



**COLEGIO UNIVERSITARIO DE ESTUDIOS FINANCIEROS
MÁSTER EN DERECHO BANCARIO Y DE LOS MERCADOS E
INSTITUCIONES FINANCIERAS**

***“RETOS DEL DERECHO ANTE LA ENTRADA DE LAS BIG TECH EN EL
SECTOR DE SERVICIOS FINANCIEROS”***

Realizado por:

D^a Laura Vanessa Rodríguez Ruíz

D. Hiram René Harris Meléndez

Dirigido por: *Prof. José David Ortega Rueda*

CUNEF (Colegio Universitario de Estudios Financieros)

MADRID, a 28 de mayo de 2019.

“No hay nada más poderoso que una idea a la que le ha llegado su tiempo”.

Víctor Hugo

ÍNDICE

Agradecimientos	5
Listado de abreviaturas y siglas	6
Resumen.....	7
INTRODUCCIÓN.....	8
1. Derecho de la Competencia	9
1.1. Marco jurídico general	9
1.1.1.- Concepto de competencia y bien jurídico protegido	11
1.1.2.- Evolución histórica	13
1.1.3.- Influencia del Derecho de la Unión Europea y de los organismos internacionales	16
1.2. Defensa de la competencia	18
1.2.1.- Regulación española general	18
1.2.2. Derecho comparado.....	23
1.2.3.- Aplicación de la regulación en la banca.....	26
1.3.- Competencia desleal.....	27
1.3.1.- Cláusula general: buena fe	28
1.3.2.- Comportamientos prohibidos.....	29
2.- Uso de datos y protección del usuario	30
2.1 Marco jurídico general	30
2.1.1- Concepto de usos de datos y protección del usuario	31
2.1.2.-Evolución histórica.....	33
2.1.3.-Influencia del Derecho de la Unión Europea y de los organismos internacionales.	36
2.2.-Personas obligadas al cumplimiento de la protección de datos.....	38
2.2.1.-Derechos fundamentales que amparan el uso de datos y protección del usuario	38
2.2.3.-Derecho al olvido	40
2.2.4.-Comportamientos prohibidos.....	41
2.2.5.-Comportamientos que necesiten autorización (cookies).....	43
2.2.6.-Derecho comparado	45
2.3.-Uso de datos por las entidades de créditos.....	50
2.3.1.-Limitaciones del sector bancario en los datos personales.....	50
2.3.2.-Responsabilidad de salvaguarda de datos	51
3. Las Big Tech en el sector de servicios financieros.....	53
3.1.- Marco jurídico general.....	53

3.1.1.- Concepto de Big Tech	56
3.1.2.- Revolución digital del sector bancario/servicios bancarios.....	57
3.2 -Implicaciones de la entrada de las Big Tech en la prestación de servicios financieros.	60
3.2.1 El uso de Big Data por las Big Tech y su efecto en la competencia.	62
4.- Retos del Derecho incursión de las Big Tech en el Mercado de Servicios Financieros	69
4.1 Reto Regulatorio	69
4.1.2 Asimetría regulatoria.....	71
4.2 Reto Supervisión	74
4.3 Soluciones Propuestas	75
CONCLUSIONES.....	79
BIBLIOGRAFÍA	81

Agradecimientos

A nuestro Dios, sin su ayuda, guía y fortaleza nada de esto hubiese sido posible.

A nuestros padres, Ángel Rodríguez, Hiram Harris, Margie Harris y Sonia Ruíz, por ser nuestra ayuda, nuestro sostén, nuestro soporte, nuestra norte, y nuestros ejemplos a seguir durante toda nuestra vida. La vida no nos alcanzará para mostrarles el gran amor y admiración que sentimos por ustedes, estaremos eternamente agradecidos por su entrega incondicional, y por inculcarnos aquellos valores que siempre levaremos con nosotros, los amamos.

Al colegio Universitario de Estudios Financieros (CUNEF) por permitirnos formar parte de su institución y acompañarnos en esta gran etapa de nuestra vida que recién inicia el día de hoy.

A nuestro tutor, José David Ortega Rueda, por apoyarnos, guiarnos e impulsarnos en este proyecto y en especial por haber confiado en nosotros mostrando su ayuda incondicional en todo momento. Gracias por todo.

A Fundación Carolina, por haber confiado en nosotros y concedernos la oportunidad de estudiar y vivir en España.

A nuestros compañeros universitarios, por haber recorrido este largo camino junto a nosotros; colegas para nosotros fue un placer haber emprendido este viaje con ustedes, éxitos.

Listado de abreviaturas y siglas

AEPD: Agencia Española de Protección de Datos

AIG: Autoridad Nacional para la Innovación Gubernamental

ANTAI: Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información

APEP: Asociación Profesional Española de Privacidad

API: Application Programming Interface

BATX: Baidu, Alibaba, Tencent, Xiaomi

BBVA: Banco Bilbao Vizcaya Argentaria

CE: Comisión Europea

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos

CNMV: Comisión Nacional de Mercado de Valores

CUNEF: Colegio Universitario de Estudios Financieros

ESPD: European Single Procurement Document

FSB: Consejo de Estabilidad Financiera

GAFSA: Google, Amazon, Facebook y Apple

LOPD: Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal

LOTARD: Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal

PSD2: Payment Service Providers

RGPD: Reglamento General de Protección de Datos

SEPD: Supervisor Europeo de Protección de Datos

SIC: Sociedad de Información Crediticia

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

OBWG: Open Banking Working Group

OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos

UE: Unión Europea

Resumen

El sector bancario se ha enfrentado desde las últimas dos décadas a cambios regulatorios impuestos por los supervisores producto de las crisis que han azotado a la economía global. Sin embargo, nunca había sido escenario de nuevo competidores, entidades que poseen características y capacidades que los actuales protagonistas del sistema carecen, las Big Tech.

