

GERMÁN ENRIQUE BACCA MEDINA*

*El papel que desempeñan los regímenes de competencia
y de protección de datos personales en la era del big data*

SUMARIO

Introducción. 1. La protección de la libre competencia frente a la economía dinámica. 1.1. Postulados generales sobre el régimen de protección de la competencia. 1.2. Características de las economías dinámicas. 1.3. El procesamiento masivo de datos, como elemento de competencia. 1.4. Papel que desempeña el derecho de la competencia frente al *big data*. 1.5. Casos de competencia relacionados con *big data*. 2. La protección de los datos personales en la era de la economía digital. 2.1. Origen y desarrollo de la protección de datos personales. 2.2. Principios orientadores de la protección de datos personales. 2.3. Los retos de la protección de datos personales frente al *big data*. 3. La interacción entre los regímenes de libre competencia y protección de datos frente al *big data*. Conclusión. Bibliografía.

RESUMEN

La recolección masiva de datos *big data* es un fenómeno que ha logrado un efecto disruptivo propio de la economía digital. Por esta razón, su análisis ha sido una de las prioridades más importantes para las autoridades de competencia y de protección de datos personales en los últimos años. El presente escrito tiene como objetivo analizar de qué forma cada uno de estos regímenes ha abordado esta temática y establecer el grado de interacción que debería existir entre ellos. Para alcanzar tal fin, se describirán, en primera instancia, las características de la “nueva economía” y sus efectos en la aplicación tradicional del derecho de la competencia, así como las visiones que han surgido sobre el procesamiento masivo de datos. Posteriormente, se hará un recorrido sobre los fundamentos de la protección de datos y se presentará la postura actual en cuanto al *big data* que involucra datos personales. Por último, se realizará una aproximación sobre algunos elementos, donde puede haber una conexión real entre la protección de la competencia y la protección de datos personales.

PALABRAS CLAVE: *big data*, economías dinámicas, dato personal, protección de la competencia, protección de datos personales, mercado relevante.

INTRODUCCIÓN

Sin duda, las innovaciones tecnológicas han caracterizado el desarrollo económico y cultural del mundo a través de las últimas décadas. Los estándares de vida han cambiado y continúan su radical evolución gracias a los avances en todas las formas de comunicación.

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia, con Especialización en Derecho Financiero y Bursátil de la misma universidad. Maestría (LLM) en Derecho de las Comunicaciones y Competencia en la Universidad Queen Mary & Westfield College de Londres y cuenta con especialización en Economía de la Competencia de la Universidad King's College de Londres. Se ha desempeñado como asociado senior en la Práctica de Competencia y Consumo de la firma Philippi Prietocarrizosa & Uriá en Bogotá. Asesor del superintendente de Industria y Comercio, superintendente delegado para la Protección de la Competencia y superintendente delegado para la Protección de Datos Personales de la misma entidad. Actualmente se desempeña como experto comisionado de la Comisión de Regulación de Comunicaciones. Correo electrónico: german.bacca@uexternado.edu.co

Se trata de una generación de herramientas que ha contribuido al mejoramiento de la competitividad y a la estructuración de una nueva forma de hacer negocios. Junto con esta avalancha tecnológica, nuevas industrias han emergido y los conceptos tradicionales de producción y competencia han sido remplazados, principalmente por las altas inversiones realizadas en propiedad intelectual ligadas al concepto de “nueva economía”¹, según el cual, la innovación es el eje central de los mercados y el análisis de estos debe realizarse bajo una óptica dinámica.

De una manera muy simple puede afirmarse que la economía tradicional difiere del fenómeno descrito en que, mientras en la primera se busca competir en el mercado, en la segunda el objetivo es competir por el mercado². En efecto, la competencia en los mercados de alta tecnología o relacionados con el mundo digital se presenta entre productos y servicios diseñados para reemplazarse unos a otros, y no para competir de manera simultánea. Este fenómeno ha generado cambios sustanciales en la forma en que interactúan los distintos agentes económicos llevando, por consiguiente, a modificaciones en la interpretación y adaptación de las normas diseñadas para la protección de la libre competencia y, por supuesto, de los consumidores.

La innovación puede ser considerada como la fuente de un poder de mercado temporal, donde cada participante ostenta una posición dominante mientras su producto es superado por una nueva tecnología mejor o, incluso, más popular. No obstante, en ciertas ocasiones el producto novedoso es introducido al mercado por un mismo agente económico, quien, de una u otra forma, asume el poder absoluto respecto al mercado específico.

Es así como ha sido analizada la relación entre la estructura del mercado y el grado de innovación, surgiendo sobre el punto dos posiciones. Por una parte, hay quienes, como Kenneth Arrow, afirman que la competencia es el caldo de cultivo para la innovación, y que, por tal motivo, la protección de la primera garantiza una efectiva promoción de la segunda. Por otra parte, otros autores, encabezados por Joseph Schumpeter, sugieren que a través de los mercados monopólicos es posible estimular de manera más eficiente la innovación³.

En este contexto, es imposible desconocer que probablemente el fenómeno más innovador en cuanto a avances, beneficios y posibilidades de aplicación del presente siglo es la digitalización de la información. Lo encontramos en nuestras actividades diarias más comunes y, en algunos casos, sin darnos cuenta, ha cambiado sustancialmente nuestras vidas. No obstante, junto con dichos beneficios también surgen riesgos asociados a la forma como compartimos, cedemos y, por consiguiente, pueden ser utilizados nuestros datos personales.

De acuerdo con lo manifestado recientemente por Edith Ramírez, presidenta de la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos:

Gracias a los teléfonos inteligentes, medidores inteligentes, dispositivos portables para ejercicio, redes sociales, carros conectados y tarjetas de fidelización en el mercado al por menor, cada uno de

1 SIDAK, GREGORY y DAVID TEECE. *Dynamic competition in antitrust law*. *Journal of Competition Law & Economics* (2009): 586-590.

2 EVANS, DAVID y RICHARD SCHMALENSEE. *Some economics aspects of antitrust analysis in dynamically competitive industries*. *NBER Working Paper* n.º 8268 (2001): 1-7.

3 BAKER, JONATHAN. *Beyond Schumpeter vs. Arrow: how antitrust fosters innovation*. *Law Reviews & Other Academic Journals* 74, (2007): 2-10.

nosotros está generando datos a una tasa sin precedentes. De hecho, en el 2013 fue reportado que un impresionante 90 por ciento de los datos del mundo fue generado en los dos años anteriores. Hoy en día, la cantidad generada de datos se dobla cada dos años⁴.

Nos enfrentamos a la era del *big data*, en la que la recolección, el procesamiento y reutilización de datos se han convertido en la nueva moneda de cambio, en un activo fundamental para competir y crear nuevos mercados en el mundo digital. El grupo de trabajo del artículo 29 (GT29)⁵ define *big data* como “conjuntos de datos cuyo tamaño está más allá de las capacidades con las que los software tradicionales cuentan para su recolección, almacenamiento y manejo y análisis”⁶. Las aplicaciones son ilimitadas y van desde la posibilidad de diagnosticar en cualquier parte del mundo una enfermedad a través de la consulta en una base de datos de historias clínicas anonimizadas, hasta la creación de juegos interactivos utilizando terminales móviles.

Por esta razón, las estrategias para la obtención de datos son cada vez más variadas y, en principio, bondadosas para los consumidores y usuarios. Normalmente, se ofrece de manera gratuita un servicio o producto para lo que se requiere la provisión de datos, donde en muchas ocasiones se genera el incentivo de seguir alimentando el sistema con la actualización constante de la información en principio aportada. Lo que a primera vista es una prestación de servicios gratuitos, es en realidad el intercambio de estos por una contraprestación representada en los datos obtenidos por las empresas.

En algunas ocasiones, los agentes del mercado obtienen provecho del *big data* a través de la operación de mercados de dos lados o multiplataforma, realizando interacciones entre dos grupos de usuarios con necesidades complementarias. Este es el caso de las economías

4 RAMÍREZ, EDITH. *Opening remarks FTC chairwoman Edith Ramirez - big data: a tool for inclusion or exclusion?* (Washington: Federal Trade Commission, 2014), 1. Recuperado de [https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/582421/140915bigdataworkshop.pdf].

5 El Grupo de Trabajo del artículo 29 (GT 29), creado por la directiva 95/46/CE, es un órgano consultivo independiente integrado por las autoridades de protección de datos de todos los Estados miembros, el supervisor europeo de protección de datos y la Comisión Europea —que realiza funciones de secretariado—. Las autoridades de los estados candidatos a ser miembros de la Unión y los países del EEE asisten a sus reuniones como observadores. Cuenta con un presidente y dos vicepresidentes, elegidos de entre sus miembros por periodos de dos años, renovables. Se reúne en plenarios con una periodicidad bimestral y organiza sus trabajos a través de diversos subgrupos temáticos, que preparan las decisiones del plenario.

Las funciones del GT29 reconocidas por la directiva incluyen estudiar toda cuestión relativa a la aplicación de las disposiciones nacionales tomadas para la aplicación de la directiva, emitir dictámenes sobre el nivel de protección existente dentro de la Comunidad y en países terceros, asesorar a la Comisión sobre cualquier proyecto de modificación de la directiva, y formular recomendaciones sobre cualquier asunto relacionado con la protección de datos en la Unión Europea.

El GT29 se pronuncia a través de dictámenes, documentos de trabajo, informes o recomendaciones, aunque también manifiesta su posición en cartas o comunicados de prensa. Las decisiones del grupo no son jurídicamente vinculantes, pero tienen un importante valor doctrinal y son frecuentemente utilizados y citados por los legisladores y los tribunales nacionales y europeos.

Agencia Española de Protección de Datos. *Grupo Europeo de Protección de Datos del artículo 29*. España. Recuperado de [https://www.agpd.es/portalwebAGPD/internacional/Europa/grupo_29_europeo/index-ides-idphp.php].

6 Opinión 03 del 2013 del GT 29.

colaborativas como Uber o Airbnb, en las que los paradigmas tradicionales de realizar negocios se han roto de manera drástica.

Si bien es cierto que los datos que son tratados a través del *big data* no siempre comprenden datos personales de los ciudadanos, como pueden ser aquellos relacionados con sus preferencias, gustos, entorno familiar, geolocalización, entre otros, en muchas ocasiones es este tipo de datos los que se encuentran siendo procesados con fines de lucro sin autorización de sus titulares. Esta es la principal preocupación de las autoridades de protección de datos a nivel mundial, quienes enfocan sus esfuerzos hacia la protección de los derechos particulares de los ciudadanos a saber dónde están sus datos y cómo son utilizados⁷.

Por otra parte, al entender los datos y su utilización como un activo de los agentes en el mercado, a través del cual se tiene la posibilidad de incrementar su participación e ingresos, es claro que el derecho de la competencia también tiene una función fundamental, que cumplir, basada en el análisis de las posibles fallas que puedan presentarse y, si es el caso, la corrección de aquellas conductas anticompetitivas ejercidas por sus participantes. Un ejemplo de esta nueva visión se dio en marzo de 2016, cuando la autoridad alemana de protección de la competencia (Bundeskartellamt) decidió abrir una investigación en contra de Facebook por la presunta conducta de abuso de posición dominante, ejercida a través de las políticas de recolección y tratamiento de información personal de sus usuarios y la posible obstrucción que con dichas políticas se puede estar realizando en contra de nuevos entrantes al mercado⁸.

El presente escrito tiene como objetivo analizar las posibles interacciones y sinergias existentes entre los regímenes de protección de datos y protección de la libre competencia en la era del *big data*. En primera instancia, se realizará una descripción de las características de la nueva economía y sus efectos en la aplicación tradicional del derecho de la competencia. Posteriormente, se hará un recorrido sobre los fundamentos de la protección de datos y se presentará la postura actual en cuanto al procesamiento masivo de información personal. Finalmente, se realizará una aproximación sobre algunos elementos, en la que puede haber una conexión real entre la protección de la competencia y la protección de datos personales.

I. LA PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA FRENTE A LA ECONOMÍA DINÁMICA

El derecho de la competencia está compuesto por normas que buscan proteger los procesos competitivos y, de esta manera, mejorar el bienestar de los consumidores⁹. Las autoridades

7 RAMÍREZ, EDITH. *Protecting privacy in the Era of Big Data, remarks of FTC chairwoman Edith Ramírez. International Conference on Big Data from a Privacy Prospective, Hong Kong* (Washington: Federal Trade Commission (FTC), 2015), 6-7. Recuperado de [https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/671661/15061oera_bigdata.pdf].

8 Bundeskartellamt. *Bundeskartellamt initiates proceeding against Facebook on suspicion of having abused its market power by infringing data protection rules* (Alemania: 2016). Recuperado de [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/02_03_2016_Facebook.html].

9 En Colombia el derecho de la libre competencia está reconocido como un derecho colectivo en el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia: “La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad

que hacen cumplir este tipo de reglas actúan como “árbitros” en el mercado, es decir, no intervienen en su funcionamiento o en la forma como los diferentes agentes interactúan, sino que tienen la responsabilidad de garantizar que las condiciones para competir sean adecuadas.

De igual manera, en aquellos casos en que uno o varios de dichos agentes transgredan las normas en la materia, es necesaria una intervención directa frente a las conductas anticompetitivas particulares que, probablemente, concluye con la imposición de órdenes y sanciones.

