



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

COMPETENCIA Y DATOS PERSONALES EN UNA ECONOMÍA DIGITAL

¿Aprobaría hoy la Comisión Europea la operación
Facebook/WhatsApp sin condiciones?

Autor: Santiago Reyes Gil

4º E-1

Derecho Mercantil

Tutor: Adela Gómez Alonso

Madrid

Marzo 2024

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS	4
INTRODUCCIÓN	5
I. LA OPERACIÓN FACEBOOK/WHATSAPP: DECISIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA DE 3 DE OCTUBRE DE 2014	6
1. LA TRANSACCIÓN Y SU DIMENSIÓN COMUNITARIA.....	6
1.1. La concentración	6
<i>1.1.1. Características de la operación</i>	6
<i>1.1.2. El control</i>	8
1.2. La Dimensión comunitaria	10
2. LAS PARTES IMPLICADAS EN LA OPERACIÓN	12
2.1. Facebook	12
2.2. WhatsApp	13
2.3. El interés estratégico de la operación	14
3. EL ANÁLISIS DE COMPETENCIA DE LA COMISIÓN EUROPEA.....	15
3.1. Los servicios de comunicaciones para consumidores	15
<i>3.1.1. Definición del mercado</i>	15
<i>3.1.2. Análisis de competencia</i>	17
3.2. Los servicios de redes sociales	20
<i>3.2.1. Definición del mercado</i>	20
<i>3.2.2. Análisis de competencia</i>	20
3.3. Los servicios de publicidad en línea	21
<i>3.3.1. Definición del mercado</i>	21
<i>3.3.2. Análisis de competencia</i>	22
II. LOS DATOS PERSONALES COMO HERRAMIENTA PARA COMPETIR EN LA ERA DIGITAL	23
1. ¿POR QUÉ SON TAN CODICIADOS POR LOS AGENTES ECONÓMICOS?.	25
2. LOS DATOS COMO HERRAMIENTAS DE POSICIONAMIENTO EN EL MERCADO	28
2.1. Sectores de actividad donde el acceso a los datos puede favorecer el poder de mercado	28
2.2. Competencia en el acceso a los datos	29
3. LA MANIPULACIÓN DE DATOS PERSONALES PARA INFLUENCIAR EL PANORAMA POLÍTICO	31
3.1. El perfilado ideológico	31
3.2. Breve repaso histórico del uso de datos para influir en el ámbito político	32

4. LA PRIVACIDAD DEL CLIENTE: SU REGULACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA	34
4.1. El Reglamento general de protección de datos	35
4.1.1. <i>La licitud del tratamiento</i>	36
4.1.2. <i>Los derechos del interesado</i>	38
4.2. La Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas	39
III. ¿VOLVERÍA LA COMISIÓN EUROPEA A APROBAR SIN CONDICIONES LA OPERACIÓN FACEBOOK/WHATSAPP HOY?	40
1. LOS PROBLEMAS REGULATORIOS DE FACEBOOK EN EUROPA Y ESTADOS UNIDOS.....	40
1.1. Sanción de la Comisión Europea por proporcionar información engañosa en relación a la adquisición Facebook/WhatsApp	41
1.2. Infracciones en materia de privacidad de los datos	42
1.3. El caso de Cambridge Analytica	44
2. ANÁLISIS DE LA TRANSACCIÓN A LA LUZ DE LA TRAYECTORIA EMPRENDIDA POR EL GIGANTE TECNOLÓGICO.....	46
2.1. Evaluación de impacto en materia de protección de datos	48
2.2. Transmisión de datos a destinos no seguros	49
IV. CONCLUSIONES	50
V. BIBLIOGRAFÍA	51
1. LEGISLACIÓN	51
2. JURISPRUDENCIA.....	52
2.1. Decisiones de la Comisión Europea	52
2.2. Decisiones de Reguladores nacionales	54
2.3. Tribunal de Justicia de la Unión Europea	54
3. OBRAS DOCTRINALES	55
4. RECURSOS DE INTERNET	56

LISTADO DE ABREVIATURAS

CA:	Cambridge Analytica
CE:	Comisión Europea
<i>Cfr.:</i>	<i>Cónfer</i> (compárese)
EEE:	Espacio Económico Europeo
EEUU:	Estados Unidos
<i>Ibid.:</i>	<i>Ibidem</i> (en el mismo lugar)
OCDE:	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
<i>Op. cit.:</i>	<i>Opere citato</i> (obra citada)
RGPD:	Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)
TJUE:	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
UE:	Unión Europea
<i>Vid.:</i>	<i>Vide</i> (véase)

INTRODUCCIÓN

En la economía digital, en la que actualmente nos movemos, los datos personales constituyen una herramienta fundamental para el posicionamiento de las empresas en el mercado. La globalización y el uso masivo de las nuevas tecnologías son factores que propician la captación y el uso de los datos del cliente con fines que, como veremos, en ocasiones van más allá de la esfera puramente competitiva.

La adquisición de WhatsApp por el gigante de las comunicaciones sociales Facebook, hace unos años, permitió a este último hacerse con una importante bolsa de datos personales. En definitiva, le dio acceso a un recurso de marketing sumamente valioso para incrementar y consolidar su influencia en los mercados digitales.

Desde que se materializó la transacción, Facebook ha incurrido en una serie de comportamientos cuestionables en la Unión Europea y en su país de origen. Comportamientos estos que han vulnerado la normativa en materia de protección de datos personales tanto a nivel comunitario como de acuerdo con la legislación de algunos Estados miembros. En este contexto el presente Trabajo busca, como objetivo último, determinar si la Comisión Europea volvería hoy en día a alcanzar las mismas conclusiones a las que llegó en 2014, cuando dio luz verde a la operación de referencia.

Para ello, en primer lugar, se analizarán los argumentos que utilizó el ejecutivo comunitario al aprobar, sin condiciones, la compra de una empresa con el potencial de WhatsApp por un gigante como Facebook.

Posteriormente, se determinará la relevancia que presentan hoy en día los datos personales en términos de posicionamiento comercial. Es decir, se analizará su poder como instrumento para competir en la economía digital, abordando sus implicaciones económico-empresariales e incluso su capacidad para influenciar el panorama político.

Finalmente, se analizarán los problemas regulatorios experimentados por Facebook en los últimos años y, desde esta perspectiva, se determinará cómo actuaría la Comisión Europea si tuviera que decidir actualmente sobre la operación Facebook/WhatsApp u otra similar.

Para la elaboración de este Trabajo de Fin de Grado se ha hecho uso de una diversidad de fuentes, destacando en particular distintas decisiones e informes de la Comisión y de algunos reguladores europeos en materia de Derecho de la Competencia y de protección de datos personales.

I. LA OPERACIÓN FACEBOOK/WHATSAPP: DECISIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA DE 3 DE OCTUBRE DE 2014

1. LA TRANSACCIÓN Y SU DIMENSIÓN COMUNITARIA

En 2014 se dio a conocer la compra de “WhatsApp, Inc.” por la empresa “Facebook, Inc.”. Fue una operación trascendental en el ámbito de las concentraciones, tanto por tratarse de un sector en auge y que, en aquel entonces, experimentaba un gran crecimiento en los mercados internacionales, como era el de las redes sociales; como por las cifras que se manejaron. La noticia de la concentración provocó una variedad de opiniones entre analistas: había quienes afirmaban que se trataba de una operación demasiado costosa, que superaba la media del sector y que tenía un enfoque a largo plazo; otros se posicionaban para considerarlo como una burbuja dentro de un sector en moda, llegando incluso a asemejarlo con la crisis de las empresas puntocom; pero también existían comentarios que consideraban que la operación no era excesiva, muy similar a otras, y que era adecuada para los objetivos de Facebook a nivel estratégico.

1.1. La concentración

1.1.1. Características de la operación

El Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas¹ (en adelante, el Reglamento comunitario de concentraciones) las define como aquellas operaciones que dan lugar a un cambio duradero en el control de las empresas afectadas y en la estructura del mercado². De esta definición, y del posterior desarrollo que se hace en el artículo 3 del Reglamento³, podemos extraer tres elementos:

¹ Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (DOUE 29 de enero de 2004).

² Considerando 20 del Reglamento comunitario de concentraciones.

³ Artículo 3. 1 del Reglamento comunitario de concentraciones: “Se entenderá que se produce una concentración cuando tenga lugar un cambio duradero del control como consecuencia de:

- a) la fusión de dos o más empresas o partes de empresas anteriormente independientes, o
- b) la adquisición, por una o varias personas que ya controlen al menos una empresa, o por una o varias empresas, mediante la toma de participaciones en el capital o la compra de elementos del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio, del control directo o indirecto sobre la totalidad o partes de una o varias otras empresas”.

- a) Elemento de cambio: debe haber un cambio cualitativamente significativo en la estructura de la empresa, como puede ser el cambio en la estructura de control accionarial, afectadas como resultado directo de la operación.
- b) Elemento temporal: la modificación de la estructura de las empresas afectadas debe ser permanente. La cuestión de la permanencia está ligada a la evaluación de la previsible autonomía de la empresa, resultado de la operación.
- c) Elemento material: es preciso la autonomía jurídica y económica de la nueva estructura empresarial, es decir, que aparezca en el mercado una entidad empresarial viable económicamente e independiente, con una nueva personalidad jurídica o manteniendo la anterior, pero, en cualquier caso, que cuente con una modificación sustancial en su estructura, independiente de anteriores entidades jurídicamente diferenciadas.

De esta forma, solo serían de interés para el Reglamento comunitario de concentraciones las operaciones que supusieran la aparición duradera de nuevas estructuras que pudieran desequilibrar el nivel de competencia en un mercado determinado.

Gracias al Acuerdo y Plan de Concentración y Reorganización firmado el 19 de febrero de 2014, entre Facebook y WhatsApp, conocimos que la segunda iba a ser adquirida por la primera, pasando a ser esta compañía la única entidad que la controlaría:

- a) Su artículo 1 prevé el cese de la existencia separada de WhatsApp para su total anexión con una empresa filial de Facebook.
- b) El artículo 2 recoge la estructura de la compra: 19 mil millones de dólares, divididos en 4 mil millones en efectivo y 12 mil millones en acciones de nueva emisión (aunque se acordó repartir, pasados cuatro años, a los fundadores y empleados de WhatsApp, otros 3 mil millones de nuevas acciones, lo que supondría poseer el 8% de Facebook).

En consecuencia, nos encontramos ante una concentración que se materializa en la adquisición de la empresa objetivo a través de la compra de la totalidad de sus acciones. Efectivamente, Facebook se hizo con la totalidad del accionariado de WhatsApp y ésta se incorporó a una filial de la empresa adquiriente bajo total control de Facebook. Contraprestación: pago en efectivo y de acciones de Facebook a los accionistas de WhatsApp.

En cualquier caso y como reconoció la Comisión Europea (CE)⁴, se trata de una concentración a efectos del artículo 3 del Reglamento: Facebook adquiere el control indirecto sobre la totalidad de WhatsApp al recibir su filial, mediante contrato, todas las acciones de la empresa afectada, pudiendo por tanto ejercer los derechos inherentes a las mismas.

1.1.2. El control

Llegados a este punto es importante determinar: a) qué significa, a efectos de control de concentraciones, que Facebook adquiriese el control de WhatsApp; y b) qué tipo de control ostentaba el nuevo propietario de la empresa adquirida y cuál era su ámbito de poder decisorio.

a. La adquisición del control

El artículo 3 del Reglamento⁵ define “control” como la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de una empresa, lo que supone un cambio en la estructura de ésta. En el concepto de control que prevé el legislador comunitario podemos destacar varios elementos.

En primer lugar, la existencia de una influencia decisiva, esto es, el poder que pasa a ostentar un accionista para determinar las decisiones estratégicas de la empresa participada (control positivo) o bloquear las estrategias propuestas (control negativo). El ejemplo paradigmático es el control exclusivo de un accionista mayoritario, que cuenta con la mayoría de capital social y es titular de la mayoría de los votos necesarios para adoptar decisiones estratégicas, como sucedió en WhatsApp.

En efecto, tras la operación, sería Facebook quien fijaría la conducta financiera, industrial y comercial de la afectada, pues podía determinar el plan de negocio (donde se recogen los objetivos empresariales y las medidas para alcanzarlos), el presupuesto y el

⁴ Decisión de Comisión Europea de 3 de octubre de 2014, Asunto n° COMP/M. 7217 (Facebook/WhatsApp) [versión electrónica - base de datos EUR-Lex. Ref. 32014M7217]. Fecha de la última consulta 4 de marzo de 2024, párrafo 10.

⁵ Artículo 3. 2 del Reglamento comunitario de concentraciones: “El control resultará de los derechos, contratos u otros medios que, por sí mismos o en conjunto, y teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieren la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa; en particular mediante.

a) derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de una empresa;

b) derechos o contratos que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa”.

nombramiento de los altos cargos directivos de WhatsApp con funciones ejecutivas (que tendrán gran influencia en la política comercial futura de la empresa).

En segundo lugar, el Reglamento establece que la mera posibilidad de ejercer influencia decisiva sobre las actividades de una empresa basta para ostentar el control de ésta. No es necesario por tanto el ejercicio efectivo de dicha influencia. Esta posibilidad puede tener orígenes diversos, entre otros: a) los derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de parte de los activos de una empresa; y b) derechos o contratos que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa, siempre que la persona, las personas o las empresas que hayan adquirido este control sean titulares de estos contratos o derechos cuando los ejerzan.

En la transacción objeto de análisis, Facebook adquirió la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de WhatsApp al hacerse con la totalidad de su accionariado.

Finalmente, el concepto de control implica la necesidad de una modificación estructural en la empresa objeto de la operación. Así lo recoge la propia Comisión en su Comunicación sobre el concepto de empresas afectadas⁶. Esta alteración estructural constituye un rasgo esencial de la noción de concentración.

En el caso de las concentraciones que adoptan la forma de adquisiciones, el cambio estructural puede producirse cuando la empresa que ha adquirido el control no tenía con anterioridad ninguna posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de la otra empresa. Es decir, aparece un nuevo actor. Ese es precisamente el escenario de la operación Facebook/WhatsApp.

⁶ Comunicación de la Comisión sobre el concepto de empresas afectadas con arreglo al Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (C 66/14), de 1998 (DOCE 2 de marzo de 1998).

b. Tipología de control y ámbito de poder decisorio

El Reglamento distingue dos modalidades de control⁷: control exclusivo y control en común⁸.

El control exclusivo es aquel que ostenta una única empresa sobre otra u otras. Normalmente, se obtiene a través de la adquisición de la mayoría del capital social de una empresa y, con ello, la totalidad de los derechos de voto. No obstante, es posible un control exclusivo por parte de un accionista minoritario, como ocurre en el supuesto de que éste disponga de acciones preferentes con mayoría de derechos de voto o cuando distintos accionistas minoritarios alcanzan acuerdos en el contexto de un accionariado muy fragmentado.

El control en común se produce cuando dos o más empresas pueden ejercer una influencia decisiva sobre otra u otras, entendiéndose dicha influencia como la facultad de bloquear decisiones estratégicas, lo que muestra la necesidad de alcanzar acuerdos.

De acuerdo con lo descrito, el control que pasó a ostentar Facebook sobre WhatsApp era exclusivo, no teniendo la primera que pactar con ningún otro accionista las decisiones que determinaban la estrategia comercial de la empresa afectada.

1.2. La Dimensión comunitaria

El derecho europeo de control de concentraciones establece que la Comisión tiene competencia exclusiva sobre las transacciones de “dimensión comunitaria”. Es decir, las grandes operaciones donde exista un interés comunitario por el posible impacto en la estructura de competencia de una parte sustancial del mercado interior. Este concepto de dimensión comunitaria empieza a perfilarse con el considerando 8 del Reglamento, que hace referencia “a las modificaciones estructurales importantes cuyo efecto en el mercado se extienda más allá de las fronteras nacionales de un Estado Miembro”.

A efectos prácticos, tener o no dimensión comunitaria es, principalmente, cuestión de volumen de negocio. El propio Reglamento establece los umbrales cumulativos que debe

⁷ El artículo 3. 1 b) del Reglamento comunitario de concentraciones habla de concentraciones en las que el control se ha adquirido “por una o varias personas que ya controlen al menos una empresa, o por una o varias empresas”.

⁸ Comunicación de la Comisión sobre el concepto de concentración con arreglo al Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (C 66/5), de 1998 (DOCE 2 de marzo de 1998).

alcanzar una concentración para ser examinada en Bruselas, que se calculan en función del volumen de negocios tanto a nivel mundial como comunitario⁹. No obstante, de no alcanzarse estos primeros umbrales, deberán observarse los umbrales alternativos que prevé igualmente el Reglamento¹⁰.