La entrada de nuevos competidores al sector implica el surgimiento de grandes retos regulatorios. Por lo que el objetivo de este trabajo de fin de máster se basa en el análisis de los retos del Derecho frente la incursión de las Big Tech en el sector de servicios financieros, ante el uso de datos y sus implicaciones en libre competencia.

Palabras Clave: Big Tech, Libre competencia, Uso de datos, Servicios financieros, Banca.

Abstract

The banking sector has faced, since the last two decades, regulatory changes imposed by supervisors as a result of the crises that have hit the global economy. However, it had never been the scene of new competitors, entities that possess features and capabilities that the current protagonists of the system lack, the Big Tech.

The entry of new competitors to the sector implies the emergence of major regulatory challenges. Therefore, the objective of this final thesis is based on the analysis of the challenges of the Law against the incursion of the Big Tech in the financial services sector, through the use of data and its implications in competition.

Keywords: Big Tech, Competition, Data usage, Financial Services, Banking.

INTRODUCCIÓN

A consecuencia de las crisis que han afectado la economía global en las últimas dos décadas, los supervisores han impuesto grandes e importantes cambios regulatorios al sector bancario. Sin embargo, dicho sector nunca había sido escenario para la irrupción de nuevos competidores, por entidades que poseen características y capacidades que los actuales protagonistas del sistema carecen. Estas son las Big Tech.

La entrada de nuevos competidores al sector constituye un hecho positivo para el mercado, aunque también implica el surgimiento de grandes retos regulatorios. Ello despierta nuestro interés para analizar este fenómeno desde una perspectiva multidisciplinar. El objetivo de este trabajo de fin de máster consiste en el análisis de los retos del Derecho frente las Big Tech y las entidades de crédito, ante el uso de datos y protección del usuario y sus implicaciones en la libre competencia.

Atendiendo a estos objetivos hemos realizado un análisis concreto del Derecho de la Competencia y el Derecho de Protección de Datos desde una perspectiva general con el fin de establecer las bases fundamentales nuestra investigación y que nos permitirá aproximarnos bajo estos dos enfoques a la comprensión de las implicaciones de la incursión de las Big Tech en el mercado de servicios financieros.

En pleno siglo XXI las revoluciones tecnológicas y el cambio que ha producido la globalización hace casi imposible que los nuevos hechos que están teniendo lugar en el ámbito mundial y, en nuestro caso, el sector bancario sean regulados y supervisados para proteger tanto a las propias entidades bancarias como a los usuarios que consumen o tienen acceso a la banca. Es importante destacar que el trasfondo principal de ambos sectores es el uso, manejo y manipulación de la información que poseen y es esto la clave en el uso de datos y la competencia entre sectores.

Es por esto que, tomando en cuenta el nuevo ecosistema digital de servicios financieros, estudiaremos el efecto de la entrada de estos nuevos competidores en el mercado de servicios financieros y las implicaciones en libre competencia desde la perspectiva del uso de datos y protección del usuario. De igual manera analizaremos el actual escenario regulatorio europeo y los retos futuros a los que se enfrentan, todo esto con el propósito de proponer soluciones ante este creciente reto, que día a día es más latente y del cual los organismos reguladores al momento no se han pronunciado al respecto.

Por esto, invitamos al lector a que pueda sumergirse en lo que se proyecta como el nuevo mundo o amenaza del sector bancario y de las cuales apenas emergen sus nuevas implicaciones en el ámbito internacional, europeo y en especial español.

1. Derecho de la Competencia

1.1. Marco jurídico general

El marco jurídico que protege la competencia en España está constituido por un compendio regulatorio compuesto por un estatuto de carácter constitucional que proporciona el reconocimiento a la libertad de empresa y establece sus garantías, como también de legislación nacional que se ve modulada por la normativa europea.

El primer elemento jurídico que establece la base al reconocimiento a la libertad de la empresa y sus garantías se encuentra comprendido en el artículo 38 de la Constitución Española:

Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación¹.

La existencia de una competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los elementos determinantes de la economía de mercado, basándose en la existencia de un sistema económico que se construye en el libre juego de las fuerzas de mercado. Por lo que el Estado no planifica o dirige la actividad económica, sin embargo, crea la seguridad jurídica necesaria para que los particulares ejerzan libremente.

Durante la segunda mitad del siglo veinte, países como Gran Bretaña, Estados Unidos y Alemania tuvieron la necesidad de crear legislación especial que diese estructura a la regulación del mercado, tal como la «Restrictive Trade Practices Act», de 1956², y la «Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen», de 1957³. España reconoció de la misma manera que estos Estados la necesidad de la creación de una Ley especial que regulase la competencia, por lo que el 20 de julio de 1963 se publicó la primera Ley de represión de las prácticas restrictivas de la competencia.