I. I. POSTULADOS GENERALES SOBRE EL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA

Los regímenes de protección a la libre competencia se preocupan por las posibles afectaciones que puedan presentarse en el correcto funcionamiento de los mercados y, por consiguiente, en el bienestar de los consumidores. Las principales situaciones sobre las que recae la acción de las autoridades encargadas de este tema son las siguientes:

(i) ACUERDOS ANTICOMPETITIVOS

En esencia, un acuerdo anticompetitivo o cartel empresarial tiene como objetivo principal el aumento de las utilidades de sus miembros a través de un comportamiento cooperativo y coordinado, cuando en realidad dentro de un escenario competitivo deberían ser independientes en sus decisiones económicas¹⁰. El objetivo se concreta con la maximización conjunta de beneficios por parte de las empresas involucradas en la conducta, donde se podrían llegar a generar los mismos resultados de un mercado monopólico en el que solo exista una firma que produzca el bien o servicio respectivo. Es decir, aumento en los precios, disminución de cantidades y reducción de excedente al consumidor. Al definir este tipo de conductas, la Red Internacional de Competencia (ICN, por sus siglas en inglés)¹¹ ha señalado:

Los conceptos básicos de cartel encontrados en las legislaciones y en las disposiciones de política son casi universales; un cartel es definido como un acuerdo entre competidores para restringir la competencia. Adicionalmente, las categorías de conducta más frecuentemente definidas como *hard core* también son consistentes: ellas son la fijación de precios, las restricciones a la producción, la repartición de mercados, y la colusión en licitaciones¹².

públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella”. [Subrayado fuera del texto original]. En este mismo sentido, el artículo 333 establece que “[l]a libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades”. Constitución Política de Colombia (1991).

¹⁰ TREMBLAY, VÍCTOR y CAROL TREMBLAY. *New perspectives on industrial organization* (Nueva York: Springer Publishing, 2012), 216.

¹¹ La Red Internacional de Competencia (ICN, por sus siglas en inglés) es un organismo internacional dedicado exclusivamente a abordar temas relacionados con la aplicación de la ley de la competencia en todo el mundo; sus miembros son autoridades nacionales y multinacionales de competencia de varios países.

¹² Grupo de Trabajo de Carteles de la ICN. *Defining hard core conduct, effective institutions, effective penalties. Building Blocks for Effective Anti-Cartel Regimes, vol. 1. ICN 4th Annual Conference* (Bonn: International

Al respecto, ha señalado la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)¹³ que se trata de las “más escandalosas violaciones de las normas de competencia”, ya que perjudican de manera directa a los consumidores, especialmente, con el incremento de los precios y restricción de la oferta¹⁴.

(ii) ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

El comportamiento abusivo ejercido por un monopolista o por un agente con posición de dominio también es condenado por el derecho de la competencia. En este caso, se trata de una conducta de tipo unilateral, donde quien la ejerce ostenta una calidad especial dentro del mercado. En la gran mayoría de las ocasiones, tiene como objetivo impedir el ingreso de otras empresas a competir o entrar a un mercado en el que no es dominante, con el fin de apalancarse indebidamente en la dominancia que ejerce en un mercado conexo. El Tribunal de Justicia Europeo se ha referido a este tipo de conducta en los siguientes términos:

El concepto de explotación abusiva es un concepto objetivo que se refiere a las actividades de una empresa en posición dominante que pueden influir en la estructura de un mercado en el que, debido justamente a la presencia de la empresa de que se trate, la intensidad de la competencia se encuentra ya debilitada, y que producen el efecto de obstaculizar, por medios diferentes de los que rigen una competencia normal de productos y servicios con arreglo a las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del nivel de competencia que aún exista en el mercado o el desarrollo de esa competencia¹⁵.

Como se desarrollará más adelante, precisamente por el dinamismo que caracteriza a los sectores de tecnología y comunicaciones, junto con la innovación puede llegar de manera coetánea la existencia de dominancia en los mercados y, con ella, las investigaciones por abusos de posición dominante.

(iii) CONTROL DE INTEGRACIONES EMPRESARIALES

A través de este mecanismo utilizado por muchas autoridades de competencia, se analiza de manera previa la concreción de una integración empresarial para determinar cuáles pueden ser sus efectos económicos en el mercado, con el fin de autorizarla, condicionarla u objetarla. Para este tipo de decisiones es necesario evaluar a fondo la estructura del mercado,

Competition Network, 2005), 6-8. Recuperado de [<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf>].

13 “Fundada en 1961, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) agrupa a 35 países miembros y su misión es promover políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas alrededor del mundo”. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). *Acerca de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)* (México). Recuperado de [<http://www.ocde.org/centrodemexico/laocde/>].

14 Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). *Recommendation of the council concerning effective action against hard core cartels - C (98)35/FINAL* (París: OCDE Publishing, 1998), 2. Recuperado de [<https://www.ocde.org/daf/competition/2350130.pdf>].

15 Caso 85/76, Hoffman-La Roche & Co. AG contra la Comisión de las Comunidades Europeas. Sentencia del Tribunal de Justicia del 13 de febrero de 1979.

las características de los servicios y productos involucrados en la transacción, las barreras de entrada existentes y demás factores que den cuenta de la realidad competitiva del mercado, con el fin de visualizar cuál puede ser dicha realidad en un escenario posintegración. En muchos países, entre los que se encuentra Colombia, las operaciones de concentración empresarial que cumplan con ciertos presupuestos en cuanto a su dimensión y agentes involucrados, no pueden realizarse hasta tanto no exista un pronunciamiento por parte de la respectiva autoridad¹⁶.

(iv) RESTRICCIONES EMANADAS DEL ESTADO

El Estado también puede con sus decisiones ser responsable de la creación de restricciones a la libre competencia. Las distorsiones pueden provenir de la misma ley, la regulación, otorgamiento de subsidios o incluso de licencias. Frente a este tipo de situaciones, existe la *abogacía de la competencia*, a través de la cual la autoridad de competencia tiene las facultades para hacer un escrutinio a este tipo de restricciones, con el fin de comentar sobre estas o, incluso, recomendar su remoción¹⁷.

Ahora bien, los efectos negativos desde el punto de vista de la competencia se encuentran reunidos en dos grandes grupos. Las conductas anticompetitivas o fallas de mercado pueden generar por una parte efectos “exclusorios” y, por la otra, efectos “explotativos”. Los primeros se refieren a la existencia de barreras artificiales a la entrada o a la intención de uno o varios agentes de impedir que exista competencia, ya sea debilitando a sus competidores o impidiendo el ingreso de nuevos. Los segundos tienen que ver con la posibilidad de que, a partir de una conducta contraria al régimen, se extraigan rentas de los consumidores, reduciendo así su beneficio en términos económicos.

En los mercados de comunicaciones y, más específicamente, en aquellos que hacen parte de la economía digital, las conductas y situaciones planteadas también se presentan. Sin embargo, su análisis debe incluir características propias de este tipo de mercados que los hacen diferentes y, por supuesto, retan a la aplicación del esquema tradicional de protección a la competencia. Así, por ejemplo, las externalidades de red, la existencia de operadores con poder significativo de mercado, la presencia de facilidades esenciales, la rapidez y despliegue de los servicios prestados a través de la Internet y la innovación disruptiva, entre otros elementos, hacen que la evaluación habitual de condiciones competitivas o posibles infracciones al régimen tenga que redefinirse de manera sustancial.

De los elementos mencionados, probablemente el que refleja de manera más clara la situación actual de los mercados de comunicaciones y aquellos que hacen parte de la economía digital es la innovación disruptiva, estrechamente ligada al concepto de “nueva economía”, también llamada economía de las industrias dinámicas¹⁸.

16 El Régimen de Integraciones Empresariales en Colombia está previsto desde la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992. Sin embargo, fue reformado estructuralmente a través de la Ley 1340 de 2009. Está regulado hoy en día por la Resolución 10030 de 2015.

17 En Colombia, se incluyó la Abogacía de la Competencia con el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009. La regulación de esta función está dispuesta en el Decreto 2897 de 2010, el cual, a su vez, está contenido en el actual Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, Decreto 1074 de 2015 (capítulo 30).

18 SIDAK, GREGORY y DAVID TEECE. *Ob. Cit.*, 586.

I.2. CARACTERÍSTICAS DE LAS ECONOMÍAS DINÁMICAS

La “nueva economía” tiene su origen en el desarrollo de las tecnologías de la información que desde mediados del siglo pasado tuvieron presencia en los países industrializados. El eje central de este tipo de empresas fue y sigue siendo la propiedad intelectual y, por supuesto, el posicionamiento y poder económico actual que emerge precisamente de la explotación de la exclusividad que dicha propiedad genera sobre las innovaciones obtenidas. Esta situación desemboca en el concepto de “creación destructiva”, descrito por Joseph Schumpeter, según el cual la innovación crea nuevas industrias destruyendo las antiguas. Es decir, se pasa de una competencia basada en los precios de los productos a una donde el objetivo es crear un producto lo suficientemente innovador para acabar con el ya existente en el mercado¹⁹.

Un ejemplo de este fenómeno lo constituye la evolución en la industria de los aparatos portátiles reproductores de música. Ya hace más de 35 años, en 1979, SONY lanzó al mercado el Walkman TPS-L, el primer walkman de la historia. En sus primeros meses logró vender treinta mil unidades. En 1981 fue mejorado y se ofreció el Sony Walkman WM-2 con mejor diseño y colores. Posteriormente, aparecieron modelos como el Sony Walkman WM-101, que integraban la función de radio y baterías recargables. Durante la década de los ochenta este tipo de dispositivos crearon un nuevo mercado y, en junio de 1989, diez años después de su lanzamiento, la totalidad de unidades fabricadas sobrepasaba los cincuenta millones, los cuales se convirtieron en cien millones para 1992^[20].

Junto con la era digital y la posibilidad de convertir la música en números binarios, en 1992 fue lanzado por la misma SONY el Discman, con el que la tecnología utilizada fue modificada totalmente y la calidad del sonido dejaba atrás el uso del casete, con lo que abrió el camino para los discos compactos. Posteriormente, el Mp3 ingresó en el mercado, mostrando una mayor capacidad, además de un sistema novedoso en el que no solo no era necesario portar los casetes o discos compactos, sino que su tamaño y peso lo hacían muy difícil de superar. Todo lo anterior se convirtió en historia con la llegada al mercado del Ipad de Apple en 2001, el cual, sin duda, fue el primer paso para que hoy en día nuestros teléfonos celulares (*SmartPhones*) sean los dispositivos más usados como contenedores de música.

La historia de los reproductores de música personales se replica en muchos otros productos y servicios que han experimentado la fuerza de la innovación, entre los que se pueden contar los televisores; reproductores de video; la transmisión de voz en comunicaciones (donde la telefonía fija cada vez tiene una presencia menos representativa); los aparatos para procedimientos médicos; los medicamentos; etc. En todos estos casos es posible encontrar un común denominador representado en la creación en busca de la destrucción del *status quo*, en otras palabras, la “creación destructiva”.

Sin embargo, este no es el único concepto que compone las economías dinámicas. Existen otras características propias de este tipo de industrias que impiden la aplicación

19 HOVENKAMP, HERBERT. *Schumpeterian competition and antitrust*. Documento de Investigación de Estudios Legales n.º 08-43 (Iowa: University of Iowa - College of Law, 2008), 1-5.

20 Sony.net. *Chapter 6 - Just try it. Mr. Morita, I would like a Walkman!* Recuperado de [<https://www.sony.net/SonyInfo/CorporateInfo/History/SonyHistory/2-06.html>].

de los parámetros tradicionalmente utilizados en el análisis económico de los fenómenos que estudia el derecho de la competencia. Veamos:

(i) ALTAS INVERSIONES EN INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO

Las empresas que participan en este tipo de mercados tienen como eje de su actividad las inversiones en investigación y desarrollo. La carrera es por la totalidad del mercado, por lo que es fundamental para competir contar con la novedad, lo cual solo es posible a través de la investigación y el mejoramiento de los productos que se ofrecen. La innovación brinda la posibilidad de participar como único oferente y esa es la principal motivación para invertir en ella.

Lo anterior va aparejado con el hecho de que el líder en este tipo de mercados obtiene un alto porcentaje de ganancias de su actividad, ya que, por una parte, no tiene competencia frente a su producto y, por la otra, los costos marginales de producción son muy bajos.

(ii) BAJOS COSTOS MARGINALES

Al representar la innovación el objetivo de las empresas de tecnología, lograr introducir al mercado productos no comparables con los ya existentes es la meta constante en este tipo de mercados. Lo anterior se traduce en que los costos fijos representados en la investigación son bastante altos, mientras que, luego de desarrollado el producto, su producción normalmente se caracteriza por altas economías de escala que le permiten a la empresa una explotación rentable con costos marginales muy bajos, situación protegida por la exclusividad que brindan las patentes.

(iii) EXTERNALIDADES DE RED

Las externalidades de red en una industria aparecen cuando el valor de la red para un consumidor depende de manera importante, ya sea directa o indirectamente, del número de consumidores que la utilizan. Esto hace que las empresas con un mayor número de usuarios sean las más atractivas para los nuevos demandantes de un determinado servicio. Un ejemplo puede observarse en la prestación de servicios de comunicación móviles, donde entre más usuarios tenga un agente, seguramente puede posicionarse como la opción más atractiva para nuevos o potenciales usuarios del servicio²¹.