Pero esto no implica que la Comisión deba ignorar las concentraciones que no cumplan los requisitos arriba mencionados. Gracias al sistema de remisión recogido en la normativa comunitaria de control de concentraciones, el Regulador europeo puede declarar su competencia en supuestos que afecten al comercio entre Estados miembros y amenacen con alterar de forma significativa la competencia dentro de uno o varios Estados¹¹.

En cuanto a la operación que nos ocupa, generó cierta preocupación que una concentración de tal envergadura¹² pudiera escapar al control de la Autoridad comunitaria, al no alcanzar WhatsApp¹³ los umbrales previstos por el Reglamento. Finalmente, la Comisión pudo examinar la operación gracias al sistema de remisión arriba mencionado. Así, el 19 de mayo de 2014, Facebook solicitó a la CE, mediante escrito motivado, que el ejecutivo comunitario analizase la concentración. Ninguno de los tres Estados Miembros competentes para examinarla según su normativa nacional de competencia (Chipre, España y Reino Unido) rechazó la solicitud de la compañía americana¹⁴, con lo cual, se consideró que la concentración tenía dimensión comunitaria.

⁹ Artículo 1. 2 del Reglamento comunitario de concentraciones: “Una concentración tendrá dimensión comunitaria cuando:

a) el volumen de negocios total a escala mundial realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 5.000 millones de euros, y

b) el volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración supere los 250 millones de euros, salvo que cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total comunitario en un mismo Estado miembro”.

¹⁰ Artículo 1. 3 del Reglamento comunitario de concentraciones.

¹¹ Artículo 22. 1 del Reglamento comunitario de concentraciones.

¹² Entre una plataforma con 1,3 mil millones de usuarios y unos beneficios anuales en 2013 de 1,5 mil millones de dólares (824 millones en Europa); con otra que disponía de 600 millones de usuarios, ambas cantidades a nivel mundial.

¹³ Decisión de Comisión Europea de 3 de octubre de 2014, Asunto nº COMP/M. 7217 (Facebook/WhatsApp) [versión electrónica - base de datos EUR-Lex. Ref. 32014M7217]. Fecha de la última consulta 4 de marzo de 2024, párrafo 9.

¹⁴ Artículo 4. 5 del Reglamento comunitario de concentraciones.

2. LAS PARTES IMPLICADAS EN LA OPERACIÓN

2.1. Facebook

El 4 de febrero de 2004 aparece “TheFacebook”, una red sociodigital dentro de las fronteras de la Universidad de Harvard, nacida del deseo de venganza del estudiante Mark Zuckerberg que materializó en 2003 con FaceMash¹⁵ y de la idea que “robó” de los hermanos Cameron y Tyler Winklevoss, y de Divya Narendra de crear una web para el tráfico entre fraternidades. Finalmente, cambió de nombre a “Facebook” y en 2005 ya apareció como una de las empresas más prometedoras de Silicon Valley.

En 2006, Facebook empezó a generar interés entre el sector, recibiendo y rechazando ofertas de compra por grandes cantidades. Ese mismo año, la red social se expande a todo el mundo a través de sus primeras traducciones en otros idiomas. En 2007, se introdujo Beacon en Facebook, un sistema que guardaba, sin permiso de los usuarios, la información de sus compras en otras páginas y la publicaba en un espacio destinado a las noticias de los amigos, de forma que facilitaba la promoción y venta. Esto supondría el inicio de la comercialización de datos de usuarios, del que dependería el crecimiento de Facebook.

En 2009, Facebook alcanzó los 350 millones de usuarios. También se incluye dentro del equipo a Sheryl Sandberg, la responsable de convertir a un motor de búsqueda de Internet como Google en una empresa con valor de 16,6 mil millones de dólares. A ella se le atribuye la introducción de *AdWords*, *AdSense* y el botón de “me gusta”, siendo este último la clave para generar interés dentro del mercado de la publicidad micro focalizada. De esta forma, se inició un camino que hizo de la publicidad la principal fuente de ingresos de la compañía, apoyándose en dos factores: a) la gran cantidad de usuarios activos al día y b) la aportación por los propios usuarios de los datos que hacían posible una publicidad más personalizada y, por tanto, con más probabilidades de llegar a los consumidores objetivos para convertirlos en clientes potenciales.

Llegamos, así, a febrero de 2014, con Facebook teniendo aproximadamente 1,3 mil millones de usuarios en todo el mundo, y una media 829 millones de usuarios activos al día (654 millones a través de teléfonos inteligentes). Tras su salida a bolsa en 2012, su valor en el Nasdaq se elevó a 194.500 millones de dólares (145 dólares por usuario). Sus

¹⁵ Red sociodigital que creó y usó para publicar en línea fotos de sus compañeras, robadas a la universidad, para que fueran votadas según su apariencia.

ingresos totales para el primer semestre de 2014 fueron 5,4 mil millones de dólares, correspondiendo 4,9 mil millones a ingresos por publicidad; y 2,9 mil millones a gastos de explotación. En 2013 obtuvo 1,5 mil millones de dólares en beneficios.

En este punto, es preciso hacer una mención a las diferentes funcionalidades que ofrecían las diversas plataformas de las que disponía Facebook en 2014:

- a) “Facebook” prestaba funcionalidades de red social, permitiendo a los usuarios publicar contenidos para que fuesen visualizados por sus contactos.
- b) “Facebook Messenger” es una aplicación que permitía la comunicación entre usuarios.
- c) “Instagram” también actuaba como red social, pero enfocada principalmente en la publicación de fotografías y videos, de forma que el texto pasaba a un segundo plano, a diferencia de Facebook. Además, para visualizar contenido, Facebook obligaba a que dos personas se aceptasen, pero Instagram no.

2.2. WhatsApp

WhatsApp fue fundada el 24 de febrero de 2009 por Jan Koum, exdirector del equipo de operaciones de la plataforma Yahoo!. La idea original fue crear una agenda que permitiera saber si una persona estaba disponible para mantener una conversación, aunque, con el añadido de funciones, se acabó convirtiendo en una plataforma de comunicación.

El modelo de WhatsApp fue revolucionario, pues permitía enviar y recibir mensajes, imágenes, videos y grabaciones de audio por Internet de manera instantánea, tanto a otros usuarios como a grupos de ellos de forma casi gratuita. De esta forma, en los primeros cinco años de existencia, la aplicación WhatsApp alcanzó los 450 millones de usuarios activos, llegando a los 600 millones de usuarios registrados, de los cuales, el 70% la usaba diariamente.

Se trataba de la plataforma líder de servicios de comunicaciones en Europa, América del Sur, India y el Sureste Asiático. Pese a esto, los ingresos de WhatsApp no eran cuantiosos, ya que su monetización consistía en el cobro de una suscripción anual de un dólar pasado un año desde la instalación y no obtenía ingresos de publicidad, con una manifiesta política contraria a ella. La mayoría de sus ingresos procedían de fondos de inversión en los que invertía.

2.3. El interés estratégico de la operación

En los años anteriores a 2014, se había visto cómo el sector de las tecnologías y las comunicaciones había sufrido una revolución, apareciendo nuevos negocios entre los que destacaba la mensajería instantánea. Para ello, el surgimiento del mercado de los dispositivos móviles combinado con la modernización de internet supuso un gran impulso.

WhatsApp vio desde sus inicios la importancia de adaptar la comunicación a la nueva tecnología móvil y, con el tiempo, hemos constatado cómo los ingresos por publicidad han sufrido mayor dependencia de los dispositivos móviles. La adaptación de Facebook, por su parte, fue un poco problemática y su integración con los servicios de comunicación instantánea de Facebook Messenger no fue todo lo bien que se esperaba.

Con la adquisición de WhatsApp, Facebook compró a la empresa líder de servicios de comunicación instantánea para dispositivos móviles. Zuckerberg reconoció que la compra correspondía a un plan de crecimiento a largo plazo de Facebook, lo que se conseguiría expandiendo la base de usuarios y salvaguardando su modelo de negocio. Recordemos que WhatsApp tenía mucha presencia en Europa, India y América, pudiendo traducirse la compra en una expansión geográfica en beneficio de negocio de publicidad de la adquirente. En este sentido, hay que mencionar que la principal competidora de Facebook, Google, ya se interesó en WhatsApp con anterioridad, pues contaba con una gran base de usuarios y había experimentado el mayor crecimiento de una empresa en el sector de las tecnologías de la información y la comunicación.

Tal como se comentará posteriormente, gran parte de los usuarios de Facebook lo eran también de WhatsApp, lo que facilitaba la interconexión entre las plataformas. Así, si la aplicación de mensajería empezará a almacenar los datos de sus usuarios, Facebook podría usarlos para perfeccionar su negocio de publicidad.

Facebook también conseguiría una mayor presencia entre la población joven, ya que observó que este segmento poblacional recurría cada vez más a la mensajería instantánea en sustitución de las redes sociales tradicionales, y que eran los usuarios más activos. Todo esto era confirmado por el hecho de que Facebook era una de las redes sociales con menor crecimiento y cuya tasa de usuarios activos descendía, pese a ser la gran red social dominante.

3. EL ANÁLISIS DE COMPETENCIA DE LA COMISIÓN EUROPEA

Tras analizar la concentración y su dimensión comunitaria, la Comisión procedió a definir el mercado de referencia. Éste es trascendental para determinar el marco dentro del que se va a analizar el impacto de la concentración desde la perspectiva de la competencia. Su delimitación se lleva a cabo inspirada¹⁶ en los principios de sustituibilidad de la demanda (grado en el que dos productos son suficientemente sustitutivos en la demanda), sustituibilidad de la oferta (grado en el que una empresa pueda comenzar a fabricar y vender un producto, al que antes no se dedicaba, a corto plazo sin inversiones significativas) y competencia potencial (grado en el que, en el menor tiempo posible tras la concentración, haya probabilidades de que entre en el mercado competencia competitiva y efectiva que limite el poder de la entidad resultante). Igualmente, su evaluación se hace mediante la combinación del mercado de producto y del mercado geográfico. Los artículos 101 y 102 del TFUE¹⁷ ofrecen las siguientes definiciones:

- a) El mercado de producto incluye los productos y servicios que los consumidores consideran sustituibles por razón de sus características, su precio y su uso previsto por ellos.
- b) El mercado geográfico comprende la zona en la que las partes afectadas desarrollan actividades de suministro y prestación de productos y servicios, donde existe una homogeneidad en las condiciones de competencia y que es capaz de distinguirse de otras zonas por sus condiciones de competencia prevalentes.

En la operación Facebook/WhatsApp la Comisión Europea analizó tres mercados: el de servicios de comunicaciones para consumidores, el de servicios de redes sociales y el de servicios de publicidad en línea.

3.1. Los servicios de comunicaciones para consumidores

3.1.1. Definición del mercado

La Comisión definió estos servicios como “soluciones de comunicación multimedia que permiten a las personas contactar con amigos, familiares y otros contactos en tiempo

¹⁶ Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (C 372/5), de 1997 (DOCE 9 de diciembre de 1997).

¹⁷ TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

real”¹⁸ y dejó constancia del hecho de que la aparición de dispositivos móviles inteligentes iba a propiciar un gran crecimiento a las aplicaciones de comunicaciones.

Sobre la definición del mercado, y en línea con las operaciones Microsoft/Skype¹⁹ y Microsoft/Nokia²⁰, se decidió separar el mercado de los servicios de comunicación destinado a consumidores del destinado a empresarios, y se apoyó una segmentación para analizar únicamente aplicaciones para teléfonos inteligentes: WhatsApp no tenía planes de expandirse a otras plataformas. No se vio necesario una segmentación mayor basada en sistemas operativos o en funcionalidades. En el primer caso, porque la mayoría de usuarios consideraban las aplicaciones de comunicaciones para consumidores como un único producto, aunque se ofreciesen tanto en Android como en iOS. En el caso de la segmentación por funcionalidades, se rechazó al concluirse que no había unas determinadas funcionalidades que definieran un servicio de comunicación, además de que las funcionalidades de Facebook Messenger y WhatsApp también eran ofrecidas por otras aplicaciones.

La Comisión también acabó rechazando una definición del mercado de productos que se ampliara a servicios tradicionales de comunicaciones electrónicas, pues estos tenían los mismos fines, pero los servicios de comunicaciones para consumidores podían no solo sustituirlos, sino también aportar más funcionalidades, aparte de no cobrar por mensaje; pero principalmente porque dicha ampliación haría a las Partes ocupar una posición combinada débil en ese mercado hipotético.

Posteriormente, se valoró la definición del mercado geográfico, determinándose que tenía al menos nivel de Espacio Económico Europeo (EEE), si no mundial. Esto fue consecuencia de una investigación de mercado, donde se reveló que no había diferencias importantes en las aplicaciones de comunicación en todo el mundo y a que las cuotas de mercado de las Partes eran mayores en el EEE.

¹⁸ *Cfr.*, decisión de Comisión Europea de 3 de octubre de 2014, Asunto n° COMP/M. 7217 (Facebook/WhatsApp) [versión electrónica - base de datos EUR-Lex. Ref. 32014M7217]. Fecha de la última consulta 4 de marzo de 2024, párrafo 13.

¹⁹ Decisión de la Comisión Europea de 7 de octubre de 2011, Asunto n° COMP/M. 6281 (Microsoft/Skype) [versión electrónica - base de datos EUR-Lex. Ref. 32011M6281]. Fecha de la última consulta 5 de octubre de 2023.

²⁰ Decisión de la Comisión Europea de 4 de diciembre de 2013, Asunto n° COMP/M. 7047 (Microsoft/Nokia). [versión electrónica - base de datos EUR-Lex. Ref. 32013M7047]. Fecha de la última consulta 18 de noviembre de 2023.

3.1.2. Análisis de competencia

Antes de evaluar el mercado, la Comisión identificó tres pilares de la competencia en este mercado:

- a) Las funcionalidades ofrecidas para prestar una mayor experiencia, siendo especialmente valoradas las de seguridad y privacidad, en las cuales, WhatsApp destacaba.
- b) La red subyacente, partiendo de que una red más grande de usuarios permitiría ofrecer más utilidades a los clientes: por un lado, aumentando las probabilidades de que contactos existentes de los clientes ya fueran usuarios de la aplicación de comunicaciones y, por otro lado, facilitando la adquisición y descubrimiento de contactos.
- c) El precio, ya que la investigación reveló que los usuarios de aplicaciones de comunicaciones para consumidores suelen ser muy sensibles al precio.

a. La estructura del mercado

Para obtener unos primeros indicios útiles de la estructura del mercado y la posición de las Partes, se empezó analizando la cuota de mercado combinada de ambas, la cual oscilaba entre el 30% y el 40% en las plataformas iOS y Android en el EEE. La Comisión concluyó que este solapamiento en las actividades de Facebook y WhatsApp no sería indicativo de poder de mercado, dado que el sector de las comunicaciones era una industria muy reciente, caracterizada por su dinamismo, intenso ritmo de crecimiento, entrada frecuente de nuevos actores y ciclos cortos de innovación.

b. El impacto en los consumidores

A continuación, se evaluó el impacto de la transacción para los consumidores a través de la cercanía de la competencia, la capacidad para cambiar de proveedor, las barreras de entrada y expansión y los efectos de red.

i. La existencia de alternativas accesibles

De la investigación se concluyó que Facebook Messenger y WhatsApp, pese a su similitud respecto a funcionalidades y volumen de usuarios, no eran competidoras cercanas, al contar con diferencias sustanciales: el método de identificación²¹, la fuente

²¹ WhatsApp usaba los números de teléfono y Facebook Messenger empleaba Facebook ID.

de contactos²², la experiencia global del usuario²³ y la política de privacidad²⁴. De hecho, la capacidad de superposición entre las dos redes y su similitud con otros operadores del mercado podía llevar a considerarlos como complementarios, manifestado en su grado de *multi-homing* (instalación y uso, al mismo tiempo, en el mismo teléfono, de varias aplicaciones de comunicaciones para consumidores).

La Comisión determinó que, con carácter general, no había obstáculos trascendentes para los usuarios que buscaran el cambio de aplicaciones de comunicaciones para consumidores. Esta decisión se basó en las siguientes razones:

- a) Se puede acceder a las aplicaciones gratuitamente o a precio bajo.
- b) Es posible la descarga en los teléfonos inteligentes sin que ocupe una parte significativa de su almacenamiento.
- c) Se posibilita a los usuarios cambiar de aplicaciones rápidamente.
- d) Cuentan con interfaces de usuario simples que facilitan los costos de aprendizaje.
- e) Se puede obtener información sobre nuevas aplicaciones gracias a las reseñas de las tiendas de aplicaciones.

