencialidad, de interoperabilidad de datos —garantizándose que éstos se encuentren en un formato que sea fácilmente exportable y utilizable por los distintos destinatarios—, y de prestación del servicio en condiciones equitativas, transparentes y no discriminatorias²⁷.

²⁶ Éstos se definen (art. 2.11 del Reglamento UE 2022/868) como: «todo servicio cuyo objeto sea establecer relaciones comerciales para el intercambio de datos entre un número indeterminado de interesados y titulares de datos, por una parte, y usuarios de datos, por otra, a través de medios técnicos, jurídicos o de otro tipo, incluidos los servicios destinados al ejercicio de los derechos de los interesados en relación con los datos personales, pero excluidos, al menos, los servicios siguientes:

- a) los servicios que obtengan datos de titulares de datos y que los agreguen, enriquezcan o transformen con el fin de añadirles un valor sustancial y concedan licencias a los usuarios de datos para la utilización de los datos resultantes, sin establecer una relación comercial entre los titulares de datos y los usuarios de datos;
- b) los servicios dedicados a la intermediación de contenido protegido por derechos de autor;
- c) los servicios utilizados exclusivamente por un único titular de datos para permitir la utilización de los datos que obren en poder de dicho titular de datos, o los utilizados por múltiples personas jurídicas en un grupo cerrado, incluyendo también los utilizados en las relaciones con proveedores o con clientes o las colaboraciones establecidas contractualmente, en particular, los que tienen como objetivo principal garantizar las funcionalidades de los objetos y dispositivos conectados al internet de las cosas;
- d) los servicios de intercambio de datos ofrecidos por organismos del sector público sin la intención de establecer relaciones comerciales».

²⁷ Cfr. Art. 12 Reglamento de Gobernanza de Datos.

4.3.3. El control de la equidad en los intercambios de datos B2B y P2B

A. INSTRUMENTOS DE CONTROL EN LA PROPUESTA DE REGLAMENTO DE DATOS

La propuesta de Reglamento de Datos introduce también algunas medidas para promover la equidad en los intercambios de datos entre empresas, evitando que se produzcan prácticas desleales o se explote la situación de dependencia que puedan tener algunas de ellas. Así, partiendo de que, en muchos casos, se producen desequilibrios de poder en los intercambios de datos, el Reglamento introduce medidas para evitar que las empresas que disfrutaran de un mayor poder negociador puedan explotarlo imponiendo condiciones no equitativas a otras empresas más débiles que dependen de ellas.

Para ello, se establece una lista de cláusulas contractuales que se entienden abusivas cuando hayan sido impuestas unilateralmente a microempresas o pymes. El ámbito de esta norma es reducido, pues sólo protege a las empresas de menor dimensión. Si los desequilibrios de poder negociador tuvieran lugar afectando a empresas de mayor dimensión (gran empresa frente a plataforma digital con carácter de *gatekeeper* por ejemplo), el control de abusividad quedará sometido a la regulación general de prácticas comerciales desleales, así como —en su caso— al Reglamento *Platform 2 Business*, que consideraremos en el siguiente epígrafe.

Al igual que ocurre en la Ley de Competencia Desleal española²⁸ tras la transposición de la Directiva 2005/29/CE²⁹, la propuesta de Reglamento de Datos parte de una cláusula general prohibitiva que considera abusiva toda cláusula contractual que, por su naturaleza, haga que su aplicación se aparte manifiestamente de las buenas prácticas comerciales en materia de acceso a los datos y su utilización en contravención de los principios de buena fe y comercio justo. Seguidamente se introduce un doble listado de cláusulas negras³⁰ —cláusulas que siempre serán consideradas abusivas— y cláusulas grises³¹ —cuya abusividad se presume salvo prueba en contrario—.

²⁸ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, art. 4.

²⁹ Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores, esp. art. 5.

³⁰ Una cláusula contractual será abusiva si tiene por objeto o efecto:

- a) excluir o limitar la responsabilidad de la parte que haya impuesto unilateralmente la cláusula en caso de acciones intencionadas o negligencia grave;
- b) excluir las vías de recurso de que dispone la parte a la que se haya impuesto unilateralmente la cláusula en caso de incumplimiento de obligaciones contractuales o la responsabilidad de la parte que haya impuesto unilateralmente la cláusula en caso de infracción de dichas obligaciones;
- c) otorgar a la parte que haya impuesto unilateralmente la cláusula el derecho exclusivo de determinar si los datos facilitados son acordes con el contrato o de interpretar cualquier cláusula del contrato.