(iv) PRODUCTOS COMPLEMENTARIOS

Una de las principales características de las industrias que participan en la “competencia dinámica” es su estructuración sobre sistemas constituidos por productos complementarios. Un ejemplo, claro de esta situación, lo constituye la externalidad indirecta de red que se

21 WALDEN, IAN y JOHN ANGEL. *Telecommunications law and regulation*. Segunda Edición. (Reino Unido: Oxford University Press, 2005), 311.

genera en entre el sistema *Windows* de *Microsoft* y sus respectivas aplicaciones, donde en la medida en que existan más aplicaciones se incrementan las ventas del sistema, e igualmente, a mayores ventas de este más producción de sus aplicaciones se encontrarán en el mercado. Como se verá adelante, esta situación ha sido considerada por las autoridades de competencia como una barrera en el mercado que impide el ingreso de nuevos competidores y, por ende, obstruye el acceso a nuevas alternativas para los consumidores.

Uno de los conceptos más utilizados en la actualidad al hacer referencia a los mercados dinámicos, como son los de tecnología, es la “innovación disruptiva”. La OCDE consideró importante indagar en su esencia y, en virtud de ello, elaboró el documento “Innovación disruptiva y aplicación de las políticas de competencia”²², en el cual se cita el trabajo de Clayton Christensen, quien en su momento diferenció dos tipos de innovación tecnológica: innovación sostenida e innovación disruptiva. Mientras la primera marca un paso al mejorar alguna característica o elemento de la tecnología disponible, la segunda representa un salto sustancial tecnológico, un cambio en el paradigma como lo puede ser la digitalización en el ejemplo de los dispositivos de audio móviles arriba mencionado.

Según el autor citado, el despliegue de la innovación disruptiva igualmente tiene dos fases. En una primera fase, la innovación no tiene buenos resultados en algunas dimensiones importantes para los consumidores tradicionales; no obstante, se enfoca a través de mejores precios en obtener nuevos consumidores y crear un mercado totalmente nuevo. En la segunda fase, cuando la innovación está establecida en el nuevo mercado creado busca progresar rápidamente en la satisfacción de las necesidades no cubiertas de los consumidores tradicionales y, así, destronar a la empresa líder en el mercado.

Si bien la innovación disruptiva no es un fenómeno nuevo²³ y mantiene varias características de las economías dinámicas, como las externalidades de red o altos costos marginales, en los últimos años ha mostrado una tendencia hacia la no necesidad de contar con altos recursos para ingresar al mercado (barrera de entrada económica). De acuerdo con la tesis de Christensen, hoy es mucho más fácil y rápido ser un “disruptor” en el mercado que hace unos años.

El carácter democrático del acceso a la Internet es el factor que ha logrado dinamizar la innovación disruptiva, lo cual afecta en muchos casos los mercados tradicionales. Los ejemplos son múltiples y van desde la posibilidad de adquirir cualquier clase de productos (Amazon, Alibaba), hasta la obtención de contenido audiovisual (Netflix) o servicios de transporte (Uber) y hotelería (Airbnb).

El volumen y variedad de la información generada en este tipo de actividades y servicios no puede ser tratadas a través de los sistemas tradicionales de almacenamiento y análisis, por lo que se desarrolla el procesamiento masivo de datos o *big data*. La monetización de este

22 Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). *Disruptive innovation and competition policy enforcement*. Global Forum on Competition (París: OLIS, 2015), 2-3. Recuperado de [[http://www.ocde.org/oficialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF\(2015\)7&docLanguage=En](http://www.ocde.org/oficialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF(2015)7&docLanguage=En)].

23 Tal como lo señala la OCDE, existen múltiples ejemplos de disrupción en distintos mercados, como puede ser el automóvil en reemplazo de los carruajes, el telegrama en reemplazo del correo o el fonograma en reemplazo de las presentaciones en vivo.

tipo de datos se ha convertido en uno de los elementos competitivos y de posicionamiento más importantes para los actores que participan de la economía digital.

1.3. EL PROCESAMIENTO MASIVO DE DATOS COMO ELEMENTO DE COMPETENCIA

Hasta hace unos años, las autoridades de competencia y reguladores enfocaban sus esfuerzos hacia el análisis de mercados de productos y servicios intercambiables por dinero. Sin embargo, las innovaciones tecnológicas como el *big data* tienen características no tradicionales que llevan a que su monetización sea distinta tanto para los proveedores como para los consumidores.

De acuerdo con la OCDE pueden identificarse cuatro pasos o eslabones en la cadena de valor del *big data*: (i) recolección y acceso; (ii) almacenamiento y agregación; (iii) análisis y distribución; y (iv) utilización de los datos²⁴. De este ecosistema hacen parte actores como los *brokers* de datos, quienes tienen una función de intermediario entre los responsables de la recolección y tratamiento de datos o los proveedores de servicios de *cloud computing*, encargados del almacenamiento de la información.

Según los estimados, un promedio de 2.3 trillones de gigabytes de datos son recolectados y mezclados con otros datos e información cada día²⁵, y es dicha información la que se ha venido convirtiendo en la base de los servicios que se prestan en la actualidad. Para Neelie Kroes, vicepresidente de la Comisión Europea y encargado de la Agenda Digital, el *big data* no solo es un nuevo sector, sino una nueva clase de activo. Una que se asienta como un pilar de nuestra economía, como los recursos humanos o los capitales financieros”.

El *big data* se caracteriza por representar las que han sido denominadas las “4V”: volumen, variedad, velocidad y valor²⁶. Con esta mezcla, que ha cambiado la forma de interpretar los negocios en el mundo, es indiscutible que los regímenes de competencia deben tener una función de intervención o, como mínimo, de correcto entendimiento de este fenómeno. Como ya se ha mencionado, al presentarse este tipo de innovaciones es muy probable que surjan posibles fallas artificiales o naturales en los mercados, como las barreras de entrada o existencia competidores con poder absoluto sobre elementos esenciales para competir (entre otras). Por tanto, de manera independiente a la globalización, las nuevas estrategias de competir, la capilaridad en los servicios o la preferencia de los usuarios sobre agentes de la economía digital, debe preservarse el derecho colectivo a la libre competencia. Es decir, las nuevas formas de competir emanadas de la innovación tecnológica no deben afectar lo

24 Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). *Exploring the economics of personal data: a survey of methodologies for measuring monetary value*. OCDE Digital Economy Papers n.º 220 (París: OCDE Publishing, 2013), 10. Recuperado de [<http://www.ocde-ilibrary.org/docserver/download/5k486qtxldmq-en.pdf?expires=1483839093&id=id&acname=guest&checksum=9A9BCoFC1oD7399C1A62Co2BE32773AC>].

25 MAYER-SCHONBERGER, VIKTOR y KENNETH CUKIER. *Big data: a revolution that will transform how we live, work and think* (Londres: John Murray Publishers, 2013), 94-97.

26 Oficina Ejecutiva de la Presidencia de los Estados Unidos. *Big data: seizing opportunities, preserving values* (Washington: The White House, 2014). Recuperado de [https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/docs/big_data_privacy_report_may_1_2014.pdf].

que es un principio fundamental para los ciudadanos, como lo es que exista variedad de bienes y servicios a precios justos dentro de un mercado de condiciones equitativas para todos sus agentes (digitales o no digitales).

I.4. PAPEL QUE DESEMPEÑA EL DERECHO DE LA COMPETENCIA FRENTE AL *BIG DATA*

Ante la disrupción que ha generado en múltiples mercados la utilización del *big data*, han igualmente surgido inquietudes sustanciales, tanto en la academia como en el seno de las diversas autoridades mundiales, relacionadas con la función que debe cumplir el derecho de la competencia frente a este nuevo esquema. De manera general, se puede decir que las posiciones van encaminadas hacia dos grandes tendencias. Por una parte, están quienes consideran que debe haber una participación más activa de las agencias de competencia, acompañada de una aplicación efectiva de las normas. Por la otra, se encuentran los que piensan que la participación de este tipo de regímenes debe ser marginal en defensa de los efectos procompetitivos del *big data*. En opinión de estos últimos, se trata de un fenómeno que no se ha decantado aún y, por ende, una intervención podría significar su marchitamiento prematuro²⁷.

(i) POSICIONES A FAVOR DE INTERVENCIÓN ACTIVA O MAYOR PROTAGONISMO DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Puede afirmarse que buena parte de las aproximaciones que defienden una intervención del derecho de la competencia en el *big data*, o por lo menos una con mayor protagonismo, provienen de las mismas autoridades en la materia, quienes entienden la magnitud de la situación afrontada. Ya hace varios años, por ejemplo, la Autoridad de Competencia y Mercados del Reino Unido señaló lo siguiente:

El mercado o mercados en línea en rápida expansión [...] afectan cada vez más a todos los aspectos de los negocios. Asegurarse de que la competencia funciona de manera efectiva en estos mercados será una de las principales prioridades [...] la creciente recopilación, tratamiento y uso de datos de las transacciones de los consumidores con fines comerciales... está resultando ser una fuente de ventajas competitivas cada vez más importante (que podría convertirse en), una creciente fuente de perjuicios para el consumidor²⁸.

27 SOKOL, DANIEL y ROISIN COMERFORD. *Does antitrust have a role in regulating big data?* (Gainesville: University of Florida - Levin College of Law y George Washington University Law School Competition Law Center, 2016), 18. Recuperado de [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2723693].

28 Extraído del discurso de David Currie, presidente de la Autoridad de Mercados y Libre Competencia del Reino Unido (Competition and Markets Authority), en Beesley Lectures, de 7.11.2013, citado en Diario Oficial de la Unión Europea. *Resumen ejecutivo del dictamen preliminar del supervisor europeo de protección de datos sobre intimidad y competitividad en la era de la obtención de datos masivos* (Bruselas: Eur-Lex, 2014). Recuperado de [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52014XX0716\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52014XX0716(01))

Así mismo, el supervisor europeo de protección de datos, en su dictamen preliminar sobre intimidad y competitividad en la era de la obtención de datos masivos de 2014, consideró que:

En la economía digital, la información personal representa un activo intangible significativo en la creación de valor y una moneda de cambio de los servicios en línea. Esto tiene potencialmente implicaciones de gran alcance en la interpretación de los conceptos clave, entre los que se incluyen la transparencia, la posición dominante, el bienestar del consumidor y los perjuicios para el consumidor²⁹.

Más recientemente, la autoridad alemana de protección de la competencia (Bundeskartellamt) manifestó lo siguiente en la materia:

De cualquier forma, en la visión del Bundeskartellamt, modelos de servicios no pagos que son vistos como una característica de la economía digital y como tal un elemento de competencia en el mercado, deben ser generalmente tomados en cuenta. Si la competencia potencial de plataformas vecinas o mercados de redes se encuentran bajo consideración, debe ser examinado si el ingreso al mercado es efectivo³⁰.

Una aproximación más real del papel que desempeñan las autoridades de competencia frente a este tipo de economías es realizada por Stucke y Ezrachi³¹, quienes abordan el mercado de motores de búsqueda y cómo puede haber degradación de la calidad en dichas búsquedas con intenciones obstructivas o explotativas. Para ellos, cada vez es más importante mantener unas condiciones de competencia adecuadas, especialmente teniendo en cuenta el rápido crecimiento de ofertas de productos y servicios sin costo a cambio de los datos personales de los usuarios, los cuales son, por supuesto, monetizados.

El reciente documento “Competition law and data”, publicado en 2016 por el Bundeskartellamt de manera conjunta con la autoridad de competencia francesa (*Autorité de la Concurrence*), realiza un recorrido descriptivo sobre el *big data*, y clasifica en “estructurada” y “no estructurada” el tipo de información que transita en el mundo digital. Los datos estructurados son aquellos que son más fáciles de procesar y de utilizar con fines comerciales (por ejemplo, los datos personales de edad, teléfono, dirección, etc.), mientras que los no estructurados tienen una utilización más limitada y deben ser normalmente procesados por algoritmos recientes con el fin de que tengan valor comercial. Igualmente, tiene en cuenta cómo el análisis de competencia ha sido impactado por este fenómeno tanto en las integraciones empresariales como en las conductas de exclusión y discriminación propias de la función de investigación y sanción.

29 *Ibid.*

30 Think Tank Internet. *Working Paper - The Market Power of Platforms and Networks. Executive Summary*. BKartA, B6-113/15 (Alemania: Bundeskartellamt, 2016). Recuperado de [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Berichte/Think-Tank-Bericht-Zusammenfassung.pdf?__blob=publicationFile&v=4].

31 STUCKE, MAURICE y ARIEL EZRACHI. *When competition fails to optimize quality: a look at search engines*. Yale Journal of Law & Technology. Documento de investigación de Estudios Legales n.º 268 (Washington: University of Tennessee College of Law - The Konkurrenz Group, 2015). Recuperado de [https://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=].

Al referirse a la monetización de los datos personales no es posible dejar de un lado la reciente decisión del Gobierno de Estados Unidos de permitir a los proveedores de servicios de Internet (como Verizon, Comcast y AT&T) vender datos de sus usuarios, como los historiales de búsqueda o localización, sin autorización de los titulares de dicha información. Con la Ley promulgada³² se revocó la Ley de Seguridad en Internet expedida por el Gobierno del presidente Obama y se reconoce una vez más el alto valor económico que representan los datos personales de los ciudadanos para mercados como el publicitario.