En el caso particular de las Partes, la Comisión señaló que ni Facebook Messenger ni WhatsApp estaban preinstalados en la mayoría de teléfonos móviles, lo que aumentaba las probabilidades de que los usuarios decidiesen descargar una aplicación de la competencia. Tampoco contaba ninguna de las Partes con control sobre los sistemas operativos que dificultase el cambio. Sobre el costo de cambio que podía suponer la pérdida de datos e historial de interacciones al cambiar de aplicación, la Comisión rechazó la tesis por el hecho de que el historial solía guardarse en el teléfono y la lista de contactos podía portarse a varias aplicaciones al mismo tiempo.

ii. Barreras y efectos de red

En otro orden de cosas, según la Comisión, no existían barreras “tradicionales” significativas que impidieran la entrada a nuevas aplicaciones, porque su desarrollo no

²² WhatsApp se basaba en las libretas de contacto, mientras que Facebook Messenger se apoyaba en los usuarios de Facebook.

²³ La experiencia de usuario era más rica en Facebook Messenger debido a su integración con Facebook red social.

²⁴ Facebook Messenger, al contrario de WhatsApp, sí recopilaba datos sobre usuarios para utilizar con fines publicitarios.

suponía una gran inversión de tiempo ni inversión, además de que tampoco existían patentes, ni derechos de propiedad intelectual sobre las tecnologías de mensajería.

Es más, WhatsApp no tenía ninguna y Facebook, algunas, pero muy estandarizadas en comparación con el sector. El hecho de que Partes no tuvieran control real sobre los elementos de entrada (no controlaban los sistemas operativos de los teléfonos, ni los datos de identificación que decidían los usuarios) y la inexistencia de servicios de interoperabilidad entre diferentes aplicaciones de los principales competidores de las Partes (aparte de no ser decisivo en la entrada y expansión de las mismas) fueron decisivos en la inclinación del órgano.

Importante espacio ocupó la cuestión de los efectos de red. Es decir, el impacto que tiene la entrada de un nuevo usuario de un producto sobre el valor que los otros usuarios le asignan al mismo. De esta manera, un tamaño de base de usuarios grande aumentaría la utilidad del servicio para los usuarios ya que permite llegar a más personas.

En la presente operación, se consideró que el efecto de red quedaba mitigado por tres circunstancias que impedirían proteger de la competencia a la entidad resultante. En primer lugar, el sector de aplicaciones de comunicaciones está en constante evolución y cuenta con costes de cambio de clientes y barreras bajas, haciendo que una posición de liderazgo quede discutida. En segundo lugar, el *multi-homing* entre las aplicaciones de las Partes y las de la competencia se ve favorecida por la gratuidad, el fácil acceso y su poco espacio de almacenamiento en los teléfonos, por lo que es improbable que los usuarios de la red de la entidad fusionada no puedan usar las aplicaciones de la competencia. En último lugar, es esencial que ninguna de las Partes controle una parte esencial de la red o los sistemas operativos de móviles, lo que impediría un bloqueo de usuarios a redes o hardware; aparte de no estar ninguna de las aplicaciones preinstaladas. Asimismo, la entidad resultante no contaría con medios para impedir que competidores volvieran a crear la red de un usuario en WhatsApp, debido a que se basa en su guía telefónica.

En un último análisis, se valoraron las consecuencias de una hipotética integración de WhatsApp con Facebook, concluyendo la Comisión que, en ese caso, existiría el riesgo empresarial de que los usuarios se cambiasen a las aplicaciones de la competencia. Igualmente, no habría una ganancia relevante de nuevos miembros que reforzase los efectos de red de las Partes por la superposición entre sus redes, pues entre el [70 - 80]% y [80 - 90]% de los usuarios de WhatsApp eran usuarios de Facebook y, por tanto, ya

estaban al alcance de Facebook Messenger, mientras que entre el 60% y el 70% de los usuarios activos de Facebook Messenger ya utilizaban WhatsApp.

Así las cosas, la Comisión consideró que la transacción era compatible con el mercado interior en lo que respecta a este sector de actividad.

3.2. Los servicios de redes sociales

3.2.1. Definición del mercado

La Comisión no pudo definirlos, pero sí describirlos como aquellos que permiten a los usuarios conectar, compartir, comunicarse y expresarse entre ellos, en línea o mediante una aplicación móvil.

Inicia su análisis, este organismo, comparando las aplicaciones de comunicaciones para consumidores con las que prestaban servicios de redes sociales, observando un solapamiento de funcionalidades. Igualmente, se destacó que las redes sociales permitían la conexión con grupos amplios no personales, ofrecían experiencias en línea más ricas y no posibilitaban el envío de mensajes en tiempo real, en contraste con los servicios de comunicaciones. La comparativa permitió concluir a la Comisión que WhatsApp cuenta con diferencias importantes respecto a las redes sociales.

Sobre la definición del mercado geográfica de referencia, la Comisión, al igual que en el caso anterior, considera que las cuotas de mercado de las Partes son mayores en el EEE que a nivel mundial y que, por tanto, abarca al menos todo el EEE, si no todo el mundo.

3.2.2. Análisis de competencia

La Comisión empezó estudiando el panorama competitivo del mercado de servicios de redes sociales, preguntándose si deberían incluirse aplicaciones de comunicaciones para consumidores como WhatsApp dentro de los servicios de redes sociales. Sin embargo, se dilucidó que, si así se hacía, habría demasiados proveedores de servicios alternativos que los consumidores emplearían indistintamente, siendo necesario aquí mencionar la línea argumental de la Comisión para el *multi-homing*.

También se valoró si WhatsApp y Facebook eran competidoras en el mercado potencial de servicios de redes sociales. Para ello, se compararon las características de las proveedoras y se observó que no eran sustitutos cercanos, debido a que:

- a) La experiencia de Facebook consistía en el suministro de noticias que se actualizaba constantemente con a) publicaciones de amigos, páginas y otras entidades conectadas al usuario; b) la organización de actividades en líneas de tiempo y c) la libertad de los usuarios de elegir la información que desean compartir en su línea de tiempo.
- b) Por el contrario, lo más similar con que contaba WhatsApp era una función de estados, prácticamente rechazado por los usuarios, resumiéndose su experiencia en una herramienta fácil y ligera de comunicación a través de mensajes en tiempo real.

Posteriormente, la Comisión abordó con detenimiento la preocupación que expresaron los terceros encuestados sobre la posible integración entre las Partes, en especial, la integración de las redes sociales. Partiendo de lo expresado en el apartado correspondiente del efecto de red de las aplicaciones de comunicaciones para consumidores, se destacó que, para una eficaz integración, los usuarios deberían, voluntaria y activamente, unir sus perfiles en ambas plataformas ya que la imposición provocaría el abandono de usuarios a la competencia. Y recordó que, en aquel entonces, gran número de los usuarios activos de WhatsApp ya eran usuarios de Facebook.

En base a esta exposición, se consideró que la transacción no afectaría de forma importante a la competencia en el mercado para la prestación de servicios de redes sociales.

3.3. Los servicios de publicidad en línea

3.3.1. Definición del mercado

Se determinó que Facebook recopilaba datos sobre sus usuarios y los usaba para mostrar anuncios en nombre de los anunciantes, de forma que simulasen estar “dirigidos” a cada usuario en concreto, pero sin llegar a ofrecer su venta o la prestación de servicios de análisis de datos a anunciantes. Por su parte, WhatsApp no vendía ni recopilaba datos de sus usuarios para fines publicitarios. Así las cosas, la Comisión confirmó la distinción que

hizo en anteriores decisiones (Google/DoubleClick²⁵ y Microsoft/Yahoo! Search Business²⁶) entre espacios publicitarios fuera de línea y en línea.

En otro orden de cosas, la Comisión, a la vista de decisiones previas y de la información revelada por la correspondiente investigación, decidió dividir el mercado de espacios publicitarios en línea a lo largo de las fronteras nacionales o lingüísticas dentro del EEE, por las preferencias de compra, los idiomas de los clientes, la presencia de redes de soporte y los precios de la publicidad en cada país.

3.3.2. Análisis de competencia

La CE comenzó aclarando que se limitaría a estudiar la posible concentración de datos personales que permitiera el fortalecimiento de la posición de Facebook en el sector de la publicidad, de forma que las cuestiones sobre privacidad quedaban fuera de las normas comunitarias de competencia, pero sí dentro de la normativa de protección de datos de la Unión.

Asimismo, dado que solo Facebook prestaba servicios de publicidad en línea y que WhatsApp ni recopilaba datos de los usuarios con fines publicitarios, ni almacenaba mensajes, se concluyó que la operación no iba a aumentar la cantidad de datos que Facebook podría potencialmente disponer con fines publicitarios.

Descartado ese escenario, la problemática en términos de competencia podría tener un doble origen: a) WhatsApp como posible proveedor de espacios publicitarios en línea; y b) WhatsApp como potencial fuente de datos valiosos de usuario destinados a fines publicitarios.

Respecto a la primera hipótesis, se temía que la entidad resultante introdujera publicidad en WhatsApp y utilizase los datos recopilados de sus usuarios para reforzar su posición en el mercado. Se acabó concluyendo que la transacción no presentaría problemas significativos al respecto, puesto que existían alternativas efectivas a Facebook para la compra de espacios de publicidad en línea. La investigación determinó que una de las claves del éxito de WhatsApp fue su política de producto “sin anuncios” y que su ruptura,

²⁵ Decisión de la Comisión Europea de 11 de marzo de 2008, Asunto n° COMP/M. 4731 (Google/DoubleClick) [versión electrónica - base de datos EUR-Lex. Ref. 52008XC0722(03)]. Fecha de la última consulta 4 de noviembre de 2023.

²⁶ Decisión de la Comisión Europea de 18 de febrero de 2010, Asunto n° COMP/M. 5727 (Microsoft/Yahoo! Search Business) [versión electrónica - base de datos EUR-Lex. Ref. 32010M5727]. Fecha de la última consulta 3 de marzo de 2024.

además de desincentivar la operación a ojos de Facebook, generaría insatisfacción a sus usuarios.

La segunda hipótesis, se centraba en la mejora significativa que supondría la personalización de los anuncios para los usuarios de WhatsApp, también usuarios de Facebook, y en la mayor cantidad de datos en posesión de la entidad resultante.

Independientemente de las dificultades técnicas que lo anterior supondría y de los cambios que habría que introducir en el plan de la operación y en la política de privacidad de WhatsApp, se determinó que tras la transacción seguirían existiendo numerosos proveedores alternativos de servicios de publicidad en línea. Sin olvidar, además, los distintos actores del mercado que recopilaban datos de usuarios, igual que lo hacía Facebook (cuya cuota era de tan solo un 6,39%).

En definitiva, la operación no presentaba dudas significativas acerca de su compatibilidad con el mercado interior en el segmento de prestación de servicios de publicidad en línea.

A la vista de todo lo expuesto, la Comisión decidió no oponerse a la transacción y declararla compatible con el mercado interior y con el Acuerdo EEE, sin someterla a condición alguna.

II. LOS DATOS PERSONALES COMO HERRAMIENTA PARA COMPETIR EN LA ERA DIGITAL

Durante las últimas décadas, se ha apreciado una revolución tecnológica digital que ha alterado el modelo de negocio de las empresas, adaptando sus actividades y prestando nuevos servicios que acaban produciendo una información determinada susceptible de beneficio comercial: los datos.

Igualmente, se ha visto cómo la Comisión Europea y Reguladores nacionales de competencia han iniciado actuaciones por prácticas anticompetitivas contra las grandes plataformas tecnológicas FAANG²⁷, especialmente en materia de abuso de posición dominante. Ejemplos de ello son la Decisión de la Autoridad alemana de la competencia que penalizó a Facebook por utilizar datos personales de sus usuarios, sin el consentimiento de estos, para distintos servicios de la compañía²⁸; o la decisión de la Comisión sancionando a Google por dar mayor visibilidad a sus propios servicios de

²⁷ Facebook (META), Amazon, Apple, Netflix y Alphabet (Google).

²⁸ Decisión del Bundeskartellamt de 6 de febrero de 2019, B6-22/16.

comparación de precios de compra (Google Shopping), en detrimento de los servicios de sus rivales²⁹.

En los mercados digitales y desde la perspectiva del Derecho de la Competencia, el principal interés que suscitan los datos es el papel que pueden jugar como herramienta de posicionamiento de las empresas. Tanto en lo relativo a su cadena de valor como en sus posibles usos.

En este contexto cobra especial relevancia el concepto conocido como *Big Data* o “macrodatos”, que hace referencia a la acumulación, en cantidades ingentes, de datos precisos, consistentes y de amplia variedad que son generados, procesados y analizados a gran velocidad. Los macrodatos presentan pues ciertas características distintivas, las denominadas “Vs”³⁰, que señalamos a continuación:

- a) Volumen, por la gran cantidad de datos tratados;
- b) Velocidad, por la rapidez con la que se generan;
- c) Variedad, por la diversidad que presentan atendiendo a su tipología, formato o estructura;
- d) Valor, por el conocimiento que puede obtenerse de ellos a partir de su procesamiento y análisis y que, en sinergia con el volumen, se traduce en algún tipo de ventaja para quien los posee.

Hay autores³¹ que defienden como quinta característica la veracidad de los datos, aunque existen determinadas circunstancias que limitarían su fiabilidad, como son el tiempo o la imprevisibilidad del ser humano.

²⁹ Decisión de la Comisión Europea de 27 de junio de 2017, Asunto AT. 39740 [Google Search (Shopping)] [versión electrónica - base de datos EUR-Lex. Ref. 52018XX0112(03)]. Fecha de la última consulta 2 de marzo de 2024.

³⁰ Laney, D., “3D data management: Controlling data volume, velocity and variety”, *META group research note*, vol. 6, n. 70, 2001.

³¹ Puyol Moreno, J., “Una aproximación a Big Data”, *Revista de Derecho UNED*, n. 14, 2014, pp. 471-505 (p. 488) (disponible en <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:rduned-2014-14-7150/Documento.pdf>; última consulta 6/03/2024).

Por último, el *Big Data* se basa en la interconexión de los sistemas de procesamiento y almacenamiento de datos, que antes de la llegada de Internet se llevaban a cabo de forma autónoma y aislada³².

1. ¿POR QUÉ SON TAN CODICIADOS POR LOS AGENTES ECONÓMICOS?

La inclusión del *Big Data* en el desarrollo y funcionamiento de los mercados ha incentivado la aparición de nuevos modelos de negocio relacionados con el sector tecnológico. Las nuevas empresas que han ido surgiendo en los mercados digitales se basan en la prestación de servicios en línea, normalmente sin coste pecuniario para los usuarios, pero con la contraprestación de que éstos acepten entregar ciertos datos, creándose lo que se denomina una “huella digital”. Comienza así la cadena de valor del *Big Data*, seguida por el almacenamiento y análisis de la información generada o adquirida, que puede llegar a suministrar datos con los que influir en los mercados.

Sin embargo, la cantidad de información que se trata en la cadena de valor es tal que en la mayoría de los casos se va a necesitar colaboración para agrupar los datos, analizarlos y sacar conclusiones. Fases distintas que precisan habilidades distintas y que acaban tendiendo a una economía de escala para maximizar beneficios. Es lo que se denomina el “procesamiento distribuido”³³, que surge con la aparición de Internet.

El *Big Data* ha adquirido la condición de activo, ya que el procesamiento de cantidades tan grandes de datos permite obtener correlaciones, antes ocultas, que desvelan información sobre pautas de conducta de usuarios, de competidores o del mercado en general. Así, una mayor cantidad de correlaciones llevaría a conclusiones más certeras que servirían de base para la toma de decisiones con mayor precisión.

En la actual era digital, los datos pueden ser destinados a informar la línea de desarrollo o mejora de bienes y servicios, satisfaciendo mejor las necesidades de los usuarios. De esta forma, más datos se traducen en mejores productos, que acabarán atrayendo a más usuarios, que generarán a su vez más datos; esto es, una retroalimentación propia de los

³²González de la Garza, L. M., “La crisis de la democracia representativa. Nuevas relaciones políticas entre democracia, populismo virtual, poderes privados y tecnocracia en la era de la propaganda electoral cognitiva virtual, el microtargeting y el Big Data”, *Revista de Derecho Político*, n. 103, 2018, pp. 257-302 (p. 274) (disponible en <https://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/23203/18606>; última consulta 6/03/2024).

³³ *Ibid.*, p. 275: “En vez de disponer de grandes ordenadores capaces de procesar inmensas cantidades de datos la potencia distribuida suma la potencia de procesamiento de miles o cientos de miles de máquinas”.

efectos de red. Las empresas de motores de búsqueda en línea y de sistemas operativos destacan en el desarrollo de estas prácticas. Igualmente, las empresas pueden emplear los datos para explorar nuevas oportunidades de negocio, a partir de la información recopilada con diferente propósito en el marco de la prestación de un servicio.