Por otra parte, la adhesión de España al proyecto de integración de la Unión Europea, comprometió al Estado español a realizar las acciones necesarias para acatar el cumplimiento de las normas comunes en materias de fiscalidad y competencia, entendiéndose que los Estados miembros de la Unión Europa deberán orientar sus

¹ Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978.

² La Ley de Prácticas Comerciales Restrictivas de 1956 era una ley del Parlamento del Reino Unido destinada a imponer la competencia. Se requería que cualquier acuerdo entre compañías que restringiera el comercio se colocara en un registro público a menos que el Secretario de Estado concediera la exención. Los cambios en un acuerdo, incluido su finalización, debían ser notificados y no se pudo poner en vigor ningún acuerdo antes de aparecer en el registro.

³ La política de competencia de los primeros años posteriores a la Segunda Guerra Mundial se determinó en las zonas occidentales de ocupación de Alemania por la legislación de descartelización y desconcentración de los Aliados. La administración de la Ley antimonopolio aliada, que se aplicó hasta la entrada en vigor de la Ley contra las restricciones de la competencia (GWB) del 27 de julio de 1957 (BGBl I 1081) el 1 de enero de 1958, fue transferida gradualmente por los aliados a las autoridades y tribunales de la República Federal. Konrad-Adenauer-Stiftung e.V. (2018). «Ley contra las restricciones de la competencia (GWB)» Recurso on-line: disponible en <<https://www.kas.de/web/soziale-marktwirtschaft/gesetz-gegen-wettbewerbsbeschaenkungen-gwb->> (última consulta: 3 de abril de 2019).

políticas con el propósito de contribuir con la realización de los objetivos reflejados en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁴, producto de esto se da la entrada en vigor del Real Decreto 1882/1986, de 29 de agosto⁵, el cual regula la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado de la Comunidad Económica Europea.

El propósito de estos era regular su aplicación por parte de los órganos nacionales de los países miembros que serán encargados de la defensa de la competencia, como también regular las funciones de colaboración para a la aplicación de las reglas comunitarias sobre competencia en España.

Posterior a la entrada en vigor del Real Decreto 1882/1986, 3 años más tarde se promulga la Ley 16/1989⁶, de Defensa de la Competencia, de 17 de julio, la que estableció un sistema de dos órganos administrativos especializados de ámbito nacional para la lucha contra las prácticas restrictivas de la competencia y el control de concentraciones económicas, como también el Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia.

Más de una década adelante se aprueba a inicios del año 2002, la Ley 1/2002, de 21 de febrero⁷, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia.

Producto de una importante reforma del marco regulatorio comunitario de defensa de la competencia, entra en vigor el nuevo Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas.

A finales del año 2004 entra en vigor el Real Decreto 2295/2004, de 10 de diciembre⁸, relativo a la aplicación en España de las normas comunitarias de competencia el cual regula la aplicación reglamentaria europea de competencia por los órganos nacionales y atribuyó a las autoridades nacionales competencias genéricas acorde a su distribución interna.

En el año 2007 entra en vigor la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia⁹, producto de la experiencia de la aplicación de las normas nacionales y comunitarias de competencia, estableciendo una reforma sustancial del sistema español de defensa de la competencia, en menos de un año posterior a la entrada en vigencia de la Ley anteriormente mencionada entra en vigor el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero¹⁰, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia el cual aborda cuestiones fundamentales de desarrollo de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

⁴ Organiza el funcionamiento de la Unión y determina los ámbitos, la delimitación y las condiciones de ejercicio de sus competencias.

⁵ «BOE» núm. 221, de 15 de septiembre de 1986, páginas 31717 a 31717.

⁶ «BOE» núm. 170, de 18 de julio de 1989, páginas 22747 a 22753.

⁷ «BOE» núm. 46, de 22/02/2002.

⁸ «BOE» núm. 308, de 23 de diciembre de 2004, páginas 41626 a 41629.

⁹ «BOE» núm. 159, de 4 de julio de 2007, páginas 28848 a 28872.

¹⁰ «BOE» núm. 50, de 27 de febrero de 2008, páginas 11575 a 11604.

1.1.1.- Concepto de competencia y bien jurídico protegido

El origen de este concepto proviene del verbo latino *competere*; el cual significaba originalmente, «ir una cosa al encuentro de otra, encontrarse, coincidir», del cual nace el verbo *competir*.

*Desde el siglo XV el verbo «competir» significó «pugnar con», «rivalizar con», «contender» a generando substantivos como «competición», «competencia», competidor, competitividad y el adjetivo competitivo*¹¹.

Atendiendo al origen del concepto podemos entender que la competencia es la rivalidad entre personas o cosas que aspiran obtener un mismo objetivo o alcanzar la superioridad en algo en relación con otros rivales.