(ii) POSICIONES EN CONTRA DE INTERVENCIÓN ACTIVA O MAYOR PROTAGONISMO DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Quienes, en opinión de este autor, han plasmado la no necesidad de intervención con mayor claridad han sido Ohlhausen y Okuliar³³. Según su posición, son varias las razones por las que, además de innecesaria, es riesgosa la aplicación del derecho de la competencia al *big data*. Su tesis se basa principalmente en que no hay evidencia desde el punto de vista económico y de competencia de un daño cierto o esperado (Teoría del daño³⁴) en la utilización del *big data*. Por el contrario, defienden la idea de múltiples eficiencias en su utilización y beneficios competitivos. Los autores además consideran que no es apropiado mezclar los regímenes de competencia y de protección al consumidor frente al procesamiento masivo de datos, ya que podría generarse confusión en los consumidores y, probablemente, afectar principios estructurales del régimen de competencia. Específicamente, en lo que se refiere a la aplicación de este último de manera independiente, consideran que puede haber un riesgo de incrementar la subjetivación del análisis y una posible amenaza de desincentivar la innovación para nuevos productos y servicios.

Los preceptos de Ohlhausen y Okuliar son compartidos por Andrés Lerner³⁵, quien asegura que no existe evidencia real alguna de la presencia de preocupaciones desde el punto de vista de competencia que pueda endilgarse al *big data*. Defiende los efectos pro-competitivos de recolección de los datos de los usuarios que, en su gran mayoría, implican la prestación de mejores servicios a menores precios o, incluso, de manera gratuita. Según Lerner, es dicha recolección de datos y la posibilidad de su monetización lo que incentiva a la innovación para nuevas opciones en el mercado.

Las anteriores posiciones son compartidas por Sokol y Comerford, quienes específicamente manifiestan que “hasta que las teorías del daño encajen en circunstancias específicas basadas en hechos y el daño económico con efectos negativos pueda ser mostrado, el caso

32 Esta Ley fue firmada por el presidente Donald Trump el 4 de abril de 2017.

33 OHLHAUSEN, MAUREEN y ALEXANDER OKULIAR. *Competition, consumer protection, and the right (approach) to privacy*. *Antitrust Law Journal* 80, n.º 1 (2015): 153-156. Recuperado de [https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/686541/ohlhausenokuliarlj.pdf].

34 Una teoría de daño es una hipótesis acerca de cómo puede surgir un daño a la competencia en un mercado en detrimento de los consumidores y en detrimento de los resultados eficientes e innovadores en dicho mercado. De esta manera, orienta la investigación para que se obtenga evidencia, empírica y material, de los efectos dañinos que pudiera traer la conducta.

35 LERNER, ANDRES V. *The Role of “Big Data” in Online Platform Competition* (Los Angeles: Compass Lexecon, 2014). Recuperado de [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2482780].

del *big data* como anticompetitivo será débil”³⁶. También, realizan una descripción de las eficiencias y beneficios que genera el *big data*, entre las que se encuentran las siguientes: (i) la monetización de los datos subsidia la prestación de servicios gratuitos; (ii) el mejoramiento de la calidad de servicios y productos y promoción de la innovación; (iii) bajas barreras de entrada; (iv) la ubicuidad de los datos y su facilidad de recolección; y (v) los datos no son exclusivos de un solo agente en el mercado.

I.5. CASOS DE COMPETENCIA RELACIONADOS CON *BIG DATA*

Si bien hasta el momento no se cuenta con un número significativo de casos prácticos en materia de protección de la competencia que hayan abordado asuntos relacionados con el *big data*, es posible hacer una relación de los más representativos, con el fin de tener una visión completa de la realidad actual. Es importante resaltar en este punto que la mayor actividad de autoridades de competencia se ha presentado en el análisis y aprobación de integraciones empresariales, y no en gran medida en investigaciones por conductas de prácticas comerciales restrictivas.

(i) INTEGRACIÓN ENTRE GOOGLE Y DOUBLECLICK (2007)

Esta operación, que representó en su momento 3.1 billones de dólares, fue autorizada por la Comisión Federal de Comercio (FTC, por sus siglas en inglés) de Estados Unidos luego de ocho meses de investigación. A pesar de las preocupaciones existentes en materia de privacidad y manejo de datos personales, la Comisión consideró que no había una afectación sustancial de la competencia, y que dichas preocupaciones no eran exclusivas de las intervinientes en la operación, sino de todo el mercado de la publicidad en la Internet. Sin embargo, la votación de los comisionados fue de 4-1, en la que Pamela Jones Harbour salvó su voto y se opuso a la decisión³⁷.

(ii) INTEGRACIÓN ENTRE FACEBOOK Y WHATSAPP (2014)

A pesar de la oposición que tuvo esta operación por parte de asociaciones de consumidores, basada en la monetización que Facebook lograría de los datos de los usuarios que usaban WhatsApp, la Comisión Federal de Comercio (FTC, por sus siglas en inglés) autorizó la integración en menos de tres meses. Con esta decisión se dio un mensaje claro de la posición de esta entidad frente a la no combinación de los regímenes de protección del consumidor y protección de la libre competencia en materia de *big data*. No obstante, la misma entidad, pero a través de otra de sus dependencias (la Oficina de Protección de los Consumidores), remitió una carta a las empresas intervinientes de la integración, en la que se les recordaba

36 SOKOL, D. DANIEL y ROISIN COMERFORD. *Ob. Cit.*, pp. 3-7.

37 Comisión Federal de Comercio (FTC). *Federal trade commission closes Google/DoubleClick investigation* (Washington: 2007). Recuperado de [<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2007/12/federal-trade-commission-closes-googledoubleclick-investigation>].

su obligación de continuar cumpliendo sus deberes bajo las leyes de protección de los datos personales y la privacidad. En dicho documento la FTC fue clara al afirmar lo siguiente:

Finalmente, si decide modificar la forma en que recolecta, usa y comparte datos recientemente recolectados por WhatsApp, recomendamos que ofrezca a los consumidores la oportunidad de optar por no aceptar esos cambios, o por lo menos, que les deje claro que tienen la oportunidad de dejar de usar el servicio de WhatsApp³⁸.

Esta misma integración empresarial fue abordada por la Comisión Europea, la cual autorizó su concreción sin condicionamientos. La Comisión reconoció que los efectos de red pueden, en algunas ocasiones, dar lugar a barreras de entrada en mercados de comunicaciones. Sin embargo, en la concentración bajo estudio no observó que tales barreras estuvieran presentes. Específicamente, concluyó la entidad que los consumidores tienen la oportunidad de utilizar simultáneamente varias aplicaciones, y que también pueden pasar de una a otra sin problema. En esta misma línea, consideró que en el mercado hay multiplicidad de agentes, incluyendo Google, Apple, Amazon, eBay, Yahoo, Twitter, entre otros³⁹.

En lo que respecta a esta integración, vale la pena mencionar que, a finales de 2016, la Comisión Europea acusó formalmente a Facebook por haber presuntamente entregado información incorrecta o engañosa durante el procedimiento de autorización de la operación de integración con WhatsApp en el 2014. De conformidad con la acusación realizada, Facebook habría afirmado en ese año que no existía la posibilidad ni se contaba con un mecanismo confiable para, de manera automática, realizar un pareo o engranaje entre las cuentas de los usuarios de ambas compañías. No obstante, en agosto de 2016, WhatsApp anunció la posibilidad de conectar los números de teléfono de los usuarios de dicha compañía con las identidades de los usuarios de Facebook.

(iii) INVESTIGACIÓN EN CONTRA DE CEGEDIM EN FRANCIA (2014)

La Autoridad de Competencia Francesa sancionó a la empresa Cegedim por la conducta anticompetitiva de discriminación como líder del mercado de información médica en Francia. El caso se basó en la negativa por parte de la empresa dominante de vender su base de datos principal (llamada OneKey) a un cliente que utilizaba el *software* de Euris, una compañía competidora de Cegedim en el mercado conexo de manejo de relaciones con consumidores⁴⁰.

38 RICH, JESSICA L. *Letter From Jessica L. Rich, Director of the Federal Trade Commission Bureau of Consumer Protection, to Erin Egan, Chief Privacy Officer, Facebook, and to Anne Hoge, General Counsel, WhatsApp Inc.* (Washington: Federal Trade Commission, 2014). Recuperado de [<https://www.ftc.gov/public-statements/2014/04/letter-jessica-l-rich-director-federal-trade-commission-bureau-consumer>].

39 Comisión Europea. *Mergers: Commission approves acquisition of WhatsApp by Facebook* (Bruselas: Comisión Europea, 2014). Recuperado de [http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1088_en.pdf].

40 Bundeskartellamt y Autorité de la Concurrence. *Competition law and data* (Alemania: 2016). Recuperado de [http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?__blob=publicationFile&v=2].

(iv) INVESTIGACIÓN EN CONTRA DE FACEBOOK
EN ALEMANIA (2016)

El Bundeskartellamt abrió investigación en contra de Facebook Inc., USA y sus subsidiarias en Alemania y Francia, basada en que, probablemente, a través de sus políticas de tratamiento de datos personales ha abusado de su posición dominante en el mercado. De acuerdo con la agencia alemana, si bien ya hay investigaciones por las posibles infracciones a las normas sobre privacidad, no todas las posibles conductas ilegales de un dominante deben llamar la atención de las autoridades de competencia. Sin embargo, en el caso particular los términos y condiciones ilegales representarían una imposición abusiva de condiciones injustas a los usuarios para quienes es complicado entender y valorar su alcance.

Para esta autoridad, de manera preliminar, Facebook ejerce una posición dominante en el mercado individual de redes sociales, recolecta los datos personales de sus usuarios a través de diferentes fuentes y ofrece a sus clientes de publicidad (anunciantes) la posibilidad de direccionar de manera precisa sus mensajes, basados en la información personal con que cuenta. De acuerdo con lo anunciado, se indagará: (i) qué tan claramente son informados los usuarios de esta red sobre lo que se hace con sus datos; (ii) si los procedimientos aplicados por Facebook se encuentran acorde con los lineamientos sobre protección de datos y privacidad, y (iii) la relación existente entre dichos procedimientos probablemente ilegales y una conducta de abuso de posición dominante⁴¹.

Como puede extraerse de lo hasta ahora expuesto, no existe una línea clara marcada, ni por la doctrina ni por las autoridades correspondientes, sobre el tratamiento del *big data* desde el punto de vista del régimen de protección a la competencia. Se trata de un fenómeno que hasta ahora no ha florecido en su total extensión, y que probablemente tenga muchos más efectos que analizar en la medida en que tecnológicamente evolucione (por ejemplo, hacia el Internet de las cosas, que permite la interacción entre los dispositivos encargados de almacenar los datos, como los carros inteligentes).

Sin embargo, a pesar de su carácter dinámico y de sus múltiples beneficios y eficiencias ya anotadas, las autoridades de competencia no pueden mantener una posición pasiva y reactiva frente a su tratamiento. Los datos personales son un activo valioso y, como tal, generan riqueza a ciertos agentes que logran recolectarlos y tratarlos de manera masiva con fines lucrativos. Nos enfrentamos a un cambio de paradigmas en la forma en que se ofrecen los servicios y productos, mas no a un cambio de los principios y estructuras legales y económicas que representan los regímenes de libre competencia. Por tal motivo, la presencia de nuevas formas de hacer negocios a través de tecnologías cada vez más avanzadas no implica la existencia de un mundo inexplorado al cual no pueda accederse para proteger tanto a los consumidores como a los competidores. No es necesario crear nuevas reglas de competencia o conductas diseñadas a la medida de este tipo de mercados, sino aplicar, con la correcta interpretación y entendimiento de dichas innovaciones, los esquemas ya existentes.

⁴¹ Bundeskartellamt. *Bundeskartellamt initiates proceeding against Facebook on suspicion of having abused its market power by infringing data protection rules* (Alemania: 2016). Recuperado de [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/02_03_2016_Facebook.html].

Como se puede observar, Alemania se ha convertido en uno de los países más innovadores en la materia. Recientemente su parlamento aprobó una reforma, cuyo objeto fue adaptar el Régimen de Competencia a la era digital. Específicamente, se busca que tanto las investigaciones por prácticas comerciales restrictivas como el control *ex ante* de integraciones, tengan un enfoque ya no basado únicamente en ingresos, sino en otro tipo de activos o valores no representados en el cobro directo a consumidores propio de las plataformas en línea u otros servicios digitales.

De acuerdo con esta nueva visión, existen mercados relevantes susceptibles de aplicación del régimen incluso cuando el producto o el servicio son gratuitos. Por tanto, el poder de mercado en dichos mercados puede ser definido y analizado tanto en investigaciones por cartelización o abuso de posición dominante, como en el análisis de integraciones empresariales. Dentro del mencionado análisis se adicionan junto a las tradicionales barreras de entrada o participaciones del mercado, otro tipo de elementos como los efectos de red directos e indirectos; economías de escala emanadas de estos efectos; conexión múltiple a proveedores de red; acceso a datos relevantes para competir y competencia a través de innovación.

2. LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES EN LA ERA DE LA ECONOMÍA DIGITAL

Luego de la aproximación realizada respecto de la aplicación del derecho de la competencia en los mercados que hacen parte de la economía digital y, especialmente, de entender que los datos personales son un activo muy valioso en este tipo de mercados, es necesario realizar una aproximación al régimen de protección de datos desde sus mismos orígenes, con el fin de encontrar no solo los puntos de conexión con la protección de la libre competencia, sino la forma en que se ha analizado la reutilización masiva de datos *big data*.

2.1. ORIGEN Y DESARROLLO DE LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

Las raíces de la protección de datos se encuentran en Europa en los setenta, junto con la consolidación de la informática como herramienta de gestión, la cual solo estaba disponible para los Estados y grandes corporaciones. España⁴² y Portugal⁴³ lideran la preocupación sobre la utilización y el manejo de los datos de los ciudadanos. Esta tendencia es recogida por el Consejo de Europa, que expidió diversas resoluciones relacionadas con la protección de datos en los sectores público y privado⁴⁴.