Sin embargo, la práctica más comúnmente conocida es el uso de datos para el perfilado del consumidor. La constante recogida de datos de un mismo usuario proporciona un conocimiento más profundo de éste, creándose un perfil específico que permite exponerle posteriormente a una publicidad personalizada de manera rápida y constante, en base a sus gustos e intereses. Se fijan incluso precios por productos y servicios, tomando como referencia las capacidades de consumo estimadas de los clientes. En otras palabras, los datos revelan hábitos de comportamiento de individuos extraídos de su huella digital, de manera que se facilita la identificación de clientes potenciales. Por tanto, las empresas consiguen reducir costes de publicidad en la medida en que solo se centran en su público objetivo. En este punto, destaca el sector de la publicidad en línea, donde se ha desarrollado especialmente la segmentación por comportamiento.

La posesión de una gran cantidad y variedad de datos por un agente económico podría generar barreras de entrada en el mercado y conferirle o reforzar su poder en el mismo. Así podría ocurrir en el sector de las comunicaciones en línea, donde existen proveedores de gran envergadura que prestan servicio a una amplia base de usuarios y, por tanto, tienen acceso a un volumen y tipología de datos que resultan inaccesibles para competidores de menores dimensiones³⁴.

Llegados a este punto, conviene hacer dos matizaciones importantes:

- a) En primer lugar, la creación o el reforzamiento del poder de mercado de una empresa no es, *per se*, censurable en términos de Derecho de la Competencia, a menos que la compañía haga un uso abusivo de dicho poder, llevando a cabo prácticas que excluyan a sus rivales del mercado o impidan la incorporación de potenciales competidores.
- b) En segundo lugar, el hecho de que un agente económico posea una gran cantidad de datos no le otorga automáticamente una ventaja competitiva que cree o refuerce

³⁴ Se ha visto cómo las redes sociales que más han proliferado han sido, entre otras, Facebook, LinkedIn, Twitter o Instagram. Es decir, proveedores de cuyos servicios pueden disfrutar los usuarios sin contraprestación pecuniaria, a cambio de prestar su consentimiento para el tratamiento de sus datos.

su poder de mercado. Como veremos más adelante, ello dependerá del uso que se haga de esos datos y del contexto en el que se utilicen.

Dicho lo anterior, las compañías pueden conseguir datos tanto a través de la cesión voluntaria por los propios clientes, como de deducciones hechas a partir de acciones de los individuos. Esto implica que, cuantos más usuarios tenga una compañía, más datos recopilará de los mismos, en detrimento de las pequeñas empresas.

Para paliar este efecto, existe la posibilidad de disponer de datos de terceros recopilados por otras compañías, de manera que las que tienen un tamaño reducido no se vean limitadas a los datos propios que consiguen. Sin embargo, este sistema de compra no afecta a las grandes empresas, en especial a aquellas con servicios gratuitos de comunicación en línea, al poder obtener directamente de los clientes un conjunto de información tan superior que no puede ser igualado en volumen por ningún tercero, convirtiéndose en inaccesible para los competidores.

En definitiva, los datos del consumidor, particularmente el *Big Data*, se han convertido en un poderoso instrumento para escalar posiciones en el mercado y, por tanto, en un activo de alto valor comercial para los agentes económicos. Tanto es así, que el ansia por obtener mayores volúmenes de datos puede llevar a las empresas a implicarse en conductas anticompetitivas:

- a) Así podría ocurrir en el ámbito de las fusiones y adquisiciones entre empresas que ya cuentan con grandes conjuntos de datos. Estas operaciones estructurales podrían ser preocupantes si las compañías rivales no pueden acceder a esos datos y ello les impide competir de forma efectiva en el mercado.
- b) Denegación de acceso a los datos: esta práctica puede considerarse anticompetitiva cuando dicho acceso constituye lo que en Derecho de la Competencia se denomina una *essential facility*. Es decir, cuando concurren los siguientes requisitos cumulativos: a) el acceso a los datos es imprescindible para llevar a cabo una actividad empresarial³⁵, impidiéndose la aparición de nuevos productos para los que hay una demanda potencial; b) los datos son únicos (no

³⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 17 de septiembre de 2007, Asunto T-201/04 (Microsoft Corp. contra Comisión de las Comunidades Europeas), [versión electrónica - base de datos EUR-Lex. ECLI:EU:T:2007:289]. Fecha de la última consulta: 13 de enero de 2024.

replicables) y no existen medios alternativos para que el competidor pueda acceder a ellos; c) la negativa de acceso carece de justificación objetiva.

2. LOS DATOS COMO HERRAMIENTAS DE POSICIONAMIENTO EN EL MERCADO

2.1. Sectores de actividad donde el acceso a los datos puede favorecer el poder de mercado

Como ya se ha indicado, en el caso de los mercados en línea el acceso a grandes cantidades de datos podría conferir o reforzar el poder de mercado de la empresa que los posee.

Muchos de estos mercados son mercados multilaterales, en los que una empresa actúa como intermediario entre dos o más grupos de usuarios, a los que ofrece dos tipos de productos distintos, siendo uno de ellos los datos de uno de los grupos. En este punto, juega un papel fundamental el efecto de red, que se produce cuando el valor de un bien o servicio está relacionado con la cantidad de personas que lo utilizan, como en las redes sociales, donde a mayor número de usuarios, mayor valor tendrá la red para los mismos.

En sentido “indirecto”, el efecto de red es la relación entre el beneficio que obtiene un grupo de usuarios de un servicio y la cantidad de usuarios de distinto grupo que utilizan el mismo, si bien no se precisa que el efecto sea simétrico. En los mercados digitales es frecuente que haya operadores que ofrezcan servicios sin contraprestación pecuniaria a uno de los grupos, a fin de captar mayor público y optimizar los ingresos procedentes del otro grupo.

Estas circunstancias beneficiarían la competitividad al permitir que nuevos operadores consigan un crecimiento rápido en su base de clientes, como puede ocurrir si se introducen productos innovadores. Pese a ello, el efecto de red suele verse como una barrera de entrada³⁶. En consecuencia, es frecuente que exista un riesgo estructural en los mercados multilaterales (*winner takes it all*) por el cual la primera empresa que consiga desarrollar un producto será la que se quede con la mayor parte de la demanda de dicho producto.

³⁶ El mayor volumen de datos de un grupo de usuarios hará más atractivo el servicio prestado al otro grupo, lo que dificultaría las condiciones en las que los nuevos proveedores puedan competir con los ya establecidos.

2.2. Competencia en el acceso a los datos

Los datos no son exclusivos de una sola empresa. Que una empresa disponga de unos datos determinados no impide que empresas competidoras accedan a los mismos. En este sentido, se dice que no existe rivalidad de los datos³⁷. Esta característica se aprecia principalmente en el caso del *multi-homing*, en la que cada uno de los proveedores accederá a los mismos datos que aporte el usuario.

Por otro lado, no puede asumirse que la no rivalidad en la obtención de datos permita su libre accesibilidad. El coste asociado a la recopilación y explotación de grandes bases de datos puede llegar a constituir una barrera de entrada, tanto si se pretende la obtención directa como a través de terceros. Asimismo, la mayoría de estos datos serán proporcionados por los propios usuarios en el uso de los productos o servicios puestos a su disposición, por lo que el efecto de red jugará un papel fundamental, obligando a las pequeñas empresas a prestar servicios tan atractivos y de igual o mejor calidad que los de las grandes compañías, para poder acumular un volumen de clientes suficiente que les permita competir. Igualmente, deberán tenerse en cuenta los costes de cambio.

Si se opta por acudir al uso de datos de terceros, ello puede suponer un acceso menos costoso al repartirse los costes fijos entre un mayor número de empresas (las usuarias), pero presenta varios inconvenientes:

- Los datos recopilados por *cookies* o datos de seguimiento solo permiten conocer los sitios web a los que se ha accedido, pero no son equiparables a los datos personales que el usuario aporta.
- La existencia de costes específicos que se repercuten a las empresas usuarias y que suponen un especial obstáculo en el caso de datos que necesitan actualización periódica, a riesgo de quedarse inservibles. A esto debe añadirse la interconexión de servicios de recopilación y procesamientos de datos y las economías de escala que puede alcanzar una empresa que no acuda a terceros.
- Pueden existir disposiciones contractuales o legales que prohíban o restrinjan la transmisión de datos con terceros. Igualmente, es frecuente que los operadores

³⁷ Schepp, N. P. y Wambach, A., “On Big Data and Its Relevance for Market Power Assessment”, *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. VII, n. 2, 2016, pp 120-124 (p. 121) (disponible en <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpv091>; última consulta 12/01/2024).

garanticen a los usuarios que, sin su consentimiento, no comunicarán sus datos personales a terceros.

- Los operadores pueden no tener incentivos para compartir sus datos con las empresas rivales, pues ello reduciría su ventaja competitiva.

Otro punto a destacar es la disponibilidad de los datos. Las Autoridades de la competencia francesa y alemana defienden el argumento de que “los datos están en todas partes”³⁸, para indicar que la misma información puede ser extraída de distintos conjuntos de datos. Adicionalmente, el mismo argumento permite cuestionar el grado de sustituibilidad entre datos recopilados en distintos contextos: en línea y fuera de línea o a través de ordenadores y a través de teléfonos móviles.

En la mayoría de los casos a los que se han enfrentado los Reguladores de la competencia, tanto en Europa como en EEUU, las reflexiones sobre la sustituibilidad de los datos se hicieron a propósito de fusiones de empresas en las que las partes intervinientes se limitaban a la explotación de sus propios datos y no eran cedidos a terceros³⁹. En consecuencia, los Reguladores concluyeron que dichas compañías no operaban en los mercados de datos.

Ha sido en los Casos TelefónicaUK/VodafoneUK/EverythingEverywhere/JV⁴⁰ Google/DoubleClick⁴¹, Facebook/WhatsApp⁴² y Publicis/Omnicom⁴³ donde la Comisión Europea ha concluido que: a) los datos recogidos en servicios móviles no son comparables

³⁸ Autorité de la concurrence y Bundeskartellamt, “Competition Law and Data”, 2016, p. 42 (disponible en https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?__blob=publicationFile&v=2; última consulta 15/01/2024).

³⁹ *Id.*, decisión de la Comisión Europea de 19 de febrero de 2008, Asunto n° COMP/M.4726 (Thomson Corporation/Reuters Group) [versión electrónica - base de datos EUR-Lex. Ref. 52008XC0820(01)]. Fecha de la última consulta 4 de febrero de 2024; y decisión de la Comisión Europea de 14 de mayo de 2008, Asunto n° COMP/M.4854 (TomTom/Tele Atlas) [versión electrónica - base de datos EUR-Lex. Ref. 52008XC0916(01)]. Fecha de la última consulta 8 de marzo de 2024.

⁴⁰ Decisión de la Comisión Europea de 4 de septiembre 2012, Asunto n° COMP/M. 6314 (Telefónica UK / Vodafone UK / Everything Everywhere/JV) [versión electrónica - base de datos EUR-Lex. Ref. 52013XC0307(01)]. Fecha de la última consulta 3 de marzo de 2024.

⁴¹ Decisión de la Comisión Europea de 11 de marzo de 2008, Asunto n° COMP/M. 4731 (Google/DoubleClick) [versión electrónica - base de datos EUR-Lex. Ref. 52008XC0722(03)]. Fecha de la última consulta 4 de noviembre de 2023.

⁴² Decisión de Comisión Europea de 3 de octubre de 2014, Asunto n° COMP/M. 7217 (Facebook/WhatsApp) [versión electrónica - base de datos EUR-Lex. Ref. 32014M7217]. Fecha de la última consulta 4 de marzo de 2024.

⁴³ Decisión de la Comisión Europea de 9 de enero de 2014, Asunto n° COMP/M. 7023 (Publicis/Omnicom) [versión electrónica - base de datos EUR-Lex. Ref. 32014M7023]. Fecha de la última consulta 4 de enero de 2024.

a los recogidos en servicios estáticos, por el carácter personal y geolocalizado de los primeros; y b) el análisis de datos procedentes de publicidad que no está basada en las pautas de comportamiento de los usuarios tiene una eficacia más limitada que aquella publicidad que sí lo está, como ocurre en el caso de las redes sociales⁴⁴.

En conclusión, no puede decirse que todos los datos sean sustituibles entre sí. La recogida en servicios en línea y servicios móviles implica hacer un análisis, caso por caso, del grado de sustituibilidad de los datos y si este factor podría conferir poder de mercado a las empresas que los poseen.

A la luz de todo lo anterior, no podemos sino reiterar algunas de las reflexiones hechas anteriormente: el acceso a grandes volúmenes de datos podría crear o reforzar la posición de fortaleza de los agentes económicos. En última instancia, ello dependerá del uso que se haga de esos datos y del contexto comercial en el que se utilicen. Los sectores de las comunicaciones en línea, por los rasgos distintivos que presentan, serían más proclives a favorecer posiciones de fuerza en el mercado.

3. LA MANIPULACIÓN DE DATOS PERSONALES PARA INFLUENCIAR EL PANORAMA POLÍTICO

3.1. El perfilado ideológico

Como indica Manuel Castells⁴⁵, en las sociedades actuales se ha extendido el uso de nuevas tecnologías para el procesamiento de grandes cantidades de datos al tiempo que se producía un deterioro de la privacidad del individuo. Ello tuvo como punto de inflexión los atentados del 11 de septiembre de 2001, tras los cuales se decidió sacrificar parte de los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones de los ciudadanos a fin de neutralizar un peligro potencial⁴⁶.

Antes de la aparición de Internet, los sistemas informáticos no estaban conectados a sistemas de almacenamiento, únicamente procesaban aquella información que se les

⁴⁴ Conclusión de la consulta a anunciantes. Decisión de Comisión Europea de 3 de octubre de 2014, Asunto n° COMP/M. 7217 (Facebook/WhatsApp) [versión electrónica - base de datos EUR-Lex. Ref. 32014M7217]. Fecha de la última consulta 4 de marzo de 2024, párrafo. 76.

⁴⁵ Cfr., Castells, M. et al., *La Transición a la Sociedad Red*, Ariel, Barcelona, 2007, pp. 23-41.

⁴⁶ González de la Garza, L. M., *op. cit.*, p. 277.

aportaba. Es con la invención de Internet cuando estos sistemas se conectan entre sí mediante redes, pudiendo procesarse cantidades ingentes de datos.

Aparecen nuevas herramientas que permiten conocer la ideología de los ciudadanos (o, mejor dicho, predecir su comportamiento electoral) en función de sus conductas pasadas. Es decir, mediante el análisis de datos conseguidos a través de un rastreo continuo y sistemático de sus acciones en redes sociales y en motores de búsqueda.

Por medio de la interacción con las tecnologías digitales, el ser humano produce continuamente datos. Estos datos acaban constituyendo una huella digital, es decir, un rastro nacido de diversos comportamientos del individuo que queda registrado de alguna forma en los servidores de las empresas que prestan servicios en línea.

Ese rastro ayuda a la configuración de perfiles psicométricos de los que se consigue deducir rasgos de carácter sensible de los usuarios, con gran porcentaje de acierto y, en ocasiones, más reveladores que una simple declaración de voluntad, donde siempre existe la opción de no decir la verdad. Generalmente, se clasifica la información en cinco dimensiones: apertura, responsabilidad, extroversión, amabilidad y neuroticismo. A su vez, los rasgos de la personalidad son enriquecidos con determinadas informaciones reveladoras de estilos de vida y valores.

Una vez que se ha conseguido el perfilado ideológico del individuo, se procede a influenciar su comportamiento mediante propaganda, que aprovecha los sesgos de los votantes. Es lo que se denomina *microtargeting*, consistente en agrupar a los electores en segmentos pequeños según su perfil psicométrico. Pero a diferencia de lo que ocurre en el ámbito comercial, donde se expone a los usuarios a anuncios de productos por los que previamente habían manifestado interés, en el ámbito electoral se busca la persuasión, sobre todo a través de las emociones. Para esta misión se desarrollan algoritmos, programas que se alimentan con *Big Data* y sirven de conexión con los votantes potenciales, filtrándoles la información e incluso aprendiendo de sus reacciones al recibirla.

3.2. Breve repaso histórico del uso de datos para influir en el ámbito político

A menudo se ha intentado influir en la orientación política de la opinión pública de forma generalizada. Las encuestas y los sondeos de opinión han sido tradicionalmente utilizados

para mostrar el estado de opinión de los ciudadanos ante asuntos de interés político, la puesta en marcha de políticas o elecciones de cualquier orden. La primera encuesta de la que se tiene constancia se llevó a cabo en 1824 en Pensilvania, pero no sería hasta 1936 cuando Gallup y Roper consiguieron predecir la victoria de Roosevelt.