Extrapolando este concepto al análisis de nuestro trabajo, podemos observar como en un sistema económico basado en el libre juego de las fuerzas del mercado donde estas deciden los niveles de precios sin ser influenciadas o limitadas por el gobierno, se producen a su vez constantes presiones entre los integrantes del sistema. Estos integrantes se sumergen en grandes rivalidades al concentrar sus esfuerzos para satisfacer y controlar con superioridad la demanda del mercado.

El producto de esta rivalidad no es sin más uno de los elementos esenciales en la economía de mercado, siendo esta la competencia entre estos la causa de las variaciones en los niveles de precios, teniendo efectos sobre la oferta y demanda de los productos o servicios que se ofrecen en el mercado.

Esta rivalidad produce efectos que podemos considerar positivos, puesto que la estimulación a la libre competencia puede resultar en un aumento de la oferta a precios competitivos y también del ofrecimiento de mejores productos.

Sin embargo, además de estos efectos que consideramos positivos, los protagonistas de esta rivalidad pueden concurrir en conductas que atentan contra la libre competencia, por lo que se volvió imperativo que los Estados adoptasen medidas regulatorias con el fin de proteger al mercado y sus integrantes.

El establecimiento y posterior desarrollo de parámetros normativos proporcionaría la seguridad jurídica necesaria para garantizar igualdad de condiciones para los integrantes del mercado, evitándose así que los competidores aprovecharan la inexistencia de lineamientos legales para limitar la libre competencia en aras de obtener beneficios exclusivos, siendo evidente el objetivo principal de los Estados, lograr la protección de la libre competencia.

¹¹ COROMINAS, J. (1987), *Breve Diccionario de la Lengua Castellana* 3º edición, Madrid: Editorial Gredos.

Atendiendo a este propósito se inicia el proceso de formación de la rama del Derecho objeto del análisis de este capítulo. Desde nuestra perspectiva el Derecho de la competencia no ha de ser exclusivamente comprendido desde sus diversas vertientes de aplicación, sino en relación con los bienes jurídicos que tutela.

Puesto que al ser el mercado escenario donde concurren diversos integrantes del sistema económico, compartimos el criterio del Profesor CARLOS CONCHA; que dentro de la tutela de la libre competencia cohabitan la protección de otros bienes jurídicos: como la libertad de trabajo, la eficiencia de los mercados, la libertad económica y la libertad de empresa¹².

Entendiendo entonces que la protección de este bien jurídico garantiza la seguridad para las empresas, permitiéndoles participar del mercado a través de una competencia efectiva, tal como lo establece en su preámbulo la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia: “La existencia de una competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado...”.

La existencia de una competencia efectiva nace del concepto de la competencia perfecta, la cual para *Eucken* sirve al orden de la competencia, no sólo para incrementar las prestaciones, sino para constituir la forma de mercado, cuyos precios dirigen el proceso económico¹³.

El alcance de esta competencia efectiva no es más que el resultado de la sinergia de los integrantes del mercado, quienes sin la intervención de un control externo permiten que los precios de cada bien y servicio sean determinados únicamente por la influencia de la oferta y la demanda, y no por la influencia que poseen los competidores sobre el mercado, por lo que no debe confundirse con el *laissez-faire*, ya que este muy a menudo condujo a monopolios y, en general a formas de mercado distintas a la competencia perfecta¹⁴.

La tutela de este bien jurídico obedece de igual forma a la protección de un elemento esencial para la constitución de la unidad de la economía como mercado único, factor indispensable para que el Estado pueda desarrollar su competencia constitucional de coordinación de la planificación general de la actividad económica tal como lo establece la Constitución española en primer el inciso de su artículo 131:

¹² Carlos Concha, Francisco Agüero. (19 abril 2016). *¿Cuál es el bien jurídico protegido en la libre competencia?*. Conferencia llevada a cabo en el Centro UC de Libre Competencia, Chile. Recurso on-line: <<http://derecho.uc.cl/en/noticias/11785-icual-es-el-bien-juridico-prottegido-en-libre-competencia>> (última consulta: 3 de abril de 2019).

¹³ EUCKEN, W. (1950). *Política económica del "laissez-faire", economía planificada y orden de la competencia*. III. el orden de la competencia. *Arbor*, 15(51), 323. Recurso on-line: <http://0-search.proquest.com.cisne.sim.ucm.es/docview/1301379013?accountid=14514>. (última consulta: 4 de abril 2019).

¹⁴ *Loc. cit.*

El Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución.

El Gobierno elaborará los proyectos de planificación, de acuerdo con las previsiones que le sean suministradas por las Comunidades Autónomas y el asesoramiento y colaboración de los sindicatos y otras organizaciones profesionales, empresariales y económicas. A tal fin se constituirá un Consejo, cuya composición y funciones se desarrollarán por ley¹⁵.

1.1.2.- Evolución histórica

El análisis de esta rama del Derecho nos obliga a realizar una revisión de sus orígenes y posterior evolución, entendiendo que su génesis está estrechamente vinculado con la historia y desarrollo del comercio a lo largo de la historia, como también de las prácticas que persigue regular.