A partir de estos primeros avances se inició una aproximación de los Estados miembros, específicamente sobre dos elementos: (i) la existencia de autoridades que velaran por la protección de los derechos de los ciudadanos en este tema y (ii) la extensión de la aplicación

⁴² Artículo 18.4 de la Constitución Española (1978).

⁴³ Artículo 35 de la Constitución Portuguesa (1976).

⁴⁴ Resolución n.º 509 del Consejo de Europa sobre Los Derechos Humanos de 1968 y Resoluciones 73 y 74 del Comité de Ministros.

de leyes de protección de datos tanto al sector público como al privado. Igualmente, las normas del Consejo de Europa dieron camino al Convenio del Consejo de Europa de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (Convenio n.º 108), en el que se definió el contexto de protección de los datos personales respecto a las tecnologías de la información y las comunicaciones. Como objeto y finalidad del Convenio 108, se estableció:

El fin del presente Convenio es garantizar, en el territorio de cada Parte, a cualquier persona física sean cuales fueren su nacionalidad o su residencia, el respeto de sus derechos y libertades fundamentales, concretamente su derecho a la vida privada, con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal correspondientes a dicha persona ('protección de datos').

El convenio está compuesto por tres partes claramente diferenciadas: (i) las disposiciones de derecho sustantivo en forma de principios básicos; (ii) las reglas especiales referentes a los flujos internacionales de datos; y (iii) los mecanismos de auxilio mutuo y consulta de las partes. Así mismo, establece un modelo de regulación basado en unos principios básicos que deben regir el tratamiento de datos personales, como son la calidad (este incluye legitimación y legalidad del tratamiento, adecuación y veracidad de los datos, uso limitado a la finalidad y proporcionalidad de los tratamientos) y la seguridad.

Adicionalmente, incluye definiciones fundamentales para este tipo de regímenes, entre las que sobresale la de "datos de carácter personal", entendidos como cualquier información relativa a una persona física identificada o identificable.

Los principios planteados en el Convenio n.º 108 han venido siendo materializados en el ámbito europeo a través de varias directivas. La primera de ellas fue la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en julio de 1995, en la que se hizo referencia especialmente a la tutela de la intimidad y de los demás derechos fundamentales y la garantía del flujo de datos entre los Estados miembros, en busca de unificación en lo que respecta al tratamiento de datos personales. Como eje fundamental de esta directiva se encuentra el concepto de "consentimiento", que es la formalización de la garantía de autodeterminación individual en cabeza del titular de los datos para que estos sean recolectados y tratados siempre con su aprobación. En el siguiente cuadro se encuentran las directivas subsiguientes que hicieron modificaciones a la Directiva 95/46/CE y se describe, de manera general, a qué se refirieron.

TABLA I. RELACIÓN DE DIRECTIVAS QUE MODIFICARON LA DIRECTIVA 95/46/CE

Directiva	Enfoque
97/66/CE	Relacionada con el tratamiento de los datos personales en el sector de las telecomunicaciones, especialmente en las redes digitales. Complementa la Directiva 95/46/CE en lo que afecta a la tutela de la intimidad y a la regulación del tratamiento de datos personales en el ámbito de las comunicaciones.
2002/58/CE	Se refiere al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas. Busca cobijar Internet y los servicios asociados a la digitalización. Hace referencia a los datos recolectados a través de los dispositivos móviles (geolocalización). Establece que los datos de tráfico en las comunicaciones pertenecen a la vida privada de los usuarios, están protegidos por el secreto de las comunicaciones y solo pueden utilizarse para facturación o servicio técnico*.

Directiva	Enfoque
2000/31/CE	Regula el uso de datos personales para el envío de correo comercial, y le deja a los Estados la libertad de elegir entre el empleo de sistemas que requieren el consentimiento expreso para recibir información o la solicitud de ser incluidos en listas de exclusión.
2006/24/CE	Establece la obligación de conservar datos de tráfico y localización para ponerlos a disposición de las autoridades competentes en busca de combatir delitos graves**.
2009/136/CE	Tiene una aproximación a la seguridad de los datos en el sector de las telecomunicaciones y a las brechas de esta. Específicamente, dispone la necesidad de informarle a los abonados de cualquier afectación a la seguridad, cuando con esta se perturbe la intimidad o los datos personales del usuario. Regula además los dispositivos como las <i>cookies</i> que se instalan en los computadores de los usuarios.

* Esta directiva tuvo el acierto de interpretar bien el tiempo en que se expidió. En ella se incluyó la posibilidad de otorgar consentimiento en un entorno web, así como la posibilidad de rechazar mensajes comerciales no solicitados. También se incluyeron los “SMS” (*short message service*).

** Esta directiva fue declarada nula por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en 2014.

El desarrollo obtenido logró consolidar en Europa la protección de datos personales como la garantía de protección a un derecho fundamental de los ciudadanos. Además, esta evolución fue tomada como ejemplo por otros países que, como Colombia⁴⁵, incluyeron en sus legislaciones internas disposiciones relacionadas con este derecho.

No obstante, la evolución de las tecnologías de la información viene definiendo día a día nuevos retos basados en las características especiales con las que se recolectan y tratan los datos personales, entre los cuales se encuentran: (i) la existencia de un escenario global basado en transacciones transnacionales; (ii) las redes sociales; (iii) la penetración de los dispositivos móviles inteligentes; (iv) la presencia del *big data* y el Internet de las cosas.

Teniendo en cuenta los aspectos anotados y muchos otros relacionados con el tema, en abril de 2016 fue expedido el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo (en adelante “el Reglamento”), 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 con el que se deroga la Directiva 95/46/CE (reglamento general de protección de datos). En sus considerandos y respecto a los retos anotados, este documento dispone:

La rápida evolución tecnológica y la globalización han planteado nuevos retos para la protección de los datos personales. La magnitud de la recogida y del intercambio de datos personales ha aumentado de manera significativa. La tecnología permite que tanto las empresas privadas como las autoridades públicas utilicen datos personales en una escala sin precedentes a la hora de realizar sus actividades. Las personas físicas difunden un volumen cada vez mayor de información personal a escala mundial. La tecnología ha transformado tanto la economía como la vida social, y ha de facilitar aún más la libre circulación de datos personales dentro de la Unión y la transferencia a terceros países y organizaciones internacionales, garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de los datos personales.

El Reglamento se distingue de las directivas en que es de aplicación en toda Europa sin requerir incorporación individual en cada país, siendo aplicable a partir del 25 de mayo de

45 En Colombia, el Régimen General de Protección de Datos fue incluido al mundo jurídico a través de la Ley 1581 de 2012.

2018. Busca proteger los derechos y las libertades fundamentales de las personas físicas y, en particular, su derecho a la protección de los datos personales, ya sean tratados por entidades privadas o públicas. Además de reconocer los derechos tradicionales de acceso, rectificación cancelación y oposición, introduce dos nuevos derechos, como son el “derecho al olvido”, relativo a la posibilidad efectiva de supresión de datos en la Internet, y el derecho a la portabilidad de datos, de gran importancia en el reconocimiento de los datos personales como activos de las entidades que los recolectan. Sobre este último, y bajo el entendido de que tiene importante relevancia para el presente escrito, es conveniente citar la visión que plantea el Reglamento:

El interesado tendrá derecho a recibir los datos personales que le incumban, que haya facilitado a un responsable del tratamiento, en un formato estructurado, de uso común y lectura mecánica, y a transmitirlos a otro responsable del tratamiento sin que lo impida el responsable al que se los hubiera facilitado.

La portabilidad de datos es un elemento fundamental para incentivar la competencia en ciertos mercados, especialmente en los que existen agentes con posición dominante que pueden tener el incentivo de impedir dicha portación para mantener la estructura del mercado⁴⁶. El impacto de la portabilidad de datos podría verse muy pronto en mercados como el de las redes sociales o economías colaborativas, ya que al ejercer este derecho el interesado podrá solicitar “que los datos personales se transmitan directamente de responsable a responsable cuando sea técnicamente posible”⁴⁷.

Además de lo anterior, con esta norma se busca fortalecer la aplicación del régimen al incluir en su ámbito a las entidades que, a pesar de no encontrarse ubicadas físicamente en territorio europeo, realizan actividades de tratamiento de datos al interior de la Unión Europea. Igualmente, se crea la obligación de designar en ciertos casos a un delegado de protección de datos (DPO) para garantizar el cumplimiento de las disposiciones previstas en el régimen. El DPO deberá ser designado en atención a sus cualidades profesionales y conocimientos normativos y prácticos especializados, debidamente acreditados.

En materia sancionatoria, la novedad la constituye el incremento sustancial en el monto de las sanciones que pueden imponerse por infracciones a la normativa sobre protección de datos, las cuales podrán alcanzar los veinte millones de Euros o el 4% del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior, optándose por la de mayor cuantía.

Por último, sobresale la inclusión del concepto de “interés legítimo”, según el cual es posible la reutilización de datos personales sin consentimiento del titular cuando exista una base jurídica distinta a la de la recolección y que propenda por el bien público, como, por ejemplo, con fines de investigación científica e histórica o fines estadísticos⁴⁸. El “interés

46 En Colombia, la empresa COMCEL fue sancionada en el 2013 por abuso de posición dominante en el mercado de voz saliente móvil, por estructurar y aplicar estrategias dirigidas a impedir la portación de usuarios utilizando su mismo número celular. Ver Resolución n.º 53403 del 3 de septiembre de 2013, confirmada por la Resolución n.º 66934 del 19 de noviembre del mismo año. Ambas fueron proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio.

47 Artículo 20 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo.

48 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, 9.

legítimo” cobra gran importancia para la reutilización masiva de datos *big data* y será el eje de las discusiones por parte de los responsables⁴⁹ de la información para demostrar el tratamiento⁵⁰ que hacen de los datos personales recolectados.

Luego de realizar un recorrido sobre el origen y desarrollo reciente del derecho de protección de datos europeo, es necesario entender cuáles son los principios que este régimen defiende con el fin de evaluar la forma en que interactúan con el derecho de la competencia.

2.2. PRINCIPIOS ORIENTADORES DE LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

De conformidad con lo plasmado en el artículo 5 del Reglamento, los datos personales deben ser:

- a) tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado (‘licitud, lealtad y transparencia’);
- b) recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines; de acuerdo con el artículo 89, apartado 1, el tratamiento ulterior de los datos personales con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica e histórica o fines estadísticos no se considerará incompatible con los fines iniciales (‘limitación de la finalidad’);
- c) adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados (‘minimización de datos’);
- d) exactos y, si fuera necesario, actualizados; se adoptarán todas las medidas razonables para que se supriman o rectifiquen sin dilación los datos personales que sean inexactos con respecto a los fines para los que se tratan (‘exactitud’);
- e) mantenidos de forma que se permita la identificación de los interesados durante no más tiempo del necesario para los fines del tratamiento de los datos personales; los datos personales podrán conservarse durante períodos más largos siempre que se traten exclusivamente con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el artículo 89, apartado 1, sin perjuicio de la aplicación de las medidas técnicas y organizativas apropiadas que impone el presente Reglamento a fin de proteger los derechos y libertades del interesado (‘limitación del plazo de conservación’);
- f) tratados de tal manera que se garantice una seguridad adecuada de los datos personales, incluida la protección contra el tratamiento no autorizado o ilícito y contra su pérdida, destrucción o daño accidental, mediante la aplicación de medidas técnicas u organizativas apropiadas (‘integridad y confidencialidad’).

49 De acuerdo con el literal e) del artículo 3 de la Ley 1581 de 2012, es responsable del tratamiento toda “[p]ersona natural o jurídica, pública o privada, que por sí misma o en asocio con otros, decida sobre la base de datos y/o el tratamiento de datos”.

50 De acuerdo con el literal g) del artículo 3 de la Ley 1581 de 2012, se entiende por tratamiento “[c]ualquier operación o conjunto de operaciones sobre datos personales, tales como la recolección, almacenamiento, uso, circulación o supresión”.

Los principios anotados se replican en la legislación colombiana de una manera más fraccionada. El artículo 4 de la Ley 1581 de 2012, se refiere a los principios de legalidad en materia de tratamiento de datos; finalidad; libertad; veracidad o calidad; transparencia; acceso y circulación restringida; seguridad y confidencialidad. A continuación, una breve descripción de cada uno de ellos.

(i) PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA DE TRATAMIENTO DE DATOS

De conformidad con la norma, el tratamiento de datos es una actividad reglada que debe obedecer lo dispuesto en la ley y en las reglamentaciones correspondientes. A pesar de la simpleza de este principio, su significado es mayúsculo, ya que en la vida práctica y desde un punto de vista histórico, la recolección y tratamiento de datos se ha visto como una actividad no solo común sino casi que inofensiva, cuando en realidad los responsables del tratamiento y, por supuesto, los ciudadanos, tienen la responsabilidad de conocer y entender que existen unas normas que marcan los límites en procura de los derechos individuales constitucionales de estos últimos.

(ii) PRINCIPIO DE FINALIDAD

Este principio representa uno de los ejes principales de la protección de datos personales. Consistente en la delimitación que al momento del suministro de la información debe existir respecto al uso que se le va a dar. En otras palabras, se concreta en el deber del responsable de informar en forma clara, suficiente y previa a la recolección para qué se realiza y qué se va a hacer con los datos. Una vez que se obtengan los datos, según este principio, no podrán ser utilizados con fines diferentes a los que motivaron la recolección.