Igualmente, se publicaban los resultados de estos estudios para poder influenciar a los lectores, pues se entendía que, si los votantes conocían los resultados de unas elecciones de antemano, se les podría incentivar a participar o abstenerse, aunque nunca ha habido hallazgos concluyentes sobre el impacto de los sondeos en unas elecciones.

En la era de las redes sociales y en una sociedad segmentada, la posibilidad de influir en las decisiones de los demás es mayor si se consigue saber qué tipo de mensajes quiere escuchar cada segmento. Los algoritmos encargados de distribuir la información cobran más importancia cuanto mayor es el nivel de digitalización y más extendido está el uso de redes sociales

Fue Barack Obama, en la campaña de 2008, quien empezó a usar a gran escala las herramientas digitales, partiendo con la ventaja de que en esas elecciones era necesario empadronarse para poder ejercer el derecho al voto. El equipo de Obama clasificó a los usuarios de redes sociales en función de la ideología que sus contactos manifestaban para conocer a los votantes demócratas no empadronados. Posteriormente, elaboraron las propuestas que cada uno de ellos vería en las redes sociales, en función de unos intereses específicos. No se puede saber qué alcance tienen este tipo de estrategias en el resultado final de unas elecciones, al igual que los efectos de las campañas electorales. Sin embargo, la victoria, aunque muy ajustada, fue para Obama.

Otro caso relevante y más polémico fue el de Cambridge Analytica (CA), que desarrollaremos en detalle en el Capítulo III. A modo de introducción diremos que, para la campaña de 2016, Donald Trump contrató los servicios de esta empresa, que utilizaba la minería y el análisis de datos como herramientas para la comunicación estratégica en procesos electorales. La compañía recopiló información de Facebook, Twitter, tarjetas de créditos, supermercados y otras bases de datos para elaborar perfiles con ideología republicana y, mediante el procesamiento de *Big Data*, descubrir qué ciudadanos podían encajar en esos perfiles. Hubo mucha controversia acerca de la metodología utilizada que llevó a muchos ciudadanos a pensar que la empresa era capaz de controlar las mentes.

Finalmente, pese a todo el escándalo, no se logró saber de forma fehaciente hasta qué punto esta estrategia pudo influir en la victoria de Trump.

4. LA PRIVACIDAD DEL CLIENTE: SU REGULACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA

Si bien es cierto que las cuestiones relativas a la privacidad de la recopilación y explotación de datos de carácter personal, como indica el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE)⁴⁷, no entran en el ámbito del Derecho de la Competencia, sino del Derecho de Protección de Datos, hemos concluido fundadamente que los datos personales pueden ser un poderoso instrumento de posicionamiento en el mercado. Se ha visto igualmente que el deseo de las empresas por hacerse con este valioso activo puede llevarlas a comportarse de forma anticompetitiva. Todo ello cobra particular relevancia en el ámbito de los mercados digitales, especialmente cuando compañías bien posicionadas ofrecen servicios muy popularizados entre los usuarios, la mayoría de los cuales no leen normalmente los términos y condiciones del tratamiento de sus datos.

El marco jurídico de la recopilación y tratamiento de datos en el ámbito europeo lo integran, fundamentalmente, dos disposiciones:

- a) El Reglamento general de protección de datos⁴⁸, que consiguió armonizar las normativas de los Estados miembros en materia de protección de datos y privacidad.
- b) La Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas⁴⁹ (en adelante, la Directiva), que, entre otras cuestiones, reguló el uso de las *cookies*, pequeños archivos de datos que recogen información del usuario que visita una página y queda almacenada en la memoria del navegador. Esta Directiva fue modificada por la Directiva 2009/136/CE y es previsible que quede derogada cuando se

⁴⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 23 de noviembre de 2006, Asunto C-238/05 [Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL contra Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)], [versión electrónica - base de datos EUR-Lex. ECLI:EU:C:2006:734]. Fecha de la última consulta: 15 de enero de 2024.

⁴⁸ 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 (DOUE 4 de mayo de 2016).

⁴⁹ Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (DOCE 31 de julio de 2002).

apruebe la Propuesta de Reglamento sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas (en adelante la Propuesta)⁵⁰.

4.1. El Reglamento general de protección de datos

El RGPD nació con dos objetivos: a) proteger, en general, los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas y, en particular, el derecho a la protección de los datos personales; y b) facilitar la libre circulación de datos personales dentro de la Unión Europea (UE)⁵¹.

A estos efectos, se consideran “datos personales” la información relativa a una persona identificable⁵², denominada “interesado”⁵³.

En lo que respecta a su tratamiento, el Reglamento lo define como la operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de ellos, destinadas a la habilitación de acceso, interconexión, limitación o destrucción de los mismos⁵⁴. Este proceso incluye acciones de recogida, registro, conservación, difusión, extracción o adaptación, entre otras.

Igualmente, el RGPD destaca que el tratamiento de los datos ha de ser lícito, leal y transparente⁵⁵. Debe además obedecer a unos fines determinados, explícitos y legítimos, quedando prohibido, con carácter general, un uso posterior de los datos personales que sea incompatible con dichos fines⁵⁶. Excepcionalmente, el RGPD permite el tratamiento de datos con fines distintos a aquellos para los que se recogieron⁵⁷, cuando no esté basado en el consentimiento del usuario o en el Derecho de la UE o de los Estados miembros. El tratamiento será posible siempre que: a) los fines previstos sean compatibles con los fines para los que fueron recogidos los datos; y b) sea una medida necesaria y proporcional, en

⁵⁰ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el respeto de la vida privada y la protección de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas y por el que se deroga la Directiva 2002/58/CE (EUR-Lex 10 de enero de 2017).

⁵¹ Considerando 166 RGPD.

⁵² Artículo 4. 1) RGPD.

⁵³ Artículo 4. 1) RGPD considera como interesado: “persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador [...] uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona”.

⁵⁴ Artículo 4. 2) RGPD.

⁵⁵ Artículo 5. 1 a) RGPD.

⁵⁶ Artículo 5. 1 b) RGPD.

⁵⁷ Artículo 6. 4 RGPD.

una sociedad democrática, para salvaguardar la seguridad del Estado, la defensa y la seguridad pública.

Por último, los datos personales deberán ser exactos y, si lo precisan, actualizados y solo podrán conservarse durante el tiempo necesario para cumplir con los fines del tratamiento⁵⁸.

4.1.1. La licitud del tratamiento

De los tres principios que regulan el tratamiento de los datos personales, el de licitud presenta especial interés, pues está íntimamente ligado a un elemento clave en términos de protección y privacidad: el consentimiento del interesado. En efecto, la principal condición para considerar que el tratamiento es lícito es que el interesado preste su consentimiento. Sin embargo, como veremos más adelante, existen supuestos excepcionales en los que, sin mediar el consentimiento del sujeto, es lícito el tratamiento de sus datos.

El RGPD define el consentimiento del interesado para el tratamiento de sus datos personales como una manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca⁵⁹:

- La libertad a la que se hace referencia supone que la prestación del consentimiento es independiente de la ejecución del contrato, sin posibilidad de que el individuo sufra alguna consecuencia negativa respecto al nivel de ejecución, si bien no impide que sí se afecte a aspectos secundarios complementarios.
- La voluntad específica implica que debe ser el sujeto el que decide si acepta o no cada uno de los fines del tratamiento de datos, debiendo estar éstos claramente identificados.
- También es preciso que el interesado preste su consentimiento tras haber recibido la información necesaria, expresada de manera clara y adecuada. La información que debe facilitarse incluye datos de identificación del responsable del tratamiento, los fines del mismo y el plazo de conservación de los datos, entre otros⁶⁰.

⁵⁸ Artículo 5. 1 d) y e) RGPD.

⁵⁹ Artículo 4. 11) RGPD.

⁶⁰ Artículos 13 y 14 RGPD.

- El consentimiento inequívoco se relaciona con el modo de prestarlo, pudiendo hacerse a través de una declaración o acción afirmativas. Queda excluido la validez del silencio o la inacción.

Todo lo anterior se complementa, como contempla el RGPD, con el derecho del interesado a retirar su consentimiento en cualquier momento⁶¹, con la misma facilidad con la que fue prestado. A estos efectos, el responsable del tratamiento deberá poder demostrar que cuenta con el consentimiento del interesado para el tratamiento de sus datos personales⁶².

Como ya avanzamos anteriormente, existen supuestos excepcionales en los que, sin mediar el consentimiento del sujeto, es lícito el tratamiento de sus datos debido a la necesidad de garantizar⁶³:

- a) La ejecución del contrato en el que es parte o aplicación de medidas precontractuales que éste haya solicitado. Se entiende que el tratamiento debe ser “objetivamente necesario y la forma menos intrusiva”⁶⁴.
- b) El cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento.
- c) La protección de intereses vitales de personas físicas.
- d) El cumplimiento de misiones en interés público o en ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento.
- e) La satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable o por tercero. No será posible cuando prevalezcan los intereses, derechos y libertades fundamentales del interesado, en especial cuando se trata de un niño.

⁶¹ Artículo 7. 3 RGPD.

⁶² Artículo 5. 2 RGPD.

⁶³ Artículo 6. 1 RGPD.

⁶⁴ European Data Protection Board, “Guidelines 2/2019 on the processing of personal data under Article 6(1)(b) GDPR in the context of the provision of online services to data subjects”, *European Data Protection Board*, 2019, pp. 8-9 (disponible en https://www.edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines-art_6-1-b-adopted_after_public_consultation_en.pdf; última consulta 14/01/2024).

4.1.2. Los derechos del interesado

Junto con la prestación del consentimiento, los derechos del interesado constituyen una pieza fundamental de la protección de los datos personales y la privacidad del individuo. El RGPD recoge como tales los derechos de transparencia, información, acceso, rectificación, supresión, limitación del tratamiento, portabilidad de datos y oposición. A los efectos que aquí interesa, merecen una mención específica el derecho de acceso⁶⁵ y el denominado “derecho al olvido”⁶⁶.

En relación al primero, el RGPD confiere al interesado la posibilidad de acceder a sus datos personales y a otras informaciones tales como los fines del tratamiento, los destinatarios de la transferencia de sus datos o la rectificación o supresión de alguno de ellos. Por otra parte, se permite al interesado recibir los datos personales que le incumban y que haya facilitado a un responsable. Puede incluso transmitirlos a otro responsable del tratamiento sin posibilidad de veto por parte del primero que los facilitó⁶⁷.

En cuanto al “derecho al olvido”, la normativa comunitaria prevé que el titular de los datos pueda obtener la supresión de los mismos por parte del responsable del tratamiento y sin dilaciones indebidas. Existen varios supuestos en los que puede solicitarse, a destacar: a) cuando los datos personales ya no sean necesarios para los fines para los que se recogieron; b) cuando el interesado retire su consentimiento (siempre que el tratamiento no se base en uno de los supuestos excepcionales mencionados *ut supra*); c) cuando hubiera un tratamiento ilícito de datos o fuera necesaria la supresión de los datos para el cumplimiento de una obligación legal. No obstante, todo lo anterior el derecho a la supresión de datos puede verse limitado cuando así lo exija:

- a) el ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información,
- b) el cumplimiento de una obligación legal que precise el tratamiento de datos o de una misión realizada en interés público o el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable,
- c) la protección del interés público en el ámbito de la salud pública,

⁶⁵ Artículo 15 RGPD.

⁶⁶ Artículo 17 RGPD.

⁶⁷ El artículo 20 RGPD solo lo permite si el tratamiento se hace por medios automatizados y si se basa en el consentimiento conforme al artículo 6, apartado 1 letra a), o en el artículo 9, apartado 2, letra a), o en un contrato conforme al artículo 6, apartado 1, letra b).

- d) fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos; o
- e) la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones.

4.2. La Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas

Esta Directiva ha hecho importantes aportaciones en el ámbito de la privacidad en los mercados digitales. Cabe destacar, entre otras, las siguientes:

- a) Incluye la obligación del proveedor de servicios de comunicaciones electrónicas de preservar la seguridad de estos y de informar a los usuarios y abonados sobre posibles riesgos⁶⁸.
- b) Respecto al tráfico de datos, impone que se eliminen o anonimicen cuando ya no sean necesarios para la transmisión de comunicaciones⁶⁹.
- c) Se busca garantizar la confidencialidad de las comunicaciones y de los datos de tráfico asociados, prohibiéndose la utilización de medios de intervención de comunicaciones sin el consentimiento de los usuarios⁷⁰.
- d) Cuando sea posible visualizar la identificación de la línea de origen o de la línea conectada, prevé que el proveedor ofrezca a quien efectuó o reciba la llamada la opción de ocultar la identificación⁷¹.
- e) Cuando los datos de localización sean distintos de los de tráfico, los primeros solo podrán tratarse si se hacen anónimos o si media consentimiento del usuario, previamente informado del tipo de dato recopilado, los fines del tratamiento, la duración del mismo y la eventual transmisión a tercero⁷².

Como hemos indicado anteriormente, es previsible que esta Directiva quede derogada cuando se apruebe la Propuesta sobre el respeto de la vida privada y la protección de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas.

Esencialmente, la Propuesta en cuestión pretende reforzar la confidencialidad de los datos de comunicaciones electrónicas y prohíbe cualquier tipo de interferencia con ellos. También concede mayor importancia a los “metadatos”: aquellos que son tratados para

⁶⁸ Artículo 4 Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas.

⁶⁹ Artículo 6 Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas.

⁷⁰ Artículo 5 Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas.

⁷¹ Artículo 8 Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas.

⁷² Artículo 9 Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas.

transmitir, distribuir o intercambiar contenido de comunicaciones electrónicas, como pueden ser la fecha, la hora o la duración de la comunicación o el origen y destino de la misma.

Más concretamente, permite a los proveedores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas procesar los datos si fueran necesarios para transmitir la comunicación, mantener la seguridad de los servicios o detectar errores técnicos en la transmisión. Todo ello solo durante el tiempo estrictamente requerido⁷³.

En el caso de los metadatos⁷⁴, los proveedores de los servicios de comunicaciones electrónicas podrán procesarlos amparándose en la necesidad de cumplir con las obligaciones de calidad del servicio⁷⁵ o de facturar, calcular las tarifas de interconexión, detectar o impedir el uso fraudulento o abusivo de los servicios o abonarse a ellos. Más allá de estos supuestos, será posible procesar los metadatos si el usuario final ha dado su consentimiento y, además, los fines que se persiguen no pueden alcanzarse a través del tratamiento de datos anónimos.

Por último, en lo relativo al consentimiento, la Propuesta va un paso más allá del RGPD y prevé que el propio programa informático que permite las comunicaciones electrónicas pueda configurar las condiciones de privacidad⁷⁶, para que terceros no puedan almacenar la información sobre el equipo del usuario final o tratar la ya almacenada.

III. ¿VOLVERÍA LA COMISIÓN EUROPEA A APROBAR SIN CONDICIONES LA OPERACIÓN FACEBOOK/WHATSAPP HOY?

1. LOS PROBLEMAS REGULATORIOS DE FACEBOOK EN EUROPA Y ESTADOS UNIDOS

En estos diez años desde la adquisición de WhatsApp por Facebook, la empresa tecnológica ha llevado a cabo una serie de comportamientos cuestionables que han generado preocupación a más de una Autoridad de competencia en Europa y en EEUU. A continuación, se van a desarrollar algunos ejemplos que demuestran esta tendencia. Si

⁷³ Artículo 6. 1 de la Propuesta.

⁷⁴ Artículo 6. 2 de la Propuesta.

⁷⁵ De acuerdo con la Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas o Reglamento (UE) 2015/2120 (DOUE 17 de diciembre de 2018).

⁷⁶ Artículo 10 de la Propuesta.

bien no es exclusiva de Facebook, sí es reveladora del comportamiento de las empresas con posición de fuerza en los mercados digitales.

1.1. Sanción de la Comisión Europea por proporcionar información engañosa en relación a la adquisición Facebook/WhatsApp

Durante el procedimiento que culminó con la aprobación de la operación Facebook/WhatsApp, la Comisión preguntó a las Partes si existía la posibilidad de que integraran sus servicios, permitiendo, por ejemplo, la combinación de los perfiles de usuario de ambas plataformas. El interés de la pregunta residía en que dicha integración fortalecería los efectos de red de la transacción⁷⁷. Según algunas de las informaciones obtenidas por la CE durante la investigación, sería fácil, técnicamente hablando, combinar los servicios de las compañías. Facebook negó tal extremo, alegando que, en todo caso, se precisaría una vinculación manual por parte de los usuarios o bien cambiar el código de las aplicaciones.

Es interesante destacar que, a pesar de estas alegaciones, el ejecutivo comunitario consideró la hipótesis de que sí fuera posible la vinculación automática de perfiles. Sin embargo, resolvió que este escenario no suponía problemas en términos de Derecho de la Competencia, dado que la transacción no planteaba serias dudas en cuanto a su compatibilidad con el Mercado Interior⁷⁸.