³¹ Se presumirá que una cláusula contractual es abusiva si tiene por objeto o efecto:

- a) limitar de forma inadecuada las vías de recurso en caso de incumplimiento de obligaciones contractuales o la responsabilidad en caso de infracción de dichas obligaciones;
- b) permitir a la parte que haya impuesto unilateralmente la cláusula acceder a los datos de la otra parte contratante y utilizarlos de manera que cause un grave perjuicio a los intereses legítimos de dicha otra parte;
- c) impedir a la parte a la que se haya impuesto unilateralmente la cláusula utilizar los datos que haya aportado o generado durante el período de vigencia del contrato, o limitar la utilización de estos

B. EL CONTROL DE EQUIDAD EN EL REGLAMENTO P2B

Si consideramos la posición relativa de las empresas que se relacionan en el ámbito digital, se apreciará una situación relevante de dependencia económica entre empresas prestadoras de productos o servicios (digitales o no) y las plataformas que los distribuyen de forma masiva en el ámbito digital. Estas relaciones entre plataformas y empresarios que requieren de su intermediación (*Platform to Business*, P2B) requieren de una regulación especial que complemente las obligaciones específicas contenidas en el Reglamento de Mercados Digitales para los guardianes de acceso (pues no todas las plataformas tendrán tal consideración) y a la propuesta de Reglamento de Datos (Graux *et al.*, 2022). Esta norma, además, completa los mecanismos de protección de la normativa sobre competencia desleal, ya de carácter comunitario o nacional, general o específico para determinados sectores.

Con todo, el ámbito objetivo de este Reglamento es mayor que las meras prácticas en materia de datos. Su objetivo es asegurar la transparencia, la equidad y las posibilidades de reclamación en las relaciones comerciales entre usuarios profesionales que requieren para el desarrollo de su actividad de los servicios de intermediación en línea prestados por plataformas intermediadoras, así como a los usuarios de sitios web corporativos en relación con los motores de búsqueda en línea (que actuarían, también, como plataformas intermediarias)³².

El pilar de actuación de estas plataformas es la fijación de obligaciones de transparencia e información en las condiciones generales que las plataformas intermediarias impongan a sus usuarios profesionales. Considerándose la relación de dependencia económica en este ámbito (Estevan, 2022, pp. 57-80), se detallan reglas especiales para la restricción, suspensión y terminación de relaciones comerciales, de modo que las plataformas hayan de notificar su intención de salir de relaciones con un tiempo de preaviso adecuado y siempre de forma justificada. Se completa la normativa con una regulación del modo en que se clasifica a los usuarios profesionales en resultados de búsqueda³³, debiéndose indicar en las condiciones generales los parámetros que se emplearán para la prelación y los motivos para la elección y priorización de estos.

datos en tal medida que esa parte no pueda utilizar, recopilar ni controlar esos datos, ni acceder a ellos, ni explotar su valor de manera proporcionada;

- d) impedir a la parte a la que se haya impuesto unilateralmente la cláusula obtener una copia de los datos que haya aportado o generado durante el período de vigencia del contrato o dentro de un plazo razonable tras su resolución;
- e) permitir a la parte que haya impuesto unilateralmente la cláusula resolver el contrato con un plazo de preaviso excesivamente corto, habida cuenta de las posibilidades razonables de la otra parte contratante de cambiar a un servicio alternativo y comparable y del perjuicio financiero ocasionado por esa resolución, salvo cuando haya razones fundadas para hacerlo.

³² Se excluyen expresamente de su ámbito de aplicación los servicios de pagos en línea, las herramientas de publicidad en línea y las plataformas de intercambios publicitarios en línea, que no tengan como finalidad propiciar el inicio de transacciones directas ni celebrar relaciones contractuales con consumidores.

³³ *Cfr.* art. 5 Reglamento P2B.