Existen evidencias de que los monopolios estaban prohibidos desde de la época del imperio romano, puesto que el Codex contenía un principio central incorporado que establecía que todos los monopolios y conspiraciones para elevar los precios eran ilegales¹⁶, para algunos autores es la Edad Media el período donde se da origen al Derecho de la competencia¹⁷, siendo la Ley de Monopolios de 1623 (en inglés *The Statute of Monopolies*) del Parlamento de Inglaterra, la primera norma que regulase las patentes reales; instrumentos legales otorgados por las autoridades los cuales garantizaban derechos exclusivos sobre una invención a un individuo o corporación, y sobre los cuales habían suscitado casos de abuso¹⁸.

Sin embargo, es hasta finales del siglo XIX que surge en Estados Unidos el derecho antimonopolístico moderno. Siendo publicada el 2 de julio del año 1890, la Ley Sherman (en inglés, *Sherman Antitrust Act*), cuyo proyecto de Ley fue presentado por el senador del Estado de Ohio John Sherman, esta Ley se autodenominó como “una ley para la protección del comercio contra las restricciones ilegales y los monopolios”. Siendo este el fundamento legal que dio inicio a un siglo de jurisprudencia sobre los

¹⁵ Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311, pp. 29313 a 29424

¹⁶PIOTROWSKI, R. (1933). *Cartels and Trusts; Their origin and Historical Development*. London: George Allen & Unwin Ltd., p. 107.

¹⁷ Véase. ZULLITA FELLINI, G., PÉREZ MIRANDA, R. «El derecho frente a los monopolios.» Estudios de Derecho Económico IV, 1A. REIMP., Universidad Nacional Autónoma de México: 1983. pp. 65 – 121. NEUMANN, M. (2001). *Competition Policy: history, theory and practice*. Edward Elgar Publishing, Great Britain: 2001.

¹⁸ KLITZKE, R. (1959). «Historical Background of the English Patent Law» *Journal of the Patent Office* 41(9), 1959, pp. 615-650.

monopolios, las concentraciones empresariales, y en general todos los aspectos relacionados con el derecho *antitrust*¹⁹.

Para los profesores Carl Shapiro y William Kovacic, la Ley Sherman se distingue entre los estatutos que regulan el comercio, por ser demasiado genérica, puesto que prohíbe y sanciona como crímenes “todo contrato, combinación o conspiración que restrinja el comercio” como también a la “monopolización” producto de su indeterminación conceptual, según los autores citados, esta ley tuvo dos efectos²⁰. Primero, otorgó poder a los jueces federales para que fuesen ellos los que establecieran las diferencias entre la cooperación comercial legal y aceptable y una conducta colusoria ilegal; o bien entre una competencia vigorosa y una monopolización ilegal, por este motivo el Tribunal Supremo estadounidense mitigó el impacto que esto traería al aplicar la llamada *rule of reason*, o «regla de lo razonable»²¹. Por otro lado, se dio la oportunidad a los economistas para intervenir en el proceso de desarrollo de la política de competencia, volviéndose necesaria para su interpretación la intervención de economistas al contener en sus estatutos principales conceptos económicos.

Esta convergencia, entre el Derecho y la ciencia de la Economía produjo que a medida que el conocimiento económico evolucionase, se contrastase en la doctrina antimonopolista y la aplicación de la regulación, siendo esto un factor determinante sobre el desarrollo y estructuración del Derecho de la Competencia moderno.

Durante la primera década del siglo XX el clima socioeconómico que azotaba el viejo continente desfavorecía la adopción del Derecho de la competencia, puesto que, a diferencia de Estados Unidos, donde los pactos de precios entre competidores eran percibidos por parte de la opinión pública como ilegales, en Europa formaban parte del curso normal de la organización económica y contaban con el consentimiento de las autoridades.

Una evidencia de esto fue la adopción por parte de Alemania durante el período entre guerras de una «Ordenanza contra el abuso de las posiciones de poder económico», la cual no establecía una prohibición de los cárteles, sino que establecía un control estatal de los abusos o excesos provocados por los mismos, teniendo potestad del Gobierno alemán de anular los acuerdos y prácticas restrictivas de la competencia que pudiesen poner en peligro a la economía del país o pusiera en peligro el interés público²².

Sin embargo, el período más importante del desarrollo del Derecho de la competencia en Europa inició con la firma del Tratado de Roma el 25 de marzo de 1957 (Tratado

¹⁹ Revista Boliviana de Derecho, núm. 3, 2007, p. 217.

²⁰ KOVACIC, W., SHAPIRO, C. (2000). « Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking ». Competition Policy Center. University of California, Berkeley. 1999. p. 2.

²¹ HOVENKAMP, Herbert J. (2018). «*The Rule of Reason*». Faculty Scholarship at Penn Law. 1778. Recurso on-line: <https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1778> (última consulta: 9 de abril de 2019).

²² ORTIZ BLANCO, L., MAÍLLO, J., IBÁÑEZ, P., LAMADRID, A. (2008). *Manual de Derecho de la competencia*. Madrid, Editorial Tecnos, pp. 21-22.

Constitutivo de la Comunidad Económica Europea – CEE), dándose origen al Derecho comunitario²³, dentro de esta nueva concepción de Comunidades Europeas el ordenamiento comunitario se caracterizaría por su autonomía, pero, al mismo tiempo, por su integración en los sistemas jurídicos nacionales, gozando de primacía con respecto de los Derechos nacionales de los Estados miembros²⁴.