Se encuentra íntimamente conectado con el principio de utilidad, hasta el punto de que el cumplimiento del segundo implica necesariamente el respeto al primero, ya que los datos han de ser adecuados para una finalidad concreta. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que tanto el acopio como el procesamiento y la divulgación de datos personales “debe cumplir una función determinada, como expresión del ejercicio legítimo del derecho a la administración de los mismos; por ello, está prohibida la divulgación de datos que, al carecer de función, no obedezca a una utilidad clara o determinable”⁵¹.

(iii) PRINCIPIO DE LIBERTAD

La libertad está directamente relacionada con el consentimiento de los titulares para el tratamiento de sus datos, donde sin la obtención del primero no es posible proceder con el segundo. El consentimiento se entiende como la manifestación de voluntad del titular de los datos para su tratamiento por parte del responsable, la cual debe ser libre (ausencia

51 Corte Constitucional de Colombia (5 de septiembre de 2002). Sentencia T-729/02, Expediente T-467467. M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

de coacción), inequívoca (que no dé lugar a interpretaciones), específica (no genérica) e informada (conocimiento previo de las condiciones en la que se manifiesta la voluntad).

Para que la autorización o consentimiento para un determinado tratamiento tenga validez, es crucial el cumplimiento del principio de finalidad y debe haber además una disposición total y detallada de la información necesaria para la toma de decisión por parte de los titulares de los datos. De no cumplirse con este deber, el consentimiento otorgado resultaría viciado y no sería válido.

(iv) VERACIDAD O CALIDAD

Los datos personales recolectados deben estar actualizados y reflejar con veracidad la realidad de la información. Por tanto, cualquier inexactitud frente a esta debe entenderse como una infracción al régimen. Además, durante el tiempo que se almacene y utilice la información, el responsable no debe utilizar los datos recolectados más allá de lo necesario para el cumplimiento de los fines que justificaron su tratamiento. Cuando se cumpla íntegramente la finalidad para la cual se proporcionaron los datos, el tratamiento deja de ser necesario.

(v) PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA

En el tratamiento debe garantizarse el derecho del titular a obtener del responsable del tratamiento o del encargado del tratamiento, en cualquier momento y sin restricciones, información acerca de la existencia de datos que le conciernan.

(vi) PRINCIPIO DE ACCESO Y CIRCULACIÓN RESTRINGIDA

El tratamiento solo podrá hacerse por personas autorizadas por el titular y por las personas previstas en la ley. Los datos personales, salvo la información pública, no podrán estar disponibles en Internet u otros medios de divulgación o comunicación masiva, salvo que el acceso sea técnicamente controlable para brindar un conocimiento restringido solo a los titulares o terceros autorizados conforme a la ley.

(vii) PRINCIPIO DE SEGURIDAD Y CONFIDENCIALIDAD

La seguridad de los datos personales se concreta en la obligación del responsable o encargado del tratamiento de adoptar medidas de índole técnico para proteger la integralidad, confidencialidad y disponibilidad de la información. Las medidas de seguridad se establecen teniendo en cuenta la naturaleza de los datos, las finalidades para las que son tratados y el estado de la tecnología. Adicionalmente, deben garantizar el control sobre los diferentes entornos en los que se encuentre la información y deben formar parte del ciclo de vida de los sistemas de información.

2.3. LOS RETOS DE LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES FRENTE AL *BIG DATA*

El régimen de protección de datos personales tiene innumerables retos frente a la utilización del *big data* en la economía digital. No obstante, su enfoque no está en lograr el correcto funcionamiento del mercado o evaluar las consecuencias que una conducta anticompetitiva de un agente que recolecta y trata datos puede conllevar en un determinado sector, sino que se dirige a preservar un derecho individual, en muchos casos, de rango constitucional. Luego de haber descrito el origen, desarrollo y principios que enmarcan este régimen, debe analizarse cuáles son los desafíos que afronta ante la existencia del procesamiento masivo de datos.

Puede afirmarse que las principales preocupaciones existentes en la materia tienen que ver con la forma como el *big data* encaja dentro del cabal cumplimiento de los principios de la protección de datos ya descritos. Por tratarse de una reutilización de los datos recolectados inicialmente, la primera inquietud sustancial es: ¿qué ocurre con el principio de finalidad, según el cual, se entregan los datos personales para una utilización específica informada de manera inequívoca, libre, específica y previa a los titulares de dichos datos?

Efectivamente, el mencionado principio es respetado cuando el análisis predictivo del dato se asegura que es compatible con la finalidad original, cumpliendo así con una expectativa razonable del titular del dato, que surge de un análisis caso por caso. El *big data* tiene como naturaleza la reutilización para usos futuros y, en algunos casos inciertos, esto sitúa a las autoridades de protección de datos en un escenario de difícil control.

La aproximación realizada hasta el momento ante esta problemática ha sido el reconocimiento del “interés legítimo” del que ya se ha hecho referencia en este artículo. De acuerdo con Slaughter y May:

El procesamiento de datos personales será justo y legal cuando es necesario para los intereses legítimos de la organización (responsable de los datos) o de terceras partes a quienes los datos se hayan revelado bajo el entendido que dichos intereses no sean contrarios a los intereses o derechos fundamentales de los individuos sobre los que los datos han sido procesados⁵².

Al respecto, el grupo de trabajo del artículo 29 ha aceptado que la noción de “interés legítimo” puede incluir una amplia gama de intereses, en tanto que se cumpla con los siguientes requisitos: (i) ser lícito; (ii) estar articulado con la claridad suficiente para permitir que la prueba dé balance entre los intereses y los derechos fundamentales del interesado (es decir, suficientemente específico) y; (iii) representar un interés real y actual (es decir, no especulativo)⁵³. Del mismo modo, el GT29 elaboró la siguiente lista no exhaustiva de algunos de los contextos más comunes en los que puede surgir la cuestión “interés legítimo”:

52 Slaughter and May. *When is processing personal data in your legitimate interest?* (2014), 1. Recuperado de [https://www.slaughterandmay.com/media/2162779/when-is-processing-personal-data-in-your-legitimate-interests.pdf [Fecha de consulta: 7 de enero de 2017].

53 Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del artículo 29. *Dictamen 06/2014 sobre el concepto de interés legítimo del responsable del tratamiento de los datos en virtud del artículo 7 de la Directiva 95/46/CE* (Bruselas:

- el ejercicio del derecho de libertad de expresión o información, incluidas las situaciones en las que se ejerza dicho derecho en los medios de comunicación y en las artes;
- la prospección convencional y otras formas de comercialización o publicidad;
- los mensajes no comerciales que no hayan sido solicitados, incluidos los pertenecientes a campañas políticas o de recaudación de fondos para organizaciones caritativas;
- la ejecución de derechos reconocidos en procedimientos judiciales, incluido el cobro de deudas mediante procedimientos extrajudiciales;
- la prevención del fraude, el uso indebido de servicios o el blanqueo de dinero;
- la supervisión de los empleados con fines de seguridad o de gestión;
- los regímenes internos de denuncia de irregularidades;
- la seguridad física, la tecnología de la información y la seguridad en la red;
- el tratamiento con fines históricos, científicos o estadísticos;
- el tratamiento con fines de investigación (incluida la investigación de mercado).⁵⁴

Si bien la existencia de esta figura puede contribuir a superar las inquietudes que plantea el *big data* en lo relacionado con el principio de finalidad, en la práctica su aplicación es complicada y, de no tener un buen manejo y control, puede desembocar en un detrimento de los derechos de los titulares de los datos.

Otro de los principios que generan preocupación en las diversas agencias de protección de datos es el de la transparencia, el cual se materializa en la posibilidad del titular para acceder a la información sobre cómo es tratado su dato personal (manipulación, finalidad, eventual distribución), así la de corregir y excluir los datos. Su cumplimiento es muy difícil en el tratamiento masivo de datos y, en teoría, el titular debe renunciar a este, ya que la trazabilidad y control sobre los datos se diluye. Probablemente, la forma de abordar esta situación es la exigencia de medidas de anonimización idóneas para que, a pesar de la reutilización sistemática de los datos, pueda haber una protección mínima de estos.

Es en este punto donde el principio de seguridad cobra gran importancia. Es claro que el uso de más capas de infraestructura para procesar el *big data* conlleva mayores riesgos, así como una nueva infraestructura para manipular el flujo de datos. El riesgo es mayor cuanto más grandes son los flujos de datos almacenados.

Además de lo anterior, la protección de datos personales debe afrontar el que puede ser el reto más importante de todos: su consolidación y reconocimiento global. Debido al flujo de datos que se genera en la actualidad y al carácter de ubicuidad del *big data*, no es posible tener un debido control sobre el comportamiento de los agentes que lo utilizan si

Comisión Europea, 2014), 28-40. Recuperado de [http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_es.pdf]

54 *Ibid.*

no existe una política común de los países para buscar dicho objetivo. Es poco útil que haya un esquema de seguimiento riguroso y una legislación completa en una región del mundo, cuando en otra no existe el mismo nivel de exigencia.

Sobre este tema, es conveniente hacer mención al llamado “*Privacy Shield* (escudo de privacidad), nuevo tratado alcanzado por la Unión Europea y Estados Unidos en materia de transferencias trasatlánticas de datos e información personal de los ciudadanos. Se trata de un marco legal con el que se pretende dotar de garantías a los usuarios en el uso de herramientas y servicios de internet. Con él se sustituye al *Safe Harbo*” (puerto seguro), que quedó invalidado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en 2015⁵⁵. Las novedades más importantes del escudo de privacidad son las siguientes⁵⁶:

- Es voluntario para las empresas estadounidenses el acogerse a dicho acuerdo, pero les será necesario si quieren trabajar con empresas y particulares de la eurozona.
- Una vez acogidos al acuerdo, es obligatorio para las empresas adheridas.
- Las empresas adheridas cumplirán con la normativa europea en materia de protección de datos y el Departamento de Comercio de Estados Unidos revisará que la cumplan.
- Estados Unidos renuncia a la vigilancia masiva de los datos transferidos desde Europa a dicho país. Por ello, solo podrán utilizarse en condiciones específicas predeterminadas y tienen que ser lo más concreta y precisa posible.
- Cualquier ciudadano que considere que sus datos han sido mal utilizados conforme a este acuerdo podrá acudir a cualquiera de los mecanismos de resolución de conflictos recogidos en este.
- El acuerdo se revisará anualmente para ver posibles conflictos, problemáticas surgidas, etc.

Las expectativas sobre el cumplimiento de este acuerdo son mayúsculas, toda vez que una buena parte de las empresas dedicadas a la recolección y tratamiento de datos personales es de origen estadounidense.

Finalmente, además del reconocimiento global de las normas sobre protección de datos personales, es fundamental que las facultades sancionatorias sean fortalecidas con el fin de lograr un efecto disuasorio. Como ya se mencionó, el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo incrementó el monto de las sanciones que pueden imponerse por infracciones a la normativa sobre protección de datos, las cuales podrán alcanzar los veinte millones de euros o el 4% del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior, optándose por la de mayor cuantía.

Todas estas medidas han creado, por lo menos en Europa, un marco adecuado para proteger los datos personales de sus ciudadanos y, sin duda, serán un referente para países

55 Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *El Tribunal de Justicia declara inválida la decisión de la Comisión que declaró que Estados Unidos garantiza un nivel de protección adecuado de los datos personales transferidos*. Comunicado de prensa n.º 117/15 - Sentencia en el asunto C-362/14 (Luxemburgo: CVRIA Prensa e Información, 2014). Recuperado de [<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-10/cp150117es.pdf>].

56 Comunidad Europea. *The EU-U.S. privacy shield* (Bruselas: 2016). Recuperado de [http://ec.europa.eu/justice/data-protection/international-transfers/eu-us-privacy-shield/index_en.htm].

que, como Colombia, ya cuentan con un régimen consolidado, pero que debe ser modificado en aras de tener más y mejores herramientas para salvaguardar este importante derecho constitucional.

3. LA INTERACCIÓN ENTRE LOS REGÍMENES DE LIBRE COMPETENCIA Y PROTECCIÓN DE DATOS FRENTE AL *BIG DATA*

Al recorrer las características principales de los regímenes de protección de la competencia y protección de datos, así como la forma que cada uno de ellos ha abordado el fenómeno de la reutilización masiva de datos *big data*, es casi que obvio preguntarse si puede presentarse una aplicación simultánea de estos o si, por el contrario, se trata de regímenes complementarios que no interfieren entre sí. Estos cuestionamientos son los que en la actualidad están afrontando las agencias encargadas del cumplimiento de ambos regímenes y que hasta el momento no han encontrado respuestas definitivas.

Para evaluar este tema, el primer punto que debe abordarse se relaciona con los propósitos perseguidos en cada caso. En lo que respecta a la protección de la competencia, un primer objetivo es garantizar la existencia de mercados en los que las condiciones de ingreso y permanencia sean justas y equitativas, lo cual tiene como consecuencia el cumplimiento de su segundo objetivo principal, representado en el bienestar de los consumidores (interés público). Por su parte, la protección de datos personales busca que todas aquellas personas (ya sean naturales o jurídicas) que recolectan y tratan datos personales de los ciudadanos respeten diversos principios y obligaciones dirigidos a salvaguardar tal información y a otorgarle a los titulares de esta, la posibilidad de controlar el uso que se le da. Si bien la protección de datos puede cubrir a una multiplicidad de ciudadanos, su esencia es la de ser un derecho de carácter individual. En otras palabras, puede buscarse el cumplimiento de las normas frente a un caso particular de un solo usuario. Esto difiere del derecho de la competencia, en el que se propende por el bien común representado en el ya mencionado bienestar de los consumidores.