Se establece también una regulación específica del tratamiento diferenciado de los propios productos o servicios³⁴, que es mucho más limitada (por razones obvias) que la que se impone por el Reglamento de Mercados Digitales a los *gatekeepers*. Así, los proveedores de servicios de intermediación no guardianes de acceso simplemente deberán describir en sus condiciones generales el trato diferenciado que puedan dar a sus propios productos o servicios o a los de otros usuarios profesionales, debiendo simplemente justificar cuáles son los motivos económicos, comerciales o jurídicos que justifican este trato diferenciado. En el caso frecuente de que el intermediario sea calificado como gatekeeper —el caso de Amazon, Google o, de designarse como tales, plataformas intermediarias no GAFAM como Booking.com— se añadirán a estas obligaciones las propias del RMD, tales como la prohibición de *self-preferencing*³⁵.

Especial interés para estas reflexiones plantean las normas específicas que disciplinan los pactos contractuales entre plataformas y usuarios profesionales con relación al acceso a los datos generados en el uso de la plataforma o motor de búsqueda³⁶. El Reglamento P2B impone a la plataforma o motor de búsqueda un deber de comunicar en sus condiciones generales una descripción sobre el acceso técnico y contractual que tengan a los datos personales o de otro tipo que proporcionen los usuarios profesionales o los consumidores al utilizar los servicios que prestan, identificándose, de forma específica ciertos aspectos sobre los que se ha de dar publicidad (tratamiento de datos personales, delimitación de a qué datos derivados del uso de la plataforma se tiene acceso, etc.)³⁷.

³⁴ Cfr. art. 7 Reglamento P2B.

³⁵ Art. 6.5 RMD: «El guardián de acceso no tratará más favorablemente, ni en la clasificación ni en las funciones relacionadas de indexado y rastreo, a los servicios y productos ofrecidos por el propio guardián de acceso que a los servicios o productos similares de terceros. El guardián de acceso aplicará condiciones transparentes, equitativas y no discriminatorias a dicha clasificación».

³⁶ Cfr. art. 9 Reglamento P2B.

³⁷ En concreto, según el apartado 2 del artículo 9, los proveedores de servicios de intermediación deberán informar a los usuarios sobre:

- a) Si el proveedor de servicios de intermediación en línea tiene acceso a datos personales o de otro tipo, o a ambos, que los usuarios profesionales o los consumidores proporcionen para utilizar dichos servicios o que se generen a través de la prestación de estos, y en caso afirmativo, a qué categoría de datos accede y en qué condiciones;
- b) si un usuario profesional tiene acceso a datos personales o de otro tipo, o a ambos, proporcionados por ese usuario profesional en conexión con la utilización por dicho usuario de los servicios de intermediación en línea en cuestión, o generados a través de la prestación de tales servicios a ese usuario profesional y los consumidores de los bienes o servicios del usuario, y en caso afirmativo, a qué categoría de datos accede y en qué condiciones;
- c) además de la letra b), si un usuario profesional tiene acceso a datos personales, otro tipo de información, o ambos, incluso en forma agregada, proporcionados por o generados a través de la prestación servicios de intermediación en línea a todos sus usuarios profesionales y consumidores, y en caso afirmativo, a qué categoría de datos accede y en qué condiciones; y
- d) si se han facilitado a terceros datos en virtud de la letra a), junto con, cuando el suministro de tales datos a terceros no sea necesario para el correcto funcionamiento de los servicios de intermediación en línea, información que especifique la finalidad de dicha cesión de datos, así como opciones que tengan los usuarios profesionales para quedar al margen de esa cesión de datos.

El ámbito de este Reglamento abarca otras cláusulas contractuales específicas, una regulación de las obligaciones de exclusividad, del establecimiento de sistemas internos de resolución de controversias, el sometimiento a mediación de los conflictos que puedan darse entre las plataformas y sus usuarios profesionales, el ejercicio de acciones judiciales por parte de organizaciones o asociaciones representativas y organismos públicos y la elaboración de códigos de conducta por parte de los prestadores de servicios de intermediación en línea.

4.3.4. Solución contractual: la intermediación de pools de datos

De forma similar a los espacios comunes de datos, algunos de los fallos en este mercado pueden ser superados gracias a la creación de pools o consorcios de datos. En este caso, nos encontraremos ante formas de compartir datos B2B entre grupos cerrados, a diferencia de lo que ocurre con los espacios comunes de datos, que se configuran como plataformas de acceso abierto a las que cualquier interesado puede acudir para conseguir y compartir datos sobre un determinado sector.