Dentro de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas se incorporaban, desde un principio, normas de defensa de la competencia que prohibían tanto los acuerdos colusorios de posición dominante, lo que evidentemente fue producto de la influencia del Derecho antitrust estadounidense. Sin embargo, una de sus características preponderantes del Derecho de la competencia europeo es que su desarrollo y aplicación tienen como objetivo la salvaguarda del mercado interior europeo.

El Derecho de la competencia fue extendiéndose progresivamente al resto del mundo, convirtiéndose en un cuerpo de normas de aplicación prácticamente universal²⁵. A mediados del siglo XX, solo las economías desarrolladas se dotaron de legislaciones similares a la norteamericana, como fue el caso de Japón con la Ley No. 54 del 14 de abril de 1947²⁶ y de la Unión Europea, como abordamos anteriormente.

Sin embargo, el Derecho de la competencia no se ha detenido, sino que ha evolucionado de forma exponencial en respuesta a los cambios del pensamiento político y del comportamiento económico alrededor del mundo. En los últimos años países como India y China han adoptado leyes de competencia, trayendo potenciales beneficios de mercados competitivos a más de dos y medio billones de ciudadanos del mundo²⁷.

El Derecho de la competencia puede hoy ser encontrado en todos los continentes y en todo tipo de economías: grandes, pequeñas, continentales, isleñas, avanzadas, en desarrollo, industriales, de *trading*, agrícola, liberales y post comunistas.

²³El Derecho Comunitario tuvo tres Tratados: el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), firmado en París, en 1951, que entró en vigor en 1952 para un período de cincuenta años (expirando en 2002); el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE); y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEa).

²⁴SARMIENTO, D. (2016). *El Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Marcial Pons.

²⁵GAL, M. (2004). *The Ecology of Antitrust: Preconditions for antitrust Enforcement in Developing Countries in Competition, Competitiveness and Development: Lessons from Developing Countries*, UNCTAD, junio 2004, pp.20-38.

²⁶Esta norma fue aprobada por las fuerzas de ocupación norteamericanas tras la derrota de Japón en la Segunda Guerra Mundial. En su artículo 1 esta Ley establece que su propósito es promover una competencia justa y libre, estimular la iniciativa creativa de la empresa, fomentar la actividad empresarial, aumentar el nivel de empleo y el ingreso nacional real y, por lo tanto, promover el desarrollo democrático y saludable de la economía nacional, así como asegurar los intereses de los consumidores en general prohibiendo la monopolización privada, la restricción irrazonable del comercio y las prácticas comerciales desleales, evitando la concentración excesiva del poder económico y eliminando las restricciones no razonables en la producción, venta, precio, tecnología, etc., y todas las demás restricciones injustas en la actividad comercial a través de combinaciones, acuerdos, etc.

²⁷WHISH, R., BAILEY, D. (2015) *Competition Law*. (Eight Ed).UK. Oxford University Press.

1.1.3.- Influencia del Derecho de la Unión Europea y de los organismos internacionales

La adopción del Derecho *antitrust en* Europa no está exclusivamente relacionada con la creación del Derecho Comunitario, ya que durante el período postguerra, Estados europeos adoptaron en sus ordenamientos normas de defensa de la competencia²⁸.

Podemos interpretar que la adopción por parte de España de normas *antitrust* a través de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia, inspirada por los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea; evidenció las intenciones del Gobierno en adaptar las normas nacionales a las de la Comunidad Económica Europea, mostrando su deseo de entrar en las Comunidades Europeas, sin embargo el sistema dictatorial que regía en la época era de impedimento, puesto que solo se admitían Estados democráticos, lo que fue logrado 8 años después de iniciar el nuevo período de democracia.

Sin embargo, esta Ley que reguló por primera vez la libertad de competencia y que era parte de los planes de desarrollo económico del Gobierno de la época, no pudo desplegar todos sus efectos y funcionar de una manera eficaz en el marco de un sistema económico proteccionista y fuertemente intervenido por el Estado²⁹.

En el año 1986 se aceptan íntegramente y se incorporan al Derecho español el conjunto de normas que constituían el Derecho Comunitario, esto como resultado de la firma del Tratado de Adhesión de España a la Comunidad Económica Europea³⁰, quedando sometidos los integrantes del mercado al Derecho comunitario de la competencia, y a el nacional, por otro lado las autoridades españolas de defensa pueden aplicar tanto el Derecho nacional de defensa de la competencia, como pueden aplicar el Derecho antitrust comunitario³¹.

Producto de las diversas circunstancias que acontecieron en la década de los ochenta, tales como el cambio del régimen político, la adopción de la economía de mercado como nuevo sistema económico y la integración de España a la Comunidad Económica Europea, se reconoce la necesidad de un cambio en la legislación en materia de la competencia, por lo que se deroga la Ley 110/1963 y se sustituye por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

²⁸ ORTIZ BLANCO, L., MAÍLLO, J., IBÁÑEZ, P., LAMADRID, A. (2008). *Op.cit.*, pp. 26-28.

²⁹ MENÉNDEZ, R., ROJO, A. (2018) *Lecciones de Derecho Mercantil*. Navarra, Editorial Civitas, SA, p.296.