Posteriormente, la propia Facebook se contradecía a sí misma. En efecto, la actualización de los términos de servicio y de privacidad de WhatsApp, presentada a la CE en 2016, sí contemplaba la vinculación automática de perfiles. Ello dio pie a un nuevo procedimiento⁷⁹ en el que la Comisión preguntó a Facebook si la vinculación mencionada ya estaba disponible y era conocida por las Partes cuando, en 2014, se analizó la compra de WhatsApp. Se acabó demostrando que así era.

⁷⁷ Decisión de Comisión Europea de 3 de octubre de 2014, Asunto n° COMP/M. 7217 (Facebook/WhatsApp) [versión electrónica - base de datos EUR-Lex. Ref. 32014M7217]. Fecha de la última consulta 4 de marzo de 2024, párrafo 137.

⁷⁸ Decisión de Comisión Europea de 3 de octubre de 2014, Asunto n° COMP/M. 7217 (Facebook/WhatsApp) [versión electrónica - base de datos EUR-Lex. Ref. 32014M7217]. Fecha de la última consulta 4 de marzo de 2024, párrafo 139.

⁷⁹ Decisión de la Comisión Europea de 17 de mayo de 2017, Asunto M. 8228 [Facebook/WhatsApp (artículo 14, apartado 1, proc.)] [versión electrónica - base de datos EUR-Lex. Ref. 52017M8228(03)]. Fecha de la última consulta 22 de febrero de 2024.

En definitiva, se había suministrado información incorrecta o engañosa⁸⁰: en primer lugar, por afirmar que los únicos métodos de vinculación de cuentas requerían manipulación por parte de los usuarios o el cambio del código de las aplicaciones; y, en segundo lugar, por negar que se conocía la posibilidad de vincular automáticamente las cuentas entre plataformas. Como consecuencia de lo anterior, se impusieron a Facebook dos multas que ascendieron a un total de 110 millones de euros.

1.2. Infracciones en materia de privacidad de los datos

La infracción del RGPD es el principal motivo de las sanciones a Facebook en Europa. Algunos ejemplos destacados son los siguientes:

- a. Alemania: El 6 de febrero de 2019 se conoció la Decisión⁸¹ de la Autoridad alemana de competencia (*Bundeskartellamt*) sobre las prácticas llevadas a cabo por Facebook respecto a determinados datos: los que recopilaba de usuarios y dispositivos cuando se accedía a los servicios de Facebook, a páginas de internet e, incluso, a aplicaciones de terceros.

Estos datos se combinaban con los datos obtenidos directamente por la red social y se empleaban con fines comerciales mediante publicidad personalizada. Todo ello conforme a unos términos de uso que se consideraron abusivos según la normativa alemana de protección de datos y, también, el RGPD⁸². Efectivamente, las condiciones impuestas por Facebook no permitían a los usuarios decidir de forma autónoma si sus datos podían o no ser tratados y en qué condiciones. Además, la Autoridad concluyó que la cantidad de datos recopilada por Facebook era excesiva e innecesaria.

Igualmente, la Decisión determinó que: a) Facebook gozaba de una posición de dominio en el mercado de las redes sociales, gracias al importante volumen de datos personales al que tenía acceso; y b) la compañía abusó de esta posición al obtener esos datos mediante la imposición, a los usuarios, de unos términos y condiciones injustos. Por tanto, se trata de un caso en el que una conducta que

⁸⁰ Conforme a los artículos 4. 1 y 14. 1 del Reglamento comunitario de concentraciones.

⁸¹ Decisión del *Bundeskartellamt* de 6 de febrero de 2019, B6-22/16.

⁸² En la Decisión se tuvieron presentes los principios y el artículo 6. 1 del RGPD.

violaba la normativa nacional y comunitaria de protección de datos vulneraba, asimismo, el Derecho de la Competencia⁸³.

- b. España: En 2016, WhatsApp cambió los términos de uso y la política de privacidad aplicables a sus servicios, incluyendo la posibilidad de compartir información con Facebook. Los usuarios debían aceptar las condiciones impuestas por el proveedor para poder disfrutar de la aplicación. La Agencia Española de Protección de Datos concluyó que, conforme a la normativa española y al RGPD, el consentimiento del usuario no era libre y, por tanto, sus datos no podían ser utilizados. La Agencia impuso en 2018 una multa de 300.000 euros a cada entidad⁸⁴.
- c. Irlanda: en 2022 la Comisión de Protección de Datos irlandesa multó a Facebook con 265 millones de euros por el incumplimiento de los artículos 25. 1 y 2 RGPD, al no haberse adoptado las medidas necesarias para evitar la filtración de los datos de 533 millones de usuarios⁸⁵. Posteriormente, en 2023, en el marco de un procedimiento diferente⁸⁶, se conoció que el regulador irlandés sancionó a Facebook con una multa histórica de 1.300 millones de dólares. La razón fue la violación de los artículos 45 y 46 del RGPD: Facebook continuó transfiriendo datos personales de la UE/EEE a los Estados Unidos, a pesar de lo dispuesto en las sentencias del TJUE en los casos Schrems I⁸⁷ y Schrems II⁸⁸. En estas resoluciones, el Tribunal no consideró que existiesen garantías adecuadas para justificar la transferencia de datos a un tercer país. De hecho, la red social no contaba con una decisión de adecuación de la Comisión Europea⁸⁹ que acreditase

⁸³ Díez Estella, F. y Ribera Martínez, A., “Derecho de la competencia vs. Privacidad ¿el gran dilema en los nuevos mercados digitales?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. XIV, n. 1, 2022, pp. 169-195 (disponible en <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6682>; última consulta 3/03/2024).

⁸⁴ Resolución de la Agencia Española de Protección de Datos de 2 de marzo de 2018, R/00259/2018.

⁸⁵ Decisión de la Comisión de Protección de Datos de Irlanda de 25 de noviembre de 2022, IN-21-4-2.

⁸⁶ Decisión de la Comisión de Protección de Datos de Irlanda de 12 de mayo de 2023, IN-20-8-1.

⁸⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 6 de octubre de 2015, Asunto C-362/14 (Maximillian Schrems contra Data Protection Commissioner), [versión electrónica - base de datos EUR-Lex. ECLI:EU:C:2015:650]. Fecha de la última consulta: 3 de marzo de 2024.

⁸⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 16 de julio de 2020, Asunto C-311/18 (Data Protection Commissioner contra Facebook Ireland Limited y Maximillian Schrems), [versión electrónica - base de datos EUR-Lex. ECLI:EU:C:2020:559]. Fecha de la última consulta: 3 de marzo de 2024.

⁸⁹ Como dispone el artículo 45 RGPD.

la existencia, en el país de destino, de un nivel de protección correcto, permitiendo así la libre transmisión de los datos.

1.3. El caso de Cambridge Analytica

El 17 de marzo de 2018 se conoció, a través de la publicación de unos artículos de prensa en *The Guardian*⁹⁰ y *The New York Times*⁹¹, que la empresa CA había utilizado datos de millones de usuarios de la red social Facebook. Esos datos fueron obtenidos por la aplicación “Thisisyourdiggitalife”, creada por Aleksandr Kogan, a través de la empresa Global Science Research. Los usuarios cumplieron un cuestionario de personalidad que permitía acceder a su información personal, su actividad y sus amigos en Facebook. Se recopilaron así datos pertenecientes a 87 millones de usuarios de la red social. Posteriormente Kogan entregó los datos a Strategic Communication Laboratories, propiedad de CA. Esta empresa, dedicada a la asesoría política, realizó un estudio psicológico basado en los datos de Facebook.

El equipo electoral de Donald Trump contrató los servicios de CA para las elecciones presidenciales de 2016, a fin de influir en los votantes. Utilizando los datos obtenidos por la consultora británica, se confeccionaron anuncios personalizados, dirigidos a personas específicas y centrados en aquellas que, como se supo por medio del análisis de sus datos, dudaban a quién votar.

Christopher Wylie, un exbajador de CA, relató que Kogan vendió los datos obtenidos con su aplicación a la empresa de CA, sin el consentimiento de Facebook. Cuando Facebook tuvo conocimiento de esto exigió certificaciones, a ambas empresas, de la eliminación de los datos. CA informó de que, cuando averiguaron cómo obtuvo Kogan los datos, se borraron (en 2015) y no se usaron en la campaña de Trump en 2016. Sin embargo, Wylie manifestó todo lo contrario.

El 9 y 10 de abril de 2018 Mark Zuckerberg, director ejecutivo de Facebook, declaró en audiencia ante el Congreso de Estados Unidos. Manifestó que, al certificar CA la

⁹⁰ Cadwalladr, C. y Graham-Harrison, E., “Revealed: 50 million Facebook profiles harvested for Cambridge Analytica in major data breach”, *The Guardian*, 17 de marzo de 2018 (disponible en <https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-facebook-influence-us-election>; última consulta 20/02/2024).

⁹¹ Rosenberg, M., Confessore, N. y Cadwalladr, C., “How Trump Consultants Exploited the Facebook Data of Millions”, *The New York Times*, 17 de marzo de 2018 (disponible en <https://www.nytimes.com/2018/03/17/us/politics/cambridge-analytica-trump-campaign.html>; última consulta 20/02/2024).

eliminación de los datos, se dio por resuelta la cuestión. Por tanto, no se informó ni a los usuarios que pudieran estar afectados, ni se dio a conocer públicamente, ni se puso en conocimiento del organismo encargado de la supervisión de la privacidad en Estados Unidos, la Comisión Federal de Comercio (FTC⁹²).

En 2011, la FTC había concluido con Facebook un acuerdo por el cual la compañía se comprometía a cumplir una serie de obligaciones en materia de privacidad de datos personales. A raíz de la investigación por el caso de la consultora británica, el regulador americano inició un procedimiento en marzo de 2018 para verificar si la red social había o no incumplido dicho acuerdo. El procedimiento concluyó con un nuevo acuerdo entre Facebook y la FTC, de 24 de julio de 2019, donde se sancionaba a la compañía con una multa de 5 mil millones de dólares por realizar promesas engañosas.

Asimismo, el regulador americano adoptó una Orden⁹³ que, a grandes rasgos, contemplaba lo siguiente:

- a) Facebook no podría proporcionar información engañosa sobre los estándares de privacidad o seguridad de sus servicios.
- b) La compañía debería obtener el consentimiento expreso del usuario para introducir cambios en la difusión de sus datos a terceros. El afectado podría, además, conocer la identidad del tercero, así como la calidad y el alcance de la información que se transmita.
- c) La red social debería implantar protocolos de seguridad para proteger la información relativa al usuario con las salvaguardias apropiadas, así como para eliminar o anonimizar dicha información cuando el interesado así lo decidiese.
- d) Se acordó crear un comité independiente que evaluaría las prácticas de la compañía en materia de privacidad. Tanto el comité como Facebook deberían remitir a la FTC informes trimestrales sobre el cumplimiento del acuerdo alcanzado con el regulador.
- e) Se nombró un asesor externo, designado por la FTC, que evaluaría semestralmente la política de privacidad aplicada por la red social. Esta medida afectaría tanto a las aplicaciones Instagram, WhatsApp y Messenger, como a

⁹² FTC: *Federal Trade Commission*.

⁹³ United States District Court for the District of Columbia, “Stipulated order for civil penalty, monetary judgment, and injunctive relief”, 2019 (disponible en https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/182_3109_facebook_order_filed_7-24-19.pdf; última consulta 2/03/2024).

productos o servicios de nueva creación. Facebook debería, además, registrar las incidencias que se produjesen, comunicándolas a la FTC o al asesor externo en un plazo de 30 días, desde su verificación.

Por último, la Comisión de Bolsa y Valores de los Estados Unidos (SEC⁹⁴), sancionó a Facebook con una multa de 100 millones de dólares por haber informado de forma engañosa a sus inversores⁹⁵.

2. ANÁLISIS DE LA TRANSACCIÓN A LA LUZ DE LA TRAYECTORIA EMPRENDIDA POR EL GIGANTE TECNOLÓGICO

Como ya se indicó en el análisis de la Decisión de 2014⁹⁶, a resultas de la operación, Facebook tendría acceso a una nueva base de datos. No obstante, estos datos no tendrían que ser necesariamente de nuevo conocimiento para la adquirente, pues parte de los usuarios de WhatsApp lo eran también de Facebook gracias al *multi-homing*. Sin embargo, ello no excluye el hecho de que Facebook podría conseguir datos personales de nuevos usuarios, incluso conseguir nuevos datos personales de usuarios actuales.

Como resultado de esto último, la obtención de datos se vería enriquecida en la medida en que esos nuevos datos sobre los usuarios de ambas plataformas aportarían una imagen más completa de la prestación de los servicios y el ecosistema de Facebook. Los algoritmos dispondrían de información más amplia en la monitorización de los comportamientos de los usuarios y llegarían a predicciones más precisas, alcanzándose un aprendizaje de mayor calidad. Con esta base, sería posible mejorar los servicios ofrecidos, lo que, unido al efecto de red, permitiría captar nuevos usuarios dispuestos a disfrutar una experiencia más rica y personalizada. A cambio, eso sí, de consentir el tratamiento de los datos que genere. Y, aunque estos datos no sean exclusivos de Facebook, ya que pueden ser accesibles para otras compañías, el conjunto de todos ellos sí permitiría obtener una información a la que ningún otro competidor tendría acceso y, por tanto, tomar decisiones de negocio mejor informadas. Todo ello, sumado al hecho de que las plataformas de las que dispone la adquirente son multilaterales⁹⁷, se traduciría en

⁹⁴ SEC: *Securities and Exchange Commission*.

⁹⁵ Judgment of the United States District Court Northern District of California de 22 de agosto de 2019, Asunto No. 19-cv-0424 (SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION vs. FACEBOOK, INC).

⁹⁶ *Vid.*, capítulo I.

⁹⁷ *Vid.*, capítulo II.

una ventaja competitiva frente a sus rivales en los mercados de redes sociales y publicidad en línea.

En este escenario, cabría preguntarse si Facebook podría adoptar alguna estrategia que incremente sus ingresos, pero que suponga un perjuicio para la privacidad de los consumidores. Llegados a este punto, es importante destacar que la actual normativa comunitaria de protección de datos ha introducido unos elevados niveles de exigencia desconocidos en el momento de autorizarse la transacción Facebook/WhatsApp. Asimismo, también la OCDE ha reforzado su grado de exigencia en materia de privacidad, destacando que la seguridad de los datos debe entenderse como una expresión de calidad en los servicios de los mercados digitales⁹⁸, en especial cuando se ofrecen a precio cero. En este contexto, la privacidad de los consumidores vendría determinada por los mecanismos de recopilación de sus datos (es decir, qué tipos de datos y con qué frecuencia), la naturaleza de los datos recogidos, los futuros usos de estos y los mecanismos de protección frente a usos no autorizados.

Dicho esto, es interesante señalar que cada usuario puede darle mayor o menor importancia a la protección de sus datos, pero, en general, si se mantienen los servicios que la plataforma ofrece en contrapartida, los usuarios van a preferir conservar el máximo grado de privacidad⁹⁹. Sin embargo, aquí juega un efecto importante, la denominada *privacy paradox*¹⁰⁰, de acuerdo con la cual, pese a que los consumidores de plataformas digitales prefieran una mayor protección de sus datos, a la hora de decidir sobre su tratamiento, a menudo acaban consintiendo un intrusismo en su privacidad mayor de lo que cabría esperar. Por tanto, si una empresa controlara las principales redes sociales, con la importante base de usuarios y el potencial efecto de red que ello conlleva, podría existir el riesgo de que esa empresa aprovechara su situación para establecer unas condiciones de privacidad que alcancen los niveles mínimos fijados en el RGPD, pero que resulten abusivos para unos usuarios que cuentan con pocas opciones a la hora de decidir sobre el tratamiento de sus datos.

⁹⁸ Directorate for financial and enterprise affairs (Competition Committee), “Quality considerations in digital zero-price markets: Background note by the Secretariat”, *Organisation for Economic Co-operation and Development*, 2018, p. 7 (disponible en [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)14/en/pdf); última consulta 5/03/2024).

⁹⁹ *Ibid.*, p. 8.

¹⁰⁰ Acquisti, A., “Nudging Privacy: The Behavioral Economics of Personal Information”, *IEEE Security & Privacy*, vol. VII, n. 6, 2009, pp. 82-85 (p. 83) (disponible en <https://doi.org/10.1109/MSP.2009.163>; última consulta 3/03/2024).

Teniendo en cuenta lo anterior la CE podría concluir que, en el momento actual, una transacción como la analizada en 2014 podría suponer un riesgo para la privacidad de los usuarios. En efecto: la compañía adquirente pasaría a controlar una cantidad de datos que, en el escenario descrito, la colocarían en una posición de superioridad respecto a los consumidores. Estos podrían verse obligados a aceptar unos términos y condiciones de privacidad que se encuentren al borde de los mínimos estándares de protección exigidos por la legislación comunitaria.