Un contrato de pool de datos es aquél por el cual dos o más partes (socios en el pool) acuerdan compartir sus datos en un consorcio. Dicha compartición puede producirse bien transmitiendo los propios datos a un medio bajo el control conjunto de los socios o controlados por un tercero intermediario (*trustee*, *escrowee* o administrador) que actúe por cuenta de los socios; o bien, de una forma más descentralizada, permitiendo cada uno de los socios que los demás puedan acceder a ciertos datos que se encuentran bajo su control, o dándoles la posibilidad de explotar ciertas fuentes de datos, con intervención o no de un tercero³⁸.

En particular, para solucionar los fallos de mercado y reducir los riesgos derivados de la puesta en común de datos se utiliza la intermediación del pool, de modo que cada parte en el mismo conserve el control sobre sus datos primarios obteniendo al mismo tiempo acceso a los datos resultantes de la puesta en común. Normalmente esta actuación se lleva a cabo a través de plataformas de datos industriales o administradores de datos (*data trusts*), que actúan de una forma neutral a los partícipes en el mismo.

Para que los intercambios de datos puedan producirse eficazmente es preciso eliminar también los obstáculos de carácter técnico, fomentando la creación de estándares y facilitando la creación de protocolos asumidos por la industria que permitan la movilidad de los datos. Para ello se hace imprescindible la actividad de los intermediarios y de los servicios de procesamiento de datos en la nube y en el margen. El objetivo último de la norma en este sentido es eliminar los obstáculos materiales que puedan dificultar el ejercicio efectivo de este derecho a la movilidad.

³⁸ European Commission, Joint Research Centre, *Mapping the landscape of data intermediaries. Emerging models for more inclusive data governance*, JRC Science for Policy Report, elaborado por Micheli, Farrell, Carballa-Smichowski, Posada-Sánchez, Signorelli, Vespe, 2023, pp. 59-61; ALI-ELI, *Principles for a Data Economy – Data Transactions and Data Rights-*, el último borrador fue propuesto por ELI en 2021.

Estos intermediarios contribuyen también a reducir los costes de transacción aparejados a la necesidad de acordar los términos contractuales del intercambio. Así, facilitan que las partes puedan llegar a acuerdos sobre la distribución de los beneficios derivados de la puesta en común de los datos. Para ello, los intermediarios de datos determinarán un mecanismo de redistribución, gestionando los beneficios y costes del establecimiento del pool.

5. La prevención y represión de las prácticas anticompetitivas en el mercado de los datos por el Derecho de la competencia

El Derecho de la competencia aborda los problemas de funcionamiento del mercado con carácter *ex post*, esto es, una vez que se han llevado a cabo conductas que limitan, restringen o falsean la competencia. Lo mismo ocurre en el mercado de los datos. El Derecho de la competencia sólo entrará en este sector cuando las empresas activas en el mercado de los datos lleven a cabo conductas de abuso de posición de dominio, celebren acuerdos anticompetitivos o tengan previsto desarrollar operaciones de concentración que impliquen una obstaculización significativa de la competencia en el mercado afectado. En los casos de infracciones antitrust, la autoridad de competencia constatará —en su caso— la existencia de una conducta prohibida e impondrá sanciones y remedios con los que disuadir de su comisión y restablecer la situación de competencia alterada. En los casos de concentraciones, la intervención será *ex ante*, realizando la autoridad un análisis prospectivo y contrafáctico de cómo quedaría el mercado una vez que la operación proyectada y notificada se lleve a cabo. A partir de los resultados de dicho estudio, la autoridad de competencia autorizará o no la ejecución de la concentración.

Como se observa, la intervención *a posteriori* de las autoridades de competencia ante las infracciones puede no resultar adecuada en todos los casos. Ello es debido a que la autoridad sólo actúa cuando la infracción se ha cometido y, por tanto, el daño al mercado se ha producido. En mercados especialmente dinámicos como los digitales, las conductas o acuerdos anticompetitivos son especialmente lesivos y pueden dar lugar a situaciones que, una vez perfeccionadas, no se puedan revertir. En concreto, por lo que respecta a los datos, estas conductas pueden dar lugar a prácticas de acaparamiento abusivo que se utilice para fortalecer —aún más— la posición de dominio de las empresas, otorgándoles una posición indisputable. Por ello, en los casos más graves, será más adecuada una regulación adecuada del mercado, ya sea con carácter general (como hace la propuesta de Reglamento de Datos o el Reglamento P2B) o con carácter específico para las plataformas que se consideren guardianes de acceso (como hace el Reglamento de Mercados Digitales).