³⁰ Las aspiraciones de España por lograr su incorporación a las Comunidades Europeas cobraron impulso con la llegada de la democracia y, con tal propósito, el Gobierno del presidente Adolfo Suárez solicitó, el 26 de julio de 1977, oficialmente la adhesión a la CEE (hoy Unión Europea). Esta aspiración española se vio satisfecha ocho años después -el 12 de junio de 1985- con la firma del Tratado de Adhesión en Madrid y la integración efectiva en la Comunidad Económica el 1 de enero de 1986.

³¹ ORTIZ BLANCO, L., MAÍLLO, J., IBÁÑEZ, P., LAMADRID, A. (2008). *Op.cit.*, p.26.

Esta Ley supuso una mejora en la eficacia de las normas de competencia que se encontraban vigentes desde 1963, cuando la Ley 110/1963 entró en vigor.

La nueva Ley de Defensa de la Competencia se inspiraba, en las normas comunitarias que habían sido desarrolladas, como también en la experiencia de la aplicación de estas. Desde la promulgación de la Ley 16/1989, el Derecho español de defensa de la competencia se desarrolló durante la década de los noventa a través de la promulgación de Reales decretos como el Ley 6/1999, de 16 de abril que instauró en España un sistema de notificación obligatoria para aquellas operaciones de concentración económica que superasen determinados umbrales, y como la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, que intensificó el control de las ayudas públicas en Derecho español, al darle competencia al Tribunal de Defensa de la Competencia para iniciaciarse de oficio de procedimientos para analizar si las ayudas públicas distorsionan la competencia³².

Producto de esta evolución, y las reformas en Derecho comunitario se hizo notoria la necesidad de sustituir la Ley 16/1989 por una nueva Ley de Defensa de la Competencia. Es por ello, que, tras un largo proceso de información y discusión pública, se promulga la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia que deroga y sustituye a la Ley 16/1989. Esta Ley fue desarrollada por el Reglamento aprobado por el RD 216/2008, el cual fue modificado por la Ley 3/2013 de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en sus siglas CNMC.³³

El alcance global del Derecho de la competencia es reflejado también en la creación de iniciativas por parte de organizaciones internacionales como la International Competition Network (en sus siglas ICN), esta organización nace de las recomendaciones realizadas por la International Competition Policy Advisory Committee (ICPAC), otra organización que tuvo como objetivo resolver la problemática global antitrust, en el contexto de la globalización económica y enfocada en los aspectos multijurisdiccionales. En su último reporte realizado en febrero del año 2000, la ICPAC solicitó a los Estados Unidos que se explorara la creación de una Iniciativa Global de la Competencia, donde oficiales de gobiernos, firmas privadas y organizaciones no gubernamentales pudiesen realizar consultas sobre la materia de la competencia, dentro de su solicitud ICPAC recomendó que esta iniciativa estuviese encaminada a facilitar la convergencia del Derecho de la competencia, el análisis, y la cultura común.

Por otro lado, desde el año 2012, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico ha adoptado la cooperación internacional en materia de aplicación de la competencia como una de sus principales líneas de trabajo a través del Comité de la Competencia de la OCDE³⁴. En el año 2013, se realizó el primer proyecto conjunto con el ICN, en materia de la cooperación internacional de la aplicación de la competencia.

³² *Vid.* nota 28.

³³ MENÉNDEZ, R., ROJO, A. (2018). *Op.cit.*, p.298.

³⁴ La Comisión de Competencia, también llamada Comisión de Leyes y Política de Competencia, se estableció en 1987 y sustituye al anterior Comité de Expertos para las prácticas restrictivas, creado en 1953.

El informe de 2014 “Desafíos de la cooperación internacional en la aplicación de la ley de competencia” fue el primer intento de reunir evidencia empírica sobre la necesidad de una cooperación más estrecha entre los responsables de la competencia. Este informe brindó apoyo a las negociaciones de la Recomendación de la OCDE sobre cooperación internacional en las investigaciones y procedimientos de competencia, que fue aprobada por el Consejo de la OCDE el 16 de septiembre de 2014.

En relación con los acuerdos internacionales de cooperación, en 2015, la OCDE y su Comité de Competencia elaboraron un inventario de acuerdos internacionales de cooperación en materia de competencia. Estos acuerdos son la herramienta de cooperación formal más comúnmente utilizada por las autoridades de competencia para fortalecer el alcance y el grado de su colaboración, profundizar sus relaciones y expresar formalmente su compromiso de trabajar juntos.

En 2016, también se construyó un inventario de memorandos de entendimiento de cooperación internacional entre agencias de competencia. Basado en más de 140 Memorándum de entendimiento, el inventario enumera ejemplos de disposiciones típicas y atípicas que serían útiles para la negociación de Memorándum de entendimiento.

1.2.- Defensa de la competencia

La defensa de la competencia se ha consolidado como uno de los elementos principales de la política económica en la actualidad. La tutela de la libertad de competencia ha obligado al Legislador a delimitar y clasificar a aquellos comportamientos de los operadores que al ejecutarse pueden resultar en el detrimento de la libre competencia en el mercado. A razón de lo anterior, dentro del Derecho de la competencia se han desarrollado normas que prohíben y someten a control a ciertas conductas realizadas por cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica.