Por consiguiente, lo más adecuado no sería aprobar la transacción sin condiciones. Tampoco lo sería rechazarla enteramente, porque los usuarios de cualquiera de las dos plataformas se podrían beneficiar de las sinergias generadas por la estructura y el modelo de la otra. Al contrario, habría de autorizarse, pero imponiendo ciertas condiciones que permitan mitigar los efectos negativos que la transacción podría acarrear a los usuarios en términos de privacidad.

2.1. Evaluación de impacto en materia de protección de datos

Una medida para contrarrestar este riesgo podría ser imponer a la adquirente la obligación de llevar a cabo la evaluación de impacto que, en materia de protección de datos, contempla el artículo 35 del RGPD. Se trata de efectuar una valoración que incluiría, como mínimo, los siguientes puntos¹⁰¹:

- a) Una descripción sistemática del tratamiento de datos que se pretende llevar a cabo y de los fines que persigue.
- b) Un análisis de la necesidad y de la proporcionalidad de dicho tratamiento.
- c) Una evaluación de los riesgos que existirían para los derechos y libertades de los usuarios.

La propuesta de condición aplicable a Facebook se estructuraría de la siguiente forma:

- a) Facebook debería realizar dicha evaluación cada vez que pretenda llevar a cabo un nuevo tipo de tratamiento de datos, independientemente de que este tratamiento se encuentre o no en la lista de operaciones que requieren evaluación de impacto y que es publicada por la Autoridad de control de cada Estado miembro¹⁰².

¹⁰¹ Artículo 35. 7 RGPD.

¹⁰² Artículo 35. 4 RGPD.

- b) Asimismo, la evaluación sería exigible siempre que el tratamiento afecte a datos de usuarios de WhatsApp, sin importar que esos mismos datos ya estén siendo tratados al haber sido obtenidos por otro medio, como puede ocurrir si el usuario lo es, simultáneamente, de las redes sociales Facebook, Messenger o Instagram.
- c) Esta obligación estaría en vigor durante un plazo de diez años ya que, dado el ritmo al que han evolucionado las tecnologías de recogida y procesamiento de datos, hay motivos para pensar que puedan desarrollarse nuevos sistemas que permitan implementar prácticas irregulares antes de que la legislación pueda actualizarse y responder eficazmente.
- d) La Autoridad nacional de control verificaría que la evaluación ha sido realizada correctamente y que, de acuerdo con sus resultados, el tratamiento de los datos no supondría ningún menoscabo para la privacidad del usuario. De no ser así, la autoridad de control exigiría que se realice una nueva evaluación de impacto; prohibiría que se lleve a cabo el tratamiento o impondría medidas que aseguren los necesarios niveles de privacidad.
- e) Asimismo, en caso de no contar con él, se propondría que Facebook nombrase un delegado de protección de datos conforme al artículo 37 RGPD¹⁰³, para que desempeñe las funciones de asesoramiento y supervisión que, en relación a las evaluaciones de impacto, le encomienda el Reglamento¹⁰⁴.

2.2. Transmisión de datos a destinos no seguros

Como condición para salvaguardar el control de los datos por parte de los propios usuarios, Facebook no transmitiría, durante un período de diez años, datos personales de WhatsApp a Estados no comunitarios ni a organizaciones internacionales que la CE no considere como destinos con un nivel de protección adecuado. Todo ello conforme al procedimiento fijado en el artículo 45 del RGPD. El objetivo de esta condición sería doble:

- a) Impedir que sea Facebook quien valore si las garantías ofrecidas por un tercero son o no “adecuadas”.

¹⁰³ Artículo 37. 5 RGPD: “El delegado de protección de datos será designado atendiendo a sus cualidades profesionales y, en particular, a sus conocimientos especializados del Derecho y la práctica en materia de protección de datos y a su capacidad para desempeñar las funciones indicadas en el artículo 39”.

¹⁰⁴ Artículo 39. 1 RGPD.

- b) Lograr que, a lo largo del citado plazo, la compañía desarrolle un modelo de conservación de datos que: a) sea conforme con la normativa comunitaria; y b) pasado ese tiempo, ya no resulte tan beneficioso trasladar los datos a lugares que, pese a contar con ciertas garantías en materia de protección de datos, no han recibido todavía el “sello” de la Comisión.

IV. CONCLUSIONES

Cuando se planteó la adquisición de WhatsApp por Facebook en 2014, la Comisión Europea llevó a cabo un detallado análisis de los efectos que la concentración podría acarrear para la competencia:

- a) Un área de investigación fue el mercado de los servicios de comunicaciones entre consumidores, que no se vería perjudicado dado que: a) ambas plataformas no eran competidoras cercanas; y b) no existían obstáculos para aquellos consumidores que quisieran cambiarse a otras aplicaciones de comunicación. Además, la operación tampoco incrementaba las barreras de entrada a nuevas plataformas y el efecto de red derivado de la concentración de las bases de usuarios quedaba mitigado por factores como el *multi-homing*.
- b) También se estudió el mercado de las redes sociales, al cual la transacción no afectaría de forma importante en términos de competencia: las empresas afectadas no eran competidoras actuales ni potenciales. Además, la posibilidad de una integración de sus servicios no generaba especial preocupación.
- c) El último mercado analizado fue el de la publicidad en línea, donde la transacción tampoco generaba dudas sobre su compatibilidad con el mercado interior. La CE valoró la política de WhatsApp, contraria a la recopilación de datos de usuarios con fines publicitarios, así como la existencia de un número suficiente de competidores alternativos.

En definitiva, la Comisión estimó que no tenía motivos para oponerse a la adquisición ni para someterla a condición alguna.

Durante los años siguientes, muchas plataformas digitales mostraron gran interés en recopilar y procesar los datos de los usuarios. Conseguían así conocer con mayor exactitud sus necesidades, mejorar los servicios que ofrecían y, con ello, atraer a nuevos clientes. Además, se favorecía el efecto de red, que caracteriza a los mercados digitales y que es especialmente importante para las plataformas multilaterales, dado que generan

ingresos a través de la publicidad. En definitiva, los datos personales se han convertido en un poderoso instrumento para competir, para posicionarse comercialmente en el mercado. Incluso, como hemos visto, han servido para influenciar el panorama político. Dicho todo lo anterior, conviene ser cautos: contar con un gran volumen de datos no otorga una ventaja competitiva de forma automática. El uso que se haga de esos datos, así como las características del mercado donde se opere, juegan un papel relevante.

Evidencia de la importancia que han adquirido los datos, son las prácticas desarrolladas por empresas como Facebook que, a menudo, han provocado la apertura de procedimientos sancionadores y la imposición de penalizaciones. La compañía americana ha llevado a cabo, de forma sistemática, una estrategia basada en conseguir mayores volúmenes de datos a costa de reducir los niveles de calidad de sus servicios, en lo que a protección de datos se refiere. Ya hemos visto que ha vulnerado, en varias ocasiones, tanto la normativa aplicable en distintos Estados miembros como la legislación comunitaria sobre privacidad.

A la vista de todo ello, cabe preguntarse: ¿cuál sería, hoy en día, la decisión de Bruselas si tuviese que valorar una operación entre plataformas como Facebook y WhatsApp? Dado el poder que han adquirido los datos como herramienta competitiva y la estrategia que la red social ha emprendido en los últimos años, probablemente la Comisión Europea no tomaría la misma decisión que adoptó en 2014. Sin embargo, debe destacarse que la transacción trajo consigo beneficios para los usuarios, debido a las sinergias desarrolladas entre las plataformas. Por tanto, no sería conveniente rechazarla de plano. Tal vez, la mejor opción sería autorizarla, pero con condiciones. Es decir, imponiendo medidas que garanticen la adecuada protección de la privacidad de los usuarios, frente a posibles intentos de reproducir el patrón de comportamiento desarrollado, hasta ahora, por Facebook.

V. BIBLIOGRAFÍA

1. LEGISLACIÓN

Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (C 372/5), de 1997 (DOCE 9 de diciembre de 1997).

Comunicación de la Comisión sobre el concepto de concentración con arreglo al Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (C 66/5), de 1998 (DOCE 2 de marzo de 1998).

Comunicación de la Comisión sobre el concepto de empresas afectadas con arreglo al Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (C 66/14), de 1998 (DOCE 2 de marzo de 1998).

Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas o Reglamento (UE) 2015/2120 (DOUE 17 de diciembre de 2018).

Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (DOCE 31 de julio de 2002).

Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el respeto de la vida privada y la protección de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas y por el que se deroga la Directiva 2002/58/CE (EUR-Lex 10 de enero de 2017).

Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (DOUE 29 de enero de 2004).

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 (DOUE 4 de mayo de 2016).

2. JURISPRUDENCIA

2.1. Decisiones de la Comisión Europea

Decisión de la Comisión Europea de 19 de febrero de 2008, Asunto nº COMP/M.4726 (Thomson Corporation/Reuters Group) [versión electrónica - base de datos EUR-Lex. Ref. 52008XC0820(01)]. Fecha de la última consulta 4 de febrero de 2024.

Decisión de la Comisión Europea de 11 de marzo de 2008, Asunto nº COMP/M. 4731 (Google/DoubleClick) [versión electrónica - base de datos EUR-Lex. Ref. 52008XC0722(03)]. Fecha de la última consulta 4 de noviembre de 2023.

Decisión de la Comisión Europea de 14 de mayo de 2008, Asunto nº COMP/M.4854 (TomTom/Tele Atlas) [versión electrónica - base de datos EUR-Lex. Ref. 52008XC0916(01)]. Fecha de la última consulta 18 de noviembre de 2023.

Decisión de la Comisión Europea de 18 de febrero de 2010, Asunto nº COMP/M. 5727 (Microsoft/Yahoo! Search Business) [versión electrónica - base de datos EUR-Lex. Ref. 32010M5727]. Fecha de la última consulta 3 de marzo de 2024.

Decisión de la Comisión Europea de 7 de octubre de 2011, Asunto nº COMP/M. 6281 (Microsoft/Skype) [versión electrónica - base de datos EUR-Lex. Ref. 32011M6281]. Fecha de la última consulta 5 de octubre de 2023.

Decisión de la Comisión Europea de 4 de septiembre 2012, Asunto nº COMP/M. 6314 (Telefónica UK / Vodafone UK / Everything Everywhere/JV) [versión electrónica - base de datos EUR-Lex. Ref. 52013XC0307(01)]. Fecha de la última consulta 3 de marzo de 2024.

Decisión de la Comisión Europea de 4 de diciembre de 2013, Asunto nº COMP/M. 7047 (Microsoft/Nokia). [versión electrónica - base de datos EUR-Lex. Ref. 32013M7047]. Fecha de la última consulta 18 de noviembre de 2023.

Decisión de la Comisión Europea de 9 de enero de 2014, Asunto nº COMP/M. 7023 (Publicis/Omnicom) [versión electrónica - base de datos EUR-Lex. Ref. 32014M7023]. Fecha de la última consulta 4 de enero de 2024.

Decisión de Comisión Europea de 3 de octubre de 2014, Asunto nº COMP/M. 7217 (Facebook/WhatsApp) [versión electrónica - base de datos EUR-Lex. Ref. 32014M7217]. Fecha de la última consulta 4 de marzo de 2024.

Decisión de la Comisión Europea de 6 de diciembre de 2016, Asunto M. 8124 (Microsoft/LinkedIn) [versión electrónica - base de datos EUR-Lex. Ref. 32016M8124]. Fecha de la última consulta 23 de febrero de 2024.

Decisión de la Comisión Europea de 17 de mayo de 2017, Asunto M. 8228 [Facebook/WhatsApp (artículo 14, apartado 1, proc.)] [versión electrónica - base de datos EUR-Lex. Ref. 52017M8228(03)]. Fecha de la última consulta 2 de marzo de 2024.

Decisión de la Comisión Europea de 27 de junio de 2017, Asunto AT. 39740 [Google Search (Shopping)] [versión electrónica - base de datos EUR-Lex. Ref. 52018XX0112(03)]. Fecha de la última consulta 2 de marzo de 2024.

Decisión de la Comisión Europea de 6 de septiembre de 2018, Asunto M. 8788 (Apple/Shazam) [versión electrónica - base de datos EUR-Lex. Ref. 52018M8788(04)]. Fecha de la última consulta 1 de marzo de 2024.

Decisión de la Comisión Europea de 17 de diciembre de 2020, Asunto M. 9660 (GOOGLE/FITBIT) [versión electrónica - base de datos EUR-Lex. Ref. 52021M9660(02)]. Fecha de la última consulta 1 de marzo de 2024.

Decisión de la Comisión Europea de 27 de enero de 2022, Asunto M. 10262 [Meta (formerly Facebook) /Kustomer] [versión electrónica - base de datos EUR-Lex. Ref. 52022M10262(02)]. Fecha de la última consulta 3 de marzo de 2024.

2.2. Decisiones de Reguladores nacionales

Decisión de la Comisión de Protección de Datos de Irlanda de 25 de noviembre de 2022, IN-21-4-2.

Decisión de la Comisión de Protección de Datos de Irlanda de 12 de mayo de 2023, IN-20-8-1.

Decisión del Bundeskartellamt de 6 de febrero de 2019, B6-22/16.

Judgment of the United States District Court Northern District of California de 22 de agosto de 2019, Asunto No. 19-cv-0424 (SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION vs. FACEBOOK, INC).

Resolución de la Agencia Española de Protección de Datos de 2 de marzo de 2018, R/00259/2018.

2.3. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 23 de noviembre de 2006, Asunto C-238/05 [Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL contra Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)], [versión electrónica - base de datos EUR-Lex. Ref. ECLI:EU:C:2006:734]. Fecha de la última consulta: 15 de enero de 2024.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 17 de septiembre de 2007, Asunto T-201/04 (Microsoft Corp. contra Comisión de las Comunidades Europeas), [versión electrónica - base de datos EUR-Lex. Ref. ECLI:EU:T:2007:289]. Fecha de la última consulta: 13 de enero de 2024.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 6 de octubre de 2015, Asunto C-362/14 (Maximillian Schrems contra Data Protection Commissioner), [versión electrónica - base de datos EUR-Lex. Ref. ECLI:EU:C:2015:650]. Fecha de la última consulta: 3 de marzo de 2024.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 16 de julio de 2020, Asunto C-311/18 (Data Protection Commissioner contra Facebook Ireland Limited y Maximillian Schrems), [versión electrónica - base de datos EUR-Lex. Ref. ECLI:EU:C:2020:559]. Fecha de la última consulta: 3 de marzo de 2024.

3. OBRAS DOCTRINALES

Briones, J., Folguera, J., Font, A. y Navarro, E., *El control de concentraciones en la Unión Europea: La práctica de la Comisión Europea y las novedades introducidas en el Reglamento CEE 4064/89 por el Reglamento CE 1310/97*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

Caillaud, B. y Jullien, B., “Chicken & Egg: Competition among Intermediation Service Providers”, *The RAND Journal of Economics*, vol. 34, n. 2, 2003, pp. 309-328.

Cámara Lapuente, S., “Extinción de los contratos sobre contenidos y servicios digitales y disponibilidad de los datos: Supresión, recuperación y portabilidad” en Martens Jiménez, I. (coord.), *El mercado digital en la Unión Europea*, Reus, Madrid, 2019, pp. 157-249.

Castells, M., Roca, M., Sancho, T. y Tubella, I., *La transición a la sociedad red*, Ariel, Barcelona, 2007.

DePamphilis, D., *Mergers and Acquisitions basics: all you need to know*, Elsevier, 2011.

Kaiser, B., *La dictadura de los datos: La verdadera historia desde dentro de Cambridge Analytica y de cómo el Big Data, Trump y Facebook rompieron la democracia y cómo puede volver a pasar*, HarperCollins Mexico, 2014.

Laney, D., “3D data management: Controlling data volume, velocity and variety”, *META group research note*, vol. 6, n. 70, 2001.

Navarro, E., Font, A., Folguera, J. y Briones, J., *Merger control in the UE*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

4. RECURSOS DE INTERNET

Acquisti, A., “Nudging Privacy: The Behavioral Economics of Personal Information”, *IEEE Security & Privacy*, vol. VII, n. 6, 2009, pp. 82-85 disponible en <https://doi.org/10.1109/MSP.2009.163>; última consulta 3/03/2024).

Agencia Española de Protección de Datos, “La AEPD sanciona a WhatsApp y Facebook por ceder y tratar, respectivamente, datos personales sin consentimiento”, *AEPD Prensa y comunicación*, 2018 (disponible en <https://www.aepd.es/prensa-y-comunicacion/notas-de-prensa/la-aepd-sanciona-whatsapp-y-facebook-por-ceder-y-tratar>; última consulta 1/03/2024).