Con todo, ambas formas de actuación —regulación y competencia— no se excluyen, sino que se complementan. Aunque se adopten medidas regulatorias para tratar de solventar algunos de los fallos más graves en el mercado de los datos, el Derecho de la competencia deberá seguir persiguiendo aquellas prácticas empresariales que restrinjan la

competencia en este ámbito. Entre dichas conductas podemos considerar las consistentes en aplicar precios monopolísticos para conceder acceso a los datos, o las prácticas de discriminación en precios. Igualmente deberán controlarse específicamente las operaciones de concentración vertical con el objetivo de introducir un segundo mercado vinculado con los datos dentro de la estructura empresarial de la adquirente. Especial interés se deberá prestar en este sentido a las prácticas de *killer acquisitions*.

Parte de la doctrina ha considerado que la negativa a conceder acceso a datos puede ser entendida como una conducta de abuso de posición de dominio por exclusión y, por tanto, quedar en el ámbito de aplicación de la prohibición del artículo 102 TFUE. Sin embargo, para que dicha calificación sea posible —en aplicación de la llamada doctrina de los recursos esenciales o *essential facilities* (Graef, 2016; Colangelo y Maggolino, 2017)— es necesario que los datos se consideren esenciales, en el sentido de que resulte material o económicamente imposible obtenerlos por otro modo y resulten indispensables para competir en un mercado secundario (distinto de aquél en el que se comercializan). Dado que no se cumplen estas condiciones con carácter general³⁹, resultará harto complejo aplicar esta prohibición a la negativa a licenciar el acceso a los propios datos. Además, hacerlo podría desincentivar las inversiones de las empresas en nuevas formas de obtención de datos de los que extraer valor para sus negocios.

Otro problema que plantea la aplicación del Derecho de la competencia para solucionar algunos de los fallos en el mercado de los datos reside en el diseño de remedios adecuados, esto es, en la delimitación de las medidas que se pueden imponer a las empresas infractoras para superar los problemas de competencia que han generado con sus conductas. En tal sentido, la normativa aplicable⁴⁰ dispone que los remedios que se impongan a los infractores han de ser necesarios y proporcionados a los fines que se persigan. Ante infracciones cometidas en el mercado de los datos resultará en muchos casos bastante complejo diseñar medidas adecuadas y proporcionadas para poner fin a la infracción y restaurar las condiciones de competencia. A causa de ello, resultan especialmente adecuadas medidas como la fragmentación de los datos a los que pueden acceder las empresas, mediante el levantamiento de murallas chinas o la creación de silos

³⁹ Recuérdese, principalmente, que los datos son un recurso no rivalizable, no apropiable y que son generalmente accesibles.

⁴⁰ En el ámbito comunitario el artículo 7 del Reglamento (CE) n° 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado dispone que la Comisión podrá imponer a las empresas «cualquier remedio estructural o de comportamiento que sea proporcionado y sea necesario para producir el cese efectivo de la misma. Los remedios estructurales sólo podrán imponerse en ausencia de otros remedios de comportamiento de eficacia equivalente o cuando, a pesar de existir remedios de comportamiento, éstos resulten más gravosos para la empresa en cuestión que el remedio estructural». La normativa nacional española dispone en el artículo 53.2.b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que las resoluciones del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en materia de infracciones podrán contener «la imposición de condiciones u obligaciones determinadas, ya sean estructurales o de comportamiento. En la elección entre condiciones estructurales o de comportamiento de eficacia equivalente se optará por la que resulte menos gravosa para la empresa en cuestión».

de datos, que impidan a las empresas dominantes la combinación de datos procedentes de distintas fuentes. Igualmente, según los casos, pueden resultar adecuados los remedios de acceso, concediendo a las empresas interesadas y competidores en el mercado acceso a determinadas fuentes de datos para eliminar con ello la ventaja competitiva⁴¹.

Sin embargo, el diseño de remedios se enfrenta frontalmente a los problemas de determinar su necesidad y proporcionalidad. Igualmente, en muchos casos, estos remedios implicarán medidas estructurales (liberación de activos esenciales, fragmentación de empresas o ramas de negocio...). Dichas medidas no encuentran fácil encaje en el rígido marco normativo actual del Reglamento 1/2003.