Otra de las diferencias importantes es su ámbito subjetivo de aplicación. Mientras en la protección de datos, el sujeto sobre el cual recaen obligaciones particulares y posibles sanciones debe cumplir con una característica especial (ser un responsable o encargado del tratamiento de datos personales), en materia de protección de la competencia, la norma es aplicable a cualquier agente del mercado que pueda afectar su correcto funcionamiento de manera artificial o ilegítima. No obstante, vale mencionar que en lo que respecta a las conductas constitutivas de abuso de posición dominante, el sujeto activo debe ser un agente que ostente dicha posición, para lo que es necesario un estudio sobre el mercado relevante y la demostración de la dominancia.

A pesar de lo anterior, es claro que el fin último en ambos regímenes es la protección de los consumidores. Frente a este punto, recientemente Andreas Mundt, presidente del Bundeskartellamt y de la Red Internacional de Competencia (ICN por sus siglas en inglés), manifestó lo siguiente al referirse a la investigación abierta por la autoridad de competencia alemana en contra de Facebook:

En general, puedo decir que no somos una autoridad de protección de datos. Sin embargo, si nuestra investigación muestra que Facebook es una empresa dominante y si utiliza términos de servicio ilegales

en el uso de los datos de sus usuarios, entonces esto probablemente no es para funcionarios encargados de la protección de datos. Ahí puede haber una conexión con el derecho de la competencia. Las empresas con posición de dominio están sujetas a obligaciones especiales. No están autorizadas para abusar de su poder en el mercado. También están obligadas a usar términos de servicio adecuados en la medida en que estos sean relevantes para el mercado⁵⁷.

La inquietud, entonces, no se encuentra en si tienen similitudes o no o en si comparten sus propósitos, sino en la forma en que deben aplicarse frente a un caso que involucre el manejo de *big data*. Al respecto, la primera dificultad que puede encontrarse es la de lograr identificar aquellos casos en los que haya una posible infracción a las normas que componen ambos regímenes. Esto, debido a que pueden existir casos que, a pesar de generar preocupaciones para las autoridades de competencia, no llamen la atención de las agencias de protección de datos.

Por ejemplo, podría presentarse un caso de uno o varios competidores que tengan control absoluto sobre bases de datos que no sean de carácter personal (por ejemplo, los reportes de *rating* en el mercado de publicidad en televisión⁵⁸), y que al ser dicha base de datos un insumo esencial, logren restringir el acceso a nuevos competidores. En el mismo sentido, puede presentarse el caso en que un responsable de los datos personales infrinja uno de los principios de la protección de datos, sin siquiera afectar de manera mínima un mercado determinado (cualquier empresa pequeña sobre la información personal de sus clientes).

Ahora bien, en aquellos casos en los que se presenta una posible infracción a ambos regímenes, el tema a decidir es el nivel de interacción o, si es el caso, aplicación conjunta. Para un análisis más profundo del asunto, es útil traer a colación tres variables en las que puede haber una conexión por lo menos teórica.

(i) DEFINICIÓN DE MERCADOS RELEVANTES

La definición de mercados relevantes es un elemento sustancial en los análisis de competencia, en especial, cuando se trata de los procedimientos de autorización previa de integraciones empresariales y en los casos en los que se puede estar abusando de una posición de dominio en el mercado. En estos últimos, para poder determinar que existe dominancia, es un requisito ineludible el determinar sobre qué mercado o mercados se ejerce. El ejercicio tradicional de definición de mercado relevante está compuesto por dos variables⁵⁹:

57 Competition Policy International. *CPI talks: interview with Andreas Mundt, president of the Bundeskartellamt*. 2016. Recuperado de [<https://www.competitionpolicyinternational.com/cpi-talks-interview-with-andreas-mundt-president-of-the-bundeskartellamt/>].

58 Ver Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución n.º 23890 de 29 de abril de 2011. Caso Ibope.

59 Sobre el concepto de mercado relevante, la Red Internacional de Competencia (ICN, por sus siglas en inglés) ha señalado lo siguiente: “La ICN destaca dos razones importantes por las cuales la definición del mercado relevante es de crítica importancia. Por un lado, es primordial para entender el escenario en que las fuerzas competitivas tienen lugar y, por el otro, y aún más importante, la definición del mercado es fundamental para poder calcular las cuotas de cada competidor en el mercado en cuestión, dado que estas se calculan con base en el tamaño total del mercado. Nótese que este último factor constituye el indicador básico del poder de

a) EL MERCADO PRODUCTO

Se busca concretar qué bien o servicio debe ser el eje del análisis. Para tal fin, se evalúan todos aquellos productos sustitutos que pueden suplir total (sustituto perfecto) o parcialmente (sustituto imperfecto) las necesidades de los consumidores, con el fin de decantar si el de la empresa o empresas involucradas en la integración o en la investigación por dominancia es único o fuerte en el mercado. Sobre este concepto, la ICN ha señalado:

En la definición del mercado de producto se debe tener presente la sustituibilidad del producto al nivel de la demanda. La ICN indica que ‘la sustituibilidad de la demanda se analiza a través del grado en que los clientes podrían y querrían cambiar entre productos sustitutos ante un cambio relativo de precios, calidades, disponibilidad u otros factores’. En otras palabras, lo importante en este apartado es encontrar qué productos son considerados como sustitutos por parte de sus consumidores⁶⁰.

El concepto de sustituibilidad tiene tres aproximaciones. En primer lugar, la sustituibilidad por características; en segunda instancia, la sustituibilidad por uso; y, finalmente, la sustituibilidad por precio. En aquellos casos relacionados con el procesamiento masivo de datos en los que puedan existir preocupaciones de competencia, es fundamental el correcto entendimiento de los servicios y productos que se ofrecen y si tal procesamiento o incluye datos de carácter personal o no.

En la economía digital puede existir una diversidad de agentes que confluyen y compiten con multiplicidad de opciones, siendo necesaria la comprensión integral de cada producto. Es en este ejercicio donde las autoridades de competencia deben involucrarse con conceptos propios de la protección de datos, desde la definición misma de dato personal, hasta los conceptos de responsable y encargado y, por supuesto, los términos y condiciones para la entrega de esos datos, entre otros.

Este involucramiento no puede tener como objeto el intervenir, opinar o decidir sobre las posibles infracciones relacionadas con la protección de datos, sino sustentar, desde el conocimiento técnico específico, la estructuración de un caso de competencia. Situaciones similares ocurren en mercados de alto contenido técnico e innovación, como son los de *software*, farmacéuticos, variedades vegetales o equipos médicos, entre otros.

b) EL MERCADO GEOGRÁFICO

Es la definición del área geográfica en la que puede ocurrir una razonable sustitución de los productos analizados. Dicha sustitución se da por parte de los consumidores del producto,

mercado de una empresa. Así, cuando se observa que la suma de las cuotas de mercado de las INTERVINIENTES es elevada, la autoridad de competencia detecta que la operación puede generar problemas de competencia en el mercado y viceversa”. Grupo de Trabajo de Integraciones de la ICN: subgrupo de investigación y análisis. *ICN Merger Guidelines Workbook*. Documento preparado para la quinta reunión anual de la ICN (Ciudad del Cabo: International Competition Network, 2006), 19. Recuperado de [<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc321.pdf>].

60 *Ibid.*

en la medida en que encuentren otros bienes sustitutos en el área referida. Tradicionalmente, el mercado geográfico puede ser regional, nacional, continental o internacional.

Si bien la definición de mercado geográfico es una dificultad importante en los casos de competencia relacionados con protección de datos debido a la ubicuidad del flujo de la información, el enfoque puede ser el de concentrar los esfuerzos de delimitación no en los datos personales y su ubicación, sino en los titulares de estos, tal como lo han venido haciendo las autoridades de competencia alemana y francesa.

No obstante, en opinión de este autor, el mercado geográfico en un mediano y largo plazo parece perfilarse hacia uno de carácter internacional, debido a que las grandes empresas que recolectan y monetizan datos personales y ofrecen sus servicios de manera globalizada.

(ii) ANÁLISIS DE BARRERAS DE ENTRADA

Las barreras de entrada pueden ser económicas o jurídicas. Las primeras se refieren a todos esos elementos que impiden el ingreso de un competidor a un mercado específico, debido a su imposibilidad o dificultad de financiar dicho ingreso. Un ejemplo de este tipo de barreras pueden ser los costos de construir una planta o aquellos costos de publicidad que se requieren para darse a conocer en el mercado, los cuales, en el caso de estos últimos en principio no se recuperan (costos hundidos). Las segundas, se materializan en la existencia de impedimentos o autorizaciones requeridas y previstas en la ley, o en las regulaciones para ejercer una actividad económica (licencias, permisos, registros, etc.).

Frente a este punto, en materia de *big data* hay dos visiones encontradas. Por una parte, se afirma que al ser un ejemplo de innovación disruptiva, los agentes no buscan competir en el mercado sino por el mercado, y esto genera altas concentraciones de poder. Por otro lado, se afirma que al no existir barreras ni económicas ni legales sustanciales, es fácil que cada día entren a competir una mayor cantidad de agentes.

A pesar de esta última posición, es claro que para que un “*start up*” logre, por ejemplo, competir adecuadamente en contra de una empresa como Google o Facebook, requerirá de la creación de un producto o servicio que no solo debe ser innovador, sino que debe romper abruptamente los paradigmas actuales. Por el contrario, las empresas ya consolidadas invierten cada vez más en desarrollo e investigación, y para llegar a su nivel se requiere igualmente inversión (es decir, existe una barrera económica).

(iii) PORTABILIDAD DE LOS DATOS PERSONALES

Probablemente uno de los hitos más importantes en la interacción entre la protección de datos y la protección de la competencia ha sido el reconocimiento de la portabilidad de los datos a través del artículo 20 del Reglamento (UE) 2016/679. Dicho precepto señala que el interesado “tendrá derecho a recibir los datos personales que le incumban, que haya facilitado a un responsable del tratamiento, en un formato estructurado, de uso común y lectura mecánica, y a transmitirlos a otro responsable del tratamiento sin que lo impida el responsable al que se los hubiera facilitado”.

Recientemente, el grupo de trabajo del artículo 29 expidió las *Guías sobre el derecho de portabilidad de datos*⁶¹, en las que desarrolla las siguientes alternativas para los titulares de los datos:

- El titular tiene derecho a recibir los datos personales relativos a su persona que está tratando el responsable, y a almacenarlos en un dispositivo propio, sin comunicarlos a otro responsable del tratamiento. En este sentido, es un derecho complementario del derecho de acceso, cuya peculiaridad consiste en que facilita al titular de los datos un mecanismo sencillo para conocerlos y reutilizarlos. El GT 29 cita como ejemplo de aplicación práctica de este derecho el supuesto de un usuario que quiere obtener una lista de contactos de su *webmail* para preparar una lista de bodas, o el de un usuario de un servicio de música en *streaming* que quiere acceder a información sobre las canciones que más veces ha escuchado para comprarlas.
- El titular puede solicitar al responsable del tratamiento que comunique sus datos a otro responsable. De esta forma, se permitirá la transmisión y reutilización de datos entre proveedores de servicios independientes con los que un mismo usuario mantiene una relación.
- El derecho a la portabilidad no implica que los datos sean eliminados por el responsable del tratamiento ante quien se ejerce y, en todo caso, este deberá garantizar la seguridad de los datos personales en el proceso de transmisión.

Si bien la portabilidad de datos fue diseñada por las autoridades de protección de datos con el fin de empoderar a los titulares respecto a sus datos y facilitarles la posibilidad de mover, copiar o transmitir datos personales de manera fácil dentro del ecosistema digital, sus implicaciones respecto a la libre competencia son de gran importancia.

Es así como, al ser los datos personales un activo fundamental en muchas actividades relacionadas con el *big data* pueden existir agentes en el mercado que controlen dicha información, y la mejor válvula para permitir el ingreso de nuevos agentes puede ser la portabilidad del activo en sí. En otras palabras, al tener el titular el derecho de solicitar los datos que ha almacenado históricamente con un responsable, es posible que ante un mejor producto de un nuevo entrante, decida transferirlos y cambiar de empresa.

Una situación similar se presentó en el mercado de telefonía móvil a nivel mundial, donde inicialmente cada operador tenía unos números asignados, y sus usuarios, si decidían optar por otro oferente, tenían que cambiar de número. Esto generaba desincentivos tanto para los usuarios de cambiar de operador, así no estuvieran conformes con su servicio, como para las nuevas empresas que entraban al mercado, ya que se enfrentaban a la barrera de no poder garantizar el servicio con el mismo número móvil. Por esta razón, los reguladores implementaron la portabilidad numérica⁶².

61 Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del artículo 29. *Guidelines on the right to data portability* (Bruselas: Comisión Europea, 2016). Recuperado de [http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2016-51/wp242_en_40852.pdf].

62 En Colombia, la portabilidad numérica fue implementada por la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) en el 2011.