Andreu, A., “Multa millonaria a Facebook e Instagram por incumplir el RGPD: 390 millones por forzar a los usuarios a aceptar anuncios personalizados”, *BUSINESS INSIDER*, 4 de enero de 2023 (disponible en <https://www.businessinsider.es/multa-millonaria-europa-meta-eludir-rpgd-publicidad-1179590>; última consulta 1/03/2024).

Ardini, C., “El uso del big data en política o la política del big data”, *Comunicación y Hombre*, n. 16, 2020, pp. 225-240 (disponible en <https://doi.org/10.32466/eufv-cyh.2020.16.604.225-240>; última consulta 24/01/2024).

Armstrong, M., “Competition in two-sided markets”, *The RAND journal of economics*, vol. XXVII, n. 3, 2006, pp. 668-691 (disponible en <https://doi.org/10.1111/j.1756-2171.2006.tb00037.x>; última consulta 14/01/2024).

Autoritat Calatana de la Competència, “La economía de los datos. Retos para la competencia”, 2016 (disponible en https://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxiu/actuacions/Eco-Datos-y-Competencia-ACCO.pdf; última consulta 3/03/2024).

Autorité de la concurrence y Bundeskartellamt, “Competition Law and Data”, 2016 (disponible en https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%200Papier.pdf?__blob=publicationFile&v=2; última consulta 7/02/2024).

Bundeskartellamt, “Working Paper - The Market Power of Platforms and Networks”, 2016 (disponible en <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Berichte/Think-Tank->

[Bericht-Zusammenfassung.pdf?_blob=publicationFile&v=4;](#) última consulta 25/02/2024).

Cabral, L., Haucap, J., Parker, G., Petropoulos, G., Valletti, T. M. y Van Alstyne, M. W., “The EU digital markets act: a report from a panel of economic experts”, *Publications Office of the European Union*, 2021 (disponible en <https://deliverypdf.ssrn.com/delivery.php?ID=428101121103107022095070094074092111015069058086095042085123118113111086124092123108004117037031126012054127123119114115069069102029022089006113126100083118091097121049050055084099111019003108082071011107122122113115102083081078084084084069114118087101&EXT=pdf&INDEX=TRUE>; última consulta 11/01/2024).

Cadwalladr, C. y Graham-Harrison, E., “Revealed: 50 million Facebook profiles harvested for Cambridge Analytica in major data breach”, *The Guardian*, 17 de marzo de 2018 (disponible en <https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-facebook-influence-us-election>; última consulta 1/03/2024).

Celaya, M., Chacón, A., Chacón, A. y Urrutia, E., “El impacto de WhatsApp en la vida cotidiana de las personas - ¿Hace la sociedad más humana?”, 2015 (disponible en https://www.unav.edu/documents/29062/6900948/27_eskibel_whatshapp.pdf; última consulta 16/01/2024).

Corral Canda, S., “El big data y el abuso de posición dominante”, 2021 (disponible en [https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/27078/2021_TFG_CORRAL_Big_Data_y_abuso_de_posicion.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/27078/2021_TFG_CORRAL_Big_Data_y_abuso_de_posicion.pdf?sequence=1&isAllowed=y;); última consulta 23/02/2024).

Cotino Hueso, L., “Big data e inteligencia artificial. Una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales”, *Dilemata*, n. 24, 2017, pp. 131-150 (disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6066829#:~:text=Se%20hace%20referencia%20a%20la%20p%C3%A9rdida%20de%20la,la%20aplicaci%C3%B3n%20de%20la%20ley%20y%20la%20justicia>; última consulta 15/02/2024).

Díez Estella, F., “La aplicación del derecho de competencia en la era digital (Casos Google, Facebook, Apple/Shazam, y el Informe de la Comisión Europa de Abril 2019)”, *Anuario de derecho de la competencia 2019*, 2019, pp. 231-262. (disponible en

[http://fernandodiezestella.com/Publicaciones/mercados_digitales_comp_\(2019\).pdf](http://fernandodiezestella.com/Publicaciones/mercados_digitales_comp_(2019).pdf);
última consulta 1/02/2024).

Díez Estella, F., “La regulación de los mercados en la era digital: ¿Quo vadis, Europa?”, *CEFLegal. Revista práctica de derecho*, n. 229, 2020, pp. 5-40 (disponible en <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2020.9675>; última consulta 23/02/2024).

Díez Estella, F. y Ribera Martínez, A., “Derecho de la competencia vs. Privacidad ¿el gran dilema en los nuevos mercados digitales?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. XIV, n. 1, 2022, pp. 169-195 (disponible en <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6682>; última consulta 3/03/2024).

Directorate for financial and enterprise affairs (Competition Committee), “Quality considerations in digital zero-price markets: Background note by the Secretariat”, *Organisation for Economic Co-operation and Development*, 2018, (disponible en [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)14/en/pdf); última consulta 5/03/2024).

Directorate-General for Competition (European Commission), “Competition policy for the digital era”, *EU Publications*, 2019 (disponible en <https://data.europa.eu/doi/10.2763/407537>; última consulta 2/03/2024).

Economides, N. y Lianos, I., “Restrictions on privacy and exploitation in the digital economy: a competition law perspective”, *NYU Stern School of Business*, 2019 (disponible en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3474454>; última consulta en 24/02/2024).

Europa Press, “Facebook acepta la multa de 4.576 millones por el escándalo de Cambridge analytica”, *El Confidencial*, 24 de julio de 2019 (disponible en https://www.elconfidencial.com/empresas/2019-07-24/facebook-cambridge-analytica-multa_2142795/; última consulta 1/03/2024).

Europa Press, “Irlanda multa a Meta con 1.200 millones de euros por violar la protección de datos”, *Onda Cero*, 23 de mayo de 2023 (disponible en https://www.ondacero.es/noticias/ciencia-tecnologia/irlanda-multa-meta-1200-millones-euros-violar-proteccion-datos_20230523646c46af21596b00013223de.html; última consulta 1/03/2024).

Engra Moreno, J. C. y Rodríguez Encinas, A., “El sistema de control de concentraciones en la Unión Europea”, *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, n. 61, 2006, pp. 108-135

(disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2151322>; última consulta 23/12/2023).

European Data Protection Board, “Guidelines 2/2019 on the processing of personal data under Article 6(1)(b) GDPR in the context of the provision of online services to data subjects”, *European Data Protection Board*, 2019 (disponible en https://www.edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines-art_6-1-b-adopted_after_public_consultation_en.pdf; última consulta 14/01/2024).

European Data Protection Board, “Facebook and Instagram decisions: Important impact on use of personal data for behavioural advertising”, *European Data Protection Board*, 2023 (disponible en https://www.edpb.europa.eu/news/news/2023/facebook-and-instagram-decisions-important-impact-use-personal-data-behavioural_en; última consulta 15/01/2024).

European Data Protection Supervisor, “Privacy and Competitiveness in the Age of Big Data: the interplay between data protection, competition law and consumer protection in the digital economy”, *European Data Protection Supervisor*, 2014 (disponible en https://www.edps.europa.eu/sites/default/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf; última consulta 28/02/2024).

FACEBOOK, INC., RHODIUM ACQUISITION SUB II, INC., RHODIUM MERGER SUB, INC., WHATSAPP INC. y FORTIS ADVISORS LLC., “AGREEMENT AND PLAN OF MERGER AND REORGANIZATION”, 2014 (disponible en <https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1326801/000132680114000023/fb-3312014xex21.htm>; última consulta 3/03/2024).

Fernández, P. y Bonet, A., “Fusiones, adquisiciones y control de las empresas”, *Arbor*, vol. XXXIX, 1989, pp. 1-21 (disponible en <https://web.iese.edu/PabloFernandez/docs/16.fusionesBonet.pdf>; última consulta 5/10/2023).

González, F., “Big data, algoritmos y política: las ciencias sociales en la era de las redes digitales”, *Cinta de moebio*, n. 65, 2019, pp. 267-280 (disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/s0717-554x2019000200267>; última consulta 23/02/2024).

González de la Garza, L. M., “La crisis de la democracia representativa. Nuevas relaciones políticas entre democracia, populismo virtual, poderes privados y tecnocracia en la era de la propaganda electoral cognitiva virtual, el microtargeting y el Big Data”,

Revista de Derecho Político, n. 103, 2018, pp. 257-302 (disponible en <https://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/23203/18606>; última consulta 6/03/2024).

Graef, I., Wahyuningtyas, S. Y. y Valcke, P., “Assessing data access issues in online platforms”, *Telecommunications policy*, vol. XXXIX, n. 5, 2015, pp. 375-387 (disponible en <https://doi.org/10.1016/j.telpol.2014.12.001>; última consulta 1/02/2024).

Herrero Suárez, C., “La economía de los grandes datos o Big Data desde el Derecho de la competencia ¿nuevos problemas? ¿nuevas soluciones?”, *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, n. 23, 2018 (disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6770173>; última consulta 12/01/2024).

Herrero Suárez, C., “Big Data and Antitrust Law”, *Revista Electrónica de Direito. RED*, vol. XVIII, n. 1, 2019, pp. 1-22 (disponible en <https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/42275/Big%20Data%20and%20Antitrust%20Law.pdf?sequence=1&isAllowed=y>; última consulta 23/02/2024).

Herrero Suárez, C. A., “Gigantismo empresarial en los mercados digitales. ¿Una vuelta a los orígenes y... nuevos desafíos?”, *Revista de estudios europeos*, n. 78, 2021, pp. 111-124 (disponible en <https://uvadoc.uva.es/handle/10324/48579>; última consulta 11/01/2024).

Jiménez Falcón, P., “Fusiones & adquisiciones: el caso de Facebook y WhatsApp”, 2014 (disponible en <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/1169/TFM000156.pdf?sequence=1&isAllowed=y>; última consulta 15/01/2024).

Kang, C., y Frenkel, S., “Facebook says Cambridge Analytica harvested data of up to 87 million users”, *The New York Times*, 4 de abril de 2018 (disponible en <https://www.nytimes.com/2018/04/04/technology/mark-zuckerberg-testify-congress.html>; última consulta 1/03/2024).

Labbé Figueroa, M. F., “Big Data: Nuevos desafíos en materia de libre competencia”, *Revista chilena de derecho y tecnología*, vol. IX, n. 1, 2020, pp. 33-62 (disponible en <https://doi.org/10.5354/0719-2584.2020.56897>; última consulta 15/01/2024).

Lambrecht, A. y Tucker, C. E., “Can big data protect a firm from competition?”, *SSRN Electronic Journal*, 2015 (disponible en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2705530>; última consulta en 24/02/2024).

Lerner, A. V., “The Role of “Big Data” in Online Platform Competition”, *SSRN Electronic Journal*, 2014 (disponible en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2482780>; última consulta 11/01/2024).

López Zuluaga, D. L., “El derecho de veto como control negativo en el derecho de la competencia”, 2018 (disponible en <https://repositorio.uniandes.edu.co/flip/?pdf=https://repositorio.uniandes.edu.co/server/api/core/bitstreams/72ac53de-c647-4d0a-be48-17e63ccdf578/content>; última consulta 14/11/2023).

Magnani, E., “Big data y política: El poder de los algoritmos”, *Nueva sociedad*, n. 269, 2017 (disponible en https://static.nuso.org/media/articles/downloads/2.TC_Magnani_269.pdf; última consulta 13/01/2024).

Mancini, J. y Volpin, C., “Quality Considerations in Digital Zero-Price Markets: OECD Background Paper”, *DAF/COMP (2018)*, vol. XIV, 2018 (disponible en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3862529>; última consulta en 24/02/2024).

Mayor Gómez, R., “Contenido y novedades del Reglamento General de Protección de Datos de la UE (Reglamento UE 2016/679, de 27 de abril de 2016)”, *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, n. 6, 2016, pp. 243-280 (disponible en https://www.castillalamancha.es/sites/default/files/documentos/pdf/20160709/revista_gabilex_no_6_autor_roberto_mayor_gomez.pdf; última consulta 2/01/2024).

Medina, E., “La operación Facebook/WhatsApp: lecciones para el control de concentraciones en la era digital”, (disponible en <https://www.telefonica.com/es/sala-comunicacion/blog/la-operacion-facebook-whatsapp-lecciones-para-el-control-de-concentraciones-en-la-era-digital/amp/>; última consulta 20/11/2023).

Mejía Cambar, O., “Análisis al reglamento General de Protección de Datos en la Unión Europea: Un Vistazo a la Actualidad de la Era Digital”, *La Revista De Derecho*, vol. XL, n. 1, 2019, pp. 93-104 (disponible en <https://doi.org/10.5377/lrd.v40i1.8909>; última consulta 14/01/2024).

Modrall, J., “Big Data and Merger Control in the EU”, *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. IX, n. 9, 2018, pp. 569-578 (disponible en <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpy062>; última consulta 22/02/2024).

Organisation for Economic Co-operation and Development, “Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being”, *OECD*, 2015 (disponible en <https://doi.org/10.1787/9789264229358-en>; última consulta 26/02/2024).

Pérez Molina, M. A., “La evaluación antitrust de las concentraciones de empresas en la Unión Europea”, 2015 (disponible en <https://helvia.uco.es/xmlui/bitstream/handle/10396/12760/2015000001137.pdf?sequence=1&isAllowed=y>; última consulta 14/10/2023).

Puyol Moreno, J., “Una aproximación a Big Data”, *Revista de Derecho UNED*, n. 14, 2014, pp. 471-505 (disponible en <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:rduned-2014-14-7150/Documento.pdf>; última consulta 6/03/2024).

Rosenberg, M., Confessore, N. y Cadwalladr, C., “How Trump Consultants Exploited the Facebook Data of Millions”, *The New York Times*, 17 de marzo de 2018 (disponible en <https://www.nytimes.com/2018/03/17/us/politics/cambridge-analytica-trump-campaign.html>; última consulta 1/03/2024).

Rubinfeld, D. L. y Gal, M. S., "Access barriers to big data", *Arizona Law Review*, vol. LIX, n. 2, 2017, pp. 339-382 (disponible en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2830586>; última consulta 4/02/2024).

Schepp, N. P. y Wambach, A., “On Big Data and Its Relevance for Market Power Assessment”, *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. VII, n. 2, 2016, pp. 120-124 (disponible en <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpv091>; última consulta 12/01/2024).

Soto, Y., “Datos masivos con privacidad y no contra privacidad”, *Revista de bioética y derecho*, n. 40, 2017, pp. 101-114 (disponible en <https://doi.org/10.1344/rbd2017.40.19165>; última consulta 28/12/2023).

Stucke, M. E. y Grunes, A. P., “Debunking the Myths Over Big Data and Antitrust”, *CPI Antitrust Chronicle*, 2015 (disponible en <https://deliverypdf.ssrn.com/delivery.php?ID=7430260931260971130880931231231220660370170480840240170141070750231020230310781030240410530420310490041>

[19124091109091064080019111041044041067001098010068124104022002006052110090105077072018104064114092094125075064066101068007068076106029012081021065&EXT=pdf&INDEX=TRUE](https://doi.org/10.19124/091109091064080019111041044041067001098010068124104022002006052110090105077072018104064114092094125075064066101068007068076106029012081021065&EXT=pdf&INDEX=TRUE); última consulta 24/02/2024).

Tamayo Velasco, J., “Big data, competencia y protección de datos: el rol del Reglamento General de Protección de Datos en los modelos de negocio basados en la publicidad personalizada”, *Revista de Estudios Europeos*, n. 78, 2021, pp. 183-202 (disponible en <https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/48583/2021-78-183-202.pdf?sequence=1&isAllowed=y>; última consulta 14/02/2024).

United States District Court for the District of Columbia, “Stipulated order for civil penalty, monetary judgment, and injunctive relief”, 2019 (disponible en https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/182_3109_facebook_order_filed_7-24-19.pdf; última consulta 2/03/2024).

ur Rehman, I., “Facebook-Cambridge Analytica data harvesting: What you need to know”, *Library Philosophy and Practice*, 2019, pp. 1-11 (disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/220153793.pdf>; última consulta 22/02/2024).

Velasco Sanzo, P., “Big Data y competencia: Características y principales teorías del daño desde la perspectiva de los acuerdos entre empresas”, *Información Comercial Española - Revista de Economía*, n. 925, 2022, pp. 85-98 (disponible en <https://revistasice.com/index.php/ICE/article/view/7373/7429>; última consulta 7/02/2024).

Yeung, K., "Algorithmic regulation: a critical interrogation", *Regulation & Governance*, vol. XII, n. 4, 2018, pp. 505-523 (disponible en <https://doi.org/10.1111/rego.12158>; última consulta 4/02/2024).