El diseño y control con el cumplimiento de estos remedios de acceso es muy complejo. Por ello, en muchos casos se estima que la solución más adecuada sea abordar la problemática desde la perspectiva regulatoria y del gobierno sobre los datos. Ello hace preferir una regulación *ex ante* a la imposición de medidas en expedientes antitrust.

Otra vía que se ha explorado es a través de lo que se ha dado en llamar *experimentalist antitrust*. Consiste en que las empresas que se han visto implicadas en infracciones de la normativa de competencia traten de llegar a una terminación convencional con la autoridad, proponiéndoles medidas — *commitments* o compromisos— con los que se superen los problemas de competencia evidenciados. En algunos casos, el uso de estas medidas puede ser adecuado. A modo de ejemplo, podemos destacar el expediente tramitado por la *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* italiana, en el expediente abierto a Google por la imposición de obstáculos a la portabilidad de los datos⁴². A través de los compromisos ofrecidos a *Weople*, se instrumentan medidas para superar los obstáculos técnicos derivados de la portabilidad de los datos, propiciando la actuación de terceros intermediarios que contribuyan a la efectividad de la portabilidad conectando los formatos de exportación e importación de los datos.

Acerca del artículo

Notas de conflicto de interés. El autor declara no tener ningún conflicto de interés en relación con la publicación de este artículo.

Contribución en el trabajo. El autor asumió todos los roles establecidos en *Contributor Roles Taxonomy* (CRediT).

Financiación. Esta publicación es parte del proyecto *Marco jurídico para la competencia dinámica en mercados digitales y para la innovación a través de Inteligencia Artificial*

⁴¹ En la doctrina se encuentran diversas propuestas de gran interés sobre posibles remedios para superar los problemas de competencia en mercados digitales, *vid.* (Gal y Petit, 2021; Lancieri y Pereira, 2021).

⁴² Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, provvedimento n. 30736, A552, de 22 de mayo de 2023, *Google-Ostacoli alla portabilità dei dati*.

(CODIG-IA), ref. PID2021-122536OB-I00 (IP Eugenio Olmedo Peralta), financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y por la Unión Europea “NextGenerationEU”/PRTR; así como del proyecto *Consumidores y pequeños profesionales en la contratación en Mercados Digitales: prácticas anticompetitivas, desleales y explotación de dependencia económica* (CoMeDi), Ref. ProyExcel_00665. Proyectos de Excelencia, Programa de Ayudas a la I+D+i, en régimen de concurrencia competitiva, Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación (PAIDI 2020) (IPs: Olmedo Peralta / Benavides Velasco).

Referencias

- Cattaneo, G., Micheletti, G., Glennon, M., La Croce y C. Mitta, C. (2020). *The European Data Market Monitoring Tool*. Publications Office of the European Union.
- Cohen, N. y Wendehorst, C. (2021). *ALI-ELI Principles for a Data Economy – Data Transactions and Data Rights*. <https://www.principlesforadataeconomy.org>
- Colangelo, G. y Maggiolino, M. (2017). Big Data as Misleading Facilities. *European Competition Journal*, 13, (2-3), 249-281.
- Comisión Europea (2017). *La construcción de una economía de los datos europea*. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, COM 9 final.
- Comisión Europea (2020). *Una Estrategia Europea de Datos*. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, COM 66 final.
- Crémer, J., De Montjoye, Y. y Schweitzer, H. (2019). *Competition Policy for the Digital Era*, final Report for the European Commission.
- Estevan, C. (2022). Desequilibrios de poder en los mercados digitales: plataformas y dependencia. *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, (42) 57-80.
- Franck, J. y Peitz, M. (2019). *Market Definition and Market Power in the Platform Economy*. Centre on Regulation in Europe.
- Furman, J., Diane, C., Fletcher A., McAuley D. y Marsden, P. (2019). *Unlocking Digital Competition*. Report of the Digital Competition Expert Panel.
- Gal, M. y Petit, N. (2021), Radical Restorative Remedies for Digital Markets, *Berkeley Technology Law Journal*, 37 (1) 617-674.
- Graef, I. (2016). *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*. Wolters Kluwer.
- Graux, H. Somers, G. Van Camp, S., Morel, S., Herrera, F., Maridis, G., Di Giacomo, D. y Vassot, S. (2022). *Study on model contract terms and fairness control in data sharing and in cloud contracts on data access rights*.
- IDC y Open Evidence. (2017). European Data Market SMART 2013/0063.
- Jean, S. Perrot, A. y Philippon, T. (2019). *Competition and Trade: Which Policies for Europe?*. French Conseil d’analyse économique.