Con la decisión de las autoridades europeas se está dando un primer paso hacia la apertura del mercado de tratamiento de datos personales, y esto podría convertirse en la llave para que competidores, nuevos o ya establecidos, busquen influenciar a los usuarios para que soliciten sus datos almacenados por otras empresas y los transfieran para prestarles los mismos servicios. Se trata de una herramienta, cuyas dimensiones aún no se logran visualizar, pero que tiene la potencialidad de beneficiar a los consumidores finales tanto en su derecho particular al control sobre sus datos, como en su derecho colectivo de multiplicidad de oferentes en mejores condiciones, propio de la libre competencia.

(iv) RELACIÓN ENTRE LAS AGENCIAS DE COMPETENCIA Y PROTECCIÓN DE DATOS

Debe diferenciarse entre la aplicación combinada de los regímenes de protección de datos y competencia y la interacción coordinada que debe existir entre las autoridades encargadas de dicha aplicación. Como ya se ha mencionado, es fundamental el correcto entendimiento de los mercados por parte de los funcionarios encargados de analizar una integración empresarial o realizar una investigación por prácticas comerciales restrictivas de la competencia. Para lograr el nivel de conocimiento requerido, debe haber una comunicación y colaboración constantes con las entidades encargadas de la protección de datos personales. Así mismo, en muchas ocasiones la noticia inicial de posibles conductas anticompetitivas, puede surgir de hallazgos realizados por estas últimas en ejercicio de sus funciones habituales.

Por otra parte, para las autoridades de protección de datos personales, la acción de entidades de protección a la competencia puede ser de gran ayuda, si se tiene en cuenta que en los países donde existen normas de competencia, normalmente se cuenta con herramientas suficientes e idóneas de disuasión y corrección de infracciones⁶³. Del mismo modo, las autoridades de competencia cuentan con facultades para negociar o incluso imponer obligaciones a las empresas, ya sea como condicionamientos en una aprobación de una integración o como remedios o garantías en una investigación. En aquellos casos de doble infracción o preocupación (donde actúan ambos regímenes) las herramientas de corrección y disuasión al ser aplicadas desde la perspectiva de competencia pueden tener un efecto colateral benéfico para la protección de datos personales.

Un ejemplo hipotético de la situación planteada, puede ser la existencia de una empresa con posición dominante en el mercado de recolección y tratamiento de datos personales en el sector de la salud (datos sensibles), que haya presuntamente abusado de tal posición al imponer términos y condiciones a sus usuarios, con las cuales se haya impedido el acceso a nuevos actores al mercado y que, de manera simultánea, hayan ido en contra de los principios de protección de datos. En este caso, tanto los remedios (en el evento de negociación con la empresa investigada) como las órdenes que pueden dictarse junto con la sanción, pueden ir encaminadas a eliminar la restricción sancionada, con lo que igualmente se eliminarían las cláusulas abusivas desde la perspectiva de protección de datos personales.

63 En Europa las sanciones por infracciones a este régimen pueden ascender al 10% del volumen de negocios anual global de la empresa sancionada y en Colombia pueden llegar a 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes (\$73.771.700.000.00).

CONCLUSIÓN

La información analizada en el presente artículo sugiere que el procesamiento masivo de datos es un fenómeno que todavía no se ha decantado y que probablemente no ha mostrado todos sus efectos en el ecosistema digital. Esto dificulta aún más la labor de las autoridades encargadas de la protección de los derechos de los ciudadanos, ya sea desde la perspectiva de un interés general, representado en la libre competencia, como en la del derecho individual a la protección de nuestros datos personales. No obstante, esta circunstancia no puede ser óbice para que se realicen desde ambas perspectivas los análisis correspondientes y se tomen las decisiones preventivas o correctivas necesarias.

Si bien, en materia de protección de datos se observa una tendencia hacia la modernización del régimen en aras de abordar no solo el procesamiento masivo, sino en general los retos de la era digital, en lo que respecta a la protección de la competencia no parece conveniente implementar ajustes estructurales en este momento, ya que con las herramientas existente es posible realizar un control y aplicación efectiva de las normas en la materia. Finalmente, la interacción e involucramiento de los regímenes abordados debe ser encaminada únicamente a aquellos casos en los que se presente una doble vulneración y el nivel de esta no puede ir más allá de la colaboración entre autoridades para el correcto entendimiento de los mercados, posibles investigaciones conjuntas o incluso la utilización de algunas herramientas que pueden lograr beneficios comunes. Sin embargo, dicha interacción se limita a la existencia de complementariedad en funciones y no a una mixtura de estas.

BIBLIOGRAFÍA

- Agencia Española de Protección de Datos. *Grupo Europeo de Protección de Datos del Artículo 29*. España. Recuperado de [https://www.agpd.es/portalwebAGPD/internacional/Europa/grupo_29_europeo/index-ides-idphp.php].
- Constitución española (1978).
- Constitución portuguesa (1976).
- BAKER, JONATHAN. *Beyond Schumpeter vs. Arrow: how antitrust fosters innovation*. Law Reviews & Other Academic Journals (volumen 74). Washington: American University Washington College of Law, 2007.
- Bundeskartellamt. *Bundeskartellamt initiates proceeding against Facebook on suspicion of having abused its market power by infringing data protection rules*. Alemania: 2016. Recuperado de [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/02_03_2016_Facebook.html]
- Bundeskartellamt y Autorité de la Concurrence. *Competition law and data*. Alemania: 2016. Recuperado de [http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?__blob=publicationFile&v=2].
- Caso 85/76, Hoffman-La Roche y Co. AG contra la Comisión de las Comunidades Europeas. Sentencia del Tribunal de Justicia del 13 de febrero de 1979.

- Comisión Europea. *Mergers: Commission approves acquisition of WhatsApp by Facebook*. Comunicado de prensa. Bruselas: Comisión Europea, 2014. Recuperado de [http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1088_en.pdf].
- Comisión Federal de Comercio (FTC). *Federal Trade Commission closes Google/DoubleClick investigation*. Washington: Federal Trade Commission, 2007. Recuperado de [<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2007/12/federal-trade-commission-closes-googledoubleclick-investigation>].
- Comunidad Europea. *The EU-U.S. Privacy shield*. Bruselas: 2016. Recuperado de [http://ec.europa.eu/justice/data-protection/international-transfers/eu-us-privacy-shield/index_en.htm].
- Competition Policy International. *CPI talks: interview with Andreas Muntt, president of the Bundeskartellamt*. 2016. Recuperado de [<https://www.competitionpolicyinternational.com/cpi-talks-interview-with-andreas-muntt-president-of-the-bundeskartellamt/>].
- Constitución Política de Colombia (1991).
- Corte Constitucional de Colombia (5 de septiembre de 2002). Sentencia T-729/02, Expediente T-467467. M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.
- Diario Oficial de la Unión Europea. *Resumen ejecutivo del dictamen preliminar del supervisor europeo de protección de datos sobre intimidación y competitividad en la era de la obtención de datos masivos*. Bruselas: Eur-Lex, 2014. Recuperado de [[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52014XX0716\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52014XX0716(01))].
- EVANS, DAVID y RICHARD SCHMALENSEE. *Some economics aspects of antitrust analysis in dynamically competitive industries*. NBER Working Paper n.º 8268. Cambridge: National Bureau of Economic Research, 2001.
- Grupo de Trabajo de Integraciones de la ICN, Subgrupo de Investigación y Análisis. *ICN merger guidelines workbook*. Documento preparado para la Quinta Reunión Anual de la ICN. Ciudad del Cabo: International Competition Network, 2006. Recuperado de [<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc321.pdf>].
- Grupo de Trabajo de Carteles de la ICN. *Defining hard core conduct, effective institutions, effective penalties. Building blocks for effective anti-cartel regimes*. Vol. 1. ICN 4th Annual Conference. Bonn: International Competition Network, 2005. Recuperado de [<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf>].
- Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del artículo 29. *Dictamen 06/2014 sobre el concepto de interés legítimo del responsable del tratamiento de los datos en virtud del artículo 7 de la Directiva 95/46/CE*. Bruselas: Comisión Europea, 2014. Recuperado de [http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_es.pdf].
- Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del artículo 29. *Guidelines on the right to data portability*. Bruselas: Comisión Europea, 2016. Recuperado de [http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2016-51/wp242_en_40852.pdf].
- HOVENKAMP, HERBERT J. *Schumpeterian competition and antitrust*. Documento de Investigación de Estudios Legales n.º 08-43. Iowa: University of Iowa - College of Law, 2008.

LERNER, ANDRÉS V. *The role of big data in online platform competition*. Los Ángeles: Compass Lexecon, 2014. Recuperado de [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2482780].

Ley 1581 de 2012 (17 de octubre). *Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales*. Diario Oficial 48587 de 18 de octubre de 2012.

MAYER-SCHONBERGER, VÍCTOR y KENNETH CUKIER. *Big data: a revolution that will transform how we live, work and think*. Londres: John Murray Publishers, 2013.

Oficina Ejecutiva de la Presidencia de Estados Unidos. *Big data: seizing opportunities, preserving values*. Washington: The White House, 2014. Recuperado de [https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/docs/big_data_privacy_report_may_1_2014.pdf].

OHLHAUSEN, MAUREEN y ALEXANDER OKULIAR. Competition, consumer protection, and the right (approach) to privacy. *Antitrust Law Journal* 80, n.º 1. Recuperado de [https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/686541/ohlhausenokuliarlj.pdf].

Opinión 03 del 2013 del GT 29.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). *Acerca de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)*. México. Recuperado de [<http://www.ocde.org/centrodemexico/laocde/>].

Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). *Disruptive innovation and competition policy enforcement*. Global Forum on Competition. París: OLS, 2015. Recuperado de [[http://www.ocde.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF\(2015\)7&docLanguage=En](http://www.ocde.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF(2015)7&docLanguage=En)].

Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). *Exploring the economics of personal data: a survey of methodologies for measuring monetary value*. OCDE Digital Economy Papers, n.º 220. Recuperado de [<http://www.ocde-ilibrary.org/docserver/download/5k486qtxldmq-en.pdf?expires=1483839093&id=id&accname=guest&checksum=9A9BCoFC1oD7399C1A62Co2BE32773AC>].

Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). *Recommendation of the council concerning effective action against hard core cartels - C (98)35/FINAL*. París: OCDE Publishing, 1998. Recuperado de [<https://www.ocde.org/daf/competition/2350130.pdf>].

RAMÍREZ, EDITH. *Opening remarks FTC chairwoman Edith Ramírez - Big data: a tool for inclusion or exclusion?* Washington: Federal Trade Commission, 2014. Recuperado de [https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/582421/140915bigdataworkshop.pdf].

RAMÍREZ, EDITH. *Protecting privacy in the Era of Big Data, remarks of FTC chairwoman Edith Ramírez. International Conference on Big Data from a Privacy Perspective, Hong Kong*. Washington: Federal Trade Commission (FTC), 2015. Recuperado de [https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/671661/15061oera_bigdata.pdf].

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo.

Resolución n.º 509 del Consejo de Europa sobre Los Derechos Humanos de 1968.

Resoluciones 73 y 74 del Comité de Ministros.

- RICH, JESSICA. *Letter from Jessica L. Rich, Director of the Federal Trade Commission Bureau of Consumer Protection, to Erin Egan, Chief Privacy Officer, Facebook, and to Anne Hoge, General Counsel, WhatsApp Inc.* Washington: Federal Trade Commission, 2014. Recuperado de [<https://www.ftc.gov/public-statements/2014/04/letter-jessica-l-rich-director-federal-trade-commission-bureau-consumer>].
- SODAK, GREGORY y DAVID TEECE. Dynamic competition in antitrust law. *Journal of Competition Law & Economics*, (2009):586.
- SLAUGHTER y MAY. *When is processing personal data in your legitimate interest?* 2014. Recuperado de: [<https://www.slaughterandmay.com/media/2162779/when-is-processing-personal-data-in-your-legitimate-interests.pdf>].
- SOKOL, DANIEL y ROISIN COMERFORD. *Does antitrust have a role in regulating Big Data?* Gainesville: University of Florida – Levin College of Law y George Washington University Law School Competition Law Center, 2016. Recuperado de [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2723693].
- Sony.net. *Chapter 6 – Just Try It. Mr. Morita, I Would Like a Walkman!* Recuperado de [<https://www.sony.net/SonyInfo/CorporateInfo/History/SonyHistory/2-06.html>].
- STUCKE, MAURICE y ARIEL EZRACHI. *When competition fails to optimize quality: a look at search engines.* Yale Journal of Law & Technology. Documento de Investigación de Estudios Legales n.º 268. Washington: University of Tennessee College of Law – The Konkurrenz Group, 2015. Recuperado de [https://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=2598128].
- Think Tank Internet. *Working Paper – The Market Power of Platforms and Networks. Executive summary.* BKartA, B6-113/15. Alemania: Bundeskartellamt, 2016. Recuperado de [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Berichte/Think-Tank-Bericht-Zusammenfassung.pdf?__blob=publicationFile&v=4].
- TREMBLAY, VICTOR y CAROL TREMBLAY. *New perspectives on industrial organization.* Nueva York: Springer Publishing, 2012.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *El Tribunal de Justicia declara inválida la Decisión de la Comisión que declaró que Estados Unidos garantiza un nivel de protección adecuado de los datos personales transferidos.* Comunicado de prensa.º 117/15 – Sentencia en el asunto C-362/14. Luxemburgo: CVRIA Prensa e Información, 2014. Recuperado de [<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-10/cp150117es.pdf>].
- WALDEN, IAN y JOHN ÁNGEL. *Telecommunications law and regulation.* Segunda Edición. Reino Unido: Oxford University Press, 2005.