- Krämer, J. y Schnurr, D. (2021). Big Data and Digital Markets Contestability: Theory of Harm and Data Access Remedies. *JCL&E*, 18 (2), 255-322.
- Lancieri, F. y Pereira, C. (2021), Designing Remedies for Digital Markets: The Interplay Between Antitrust and Regulation. *Journal of Competition Law and Economics*, 613-669.
- Lundqvist, B. (2018a). Competition and Data Pools. *Journal of European Consumer and Market Law*, 7 (4), 146-154.
- Lundqvist, B. (2018b), Data Collaboration, Pooling and Hoarding under Competition Law. *Stockholm Faculty of Law Research Paper Series*, (61), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3278578.
- Lundqvist, B. (2023). *Regulating Access and Transfer of Data*. Cambridge UP, Cambridge UK.
- Martens, B., De Streel, A., Graef, I., Tombal, T., y Duch, N. (2020). *Business-to-Business data sharing: An economic and legal analysis*. JRC Digital Economy Working Paper 2020-05.
- Micheli, M., Farrell, E., Carballa, B., Posada, M., Signorelli, S. and Vespe, M. (2023). *Mapping the landscape of data intermediaries*. Publications Office of the European Union. <https://doi.org/10.2760/8943>.
- Olmedo, E. (2022). Redefiniendo el ámbito de aplicación de la Ley de Mercados Digitales: ¿a quién? ¿cómo? y ¿para qué?. En A. Tato, J. Costas, P. Fernández-Carballo y F. Torres (Dirs.), *Nuevas tendencias en el derecho de la competencia y de la propiedad industrial III*. Marcial Pons.
- Olmedo, E. (2023a). La construcción de un régimen jurídico para el sector digital más allá del Reglamento de Mercados Digitales. En J.I. Ruiz Peris, F. González Castilla, F. González y C. Estevan (Dirs.) *Mercados digitales y competencia*. Tirant lo Blanch.
- Olmedo, E. (2023b). Los contratos de pools de datos (data pools): Aproximación a su régimen jurídico y función económica. En L. Miranda y J. Pagador (Dirs.) *Contratación mercantil: digitalización y protección del cliente/consumidor*. Marcial Pons.
- Olmedo, E. (2023c). Colaboración en la generación, intercambio y procesamiento de datos (Big Data): entre la cooperación lícita y las conductas antitrust. En J.I. Ruiz Peris (Dir.) *Cooperación y Mercados Digitales*. Atelier.
- Picht, P. (2022). Caught in the Acts: Framing Mandatory Data Access Transactions under the Data Act, further EU Digital Regulation Acts, and Competition Law. *Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper*, (22-12).
- Podszun, R. y Offergeld, P. (2022). The EU Data Act and the Access to Secondary Markets. *Study for the Ludwif-Fröhler-Institut für Handwerkswissenschaften*. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4256882
- Podszun, R. (2024). *Digital Markets Act, Article-by-Article Commentary*. Nomos.
- Ruiz Peris, J.I. (2021a). Gatekeepers, discriminación autopreferente exclusionaria y reforzamiento de la posición de dominio: La nueva propuesta europea de Digital Markets Act. En J. Martí (Dir.), *Competencia en mercados digitales y sectores regulados*. Tirant lo Blanch.

- Ruiz Peris, J.I. (2021b). La nueva Digital Markets Act, una respuesta híbrida de la Unión Europea a los gatekeepers GAFA. *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, (57).
- Schweitzer, H. (2021). The Art to Make Gatekeeper Positions Contestable and the Challenge to Know what is Fair: A Discussion of the Digital Markets Act Proposal. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, (3) 503-544. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3837341.
- Scott Morton, F., Bouvier, P., Ezrachi, A., Jullien, B., Katz, R., Kimmelman, G., Melamed A., Morgenstern, J. (2019). *Committee for the study of digital platforms: Market structure and antitrust subcommittee report*. Stigler Center for the Study of the Economy and the State, University of Chicago Booth School of Business.
- Vezzoso, S. (2021). The Dawn of Pro-Competition Data Regulation for Gatekeepers in the EU. *European Competition Journal*, 17 (2), 391-406.