1.2.1.- Regulación española general

El sistema español de defensa de la competencia ha experimentado diversas reformas con el fin de reforzar los mecanismos ya existentes y dotarle tanto de una mejor estructura institucional como de los instrumentos necesarios para la protección de la competencia efectiva en los mercados, como también para adaptarse a los lineamientos del Derecho comunitario.

El nuevo modelo español de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia es resultado de la sentencia del Tribunal Constitucional, de 11 de noviembre de 1999, el cual declaró inconstitucionales preceptos de la Ley de Defensa de la Competencia de 1989. La entrada en vigor de Ley 15/2007, y de la normativa que la reglamenta se ha articulado con el fin de garantizar la seguridad jurídica en relación con el marco normativo y los procedimientos normativos administrativos, la independencia y predecibilidad en la toma de decisiones, la transparencia y responsabilidad social en la

aplicación de las normas, la eficaz actuación de las autoridades y coherencia del sistema normativo tanto a nivel comunitario, nacional y autonómico³⁵.

En relación a los cambios del Derecho comunitario, la regulación española ha tenido presente la reforma de los mecanismos de aplicación privada de las normas de competencia, la eliminación del sistema autorizaciones de acuerdos y la constitución de políticas de clemencia; las cuales permiten exonerar del pago de multa o reducir el importe de ésta a las empresas que, habiendo participado en un cártel, desvelen su existencia y aporten pruebas para la investigación³⁶, así como la descentralización de la aplicación de las normas relativas a las prácticas restrictivas de la competencia en las Comunidades Autónomas con competencias en materia de comercio interior³⁷.

Por otro lado la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, modifica el sistema de supervisión y regulación de los mercados que era vigente, creándose un nuevo organismo, que a su vez está integrado por los siguientes organismos: Comisión Nacional de Competencia, Comisión Nacional de la Energía, Comisión de Regulación Económica, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, Comité de Regulación Ferroviaria y Aeroportuaria y Comisión Nacional del Sector Postal. Este nuevo organismo sustituye a la antigua Comisión Nacional de la Competencia, la que estaba integrada por el Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia, quienes eran los organismos encargados de la aplicación de la normativa, tarea que en la actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia es realizada por la Dirección de Competencia y el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia³⁸.

La Comisión Nacional de los Mercado y la Competencia tiene la potestad de investigar y sancionar prácticas anticompetitivas a partir de denuncias o por propia iniciativa. Dictar recomendaciones para mejorar las condiciones de competencia en los distintos mercados. Autorizar las concentraciones o fusiones de empresas y hacer un seguimiento de estas. Supervisar la conducta de las empresas que operan en los mercados regulados, tramitando y resolviendo, en su caso, procedimientos sancionadores por prácticas contrarias a la regulación de los sectores económicos. Asesorar con recomendaciones no obligatorias al sector público antes de que apruebe las normas. Promover los valores de la competencia y la regulación eficiente. Contribuir a la garantía de la unidad de

³⁵ MENÉNDEZ, R., ROJO, A. (2018). *Op.cit.*, pp.298 -299.

³⁶ ORTIZ BLANCO, L., MAÍLLO, J., IBÁÑEZ, P., LAMADRID, A. (2008). *Op.cit.*, p. 27.

³⁷ Los órganos autonómicos de defensa de la competencia han sido potenciados en cuanto a sus funciones, ya que la nueva Ley les atribuye funciones de la antigua Comisión Nacional de la Competencia, dándoles plena competencia sobre las prácticas prohibidas que producen efectos en el ámbito territorial autonómico y como también están legitimadas para impugnar actos y disposiciones administrativas de las Administraciones autonómicas, provinciales y locales, así como competencia consultiva en los procesos sancionadores que afecten a la comunidad autónoma. Menéndez, R., Rojo, A. (2018). *Op.cit.*, p.309.

³⁸ MENÉNDEZ, R., ROJO, A. (2018). *Op.cit.*, p.306.

mercado, en su caso mediante la presentación de un recurso contencioso-administrativo especial en defensa de dicha unidad de mercado³⁹.

Limitándose la nueva Ley a establecer únicamente la estructura de la nueva Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, dejando vigente las normas sobre las prácticas restrictivas de la competencia y control de las operaciones de concentración económica y de las ayudas públicas.

1.2.1.1.- Comportamientos prohibidos

La Defensa de la Competencia carecería de sentido si el cuerpo normativo que lo tutela no contuviese con claridad una descripción de las conductas que se consideran dañinas para el buen funcionamiento de los procesos del mercado. Es por esta razón que la Ley de Defensa de la Competencia en sus primeros apartados determina las conductas y prácticas empresariales que se considera producen efectos lesivos al bien jurídico que el Derecho de la Competencia tutela.

La Ley específicamente prohíbe la realización de tres tipos de conductas empresariales: los acuerdos o prácticas colusorias, el abuso de posición dominante y el falseamiento de la libre competencia por actos desleales, por lo que procederemos a realizar un análisis de cada una de ellas.

El concepto de prácticas colusorias se encuentra comprendido en el art. 1 de la Ley 15/2007, de 3 julio, el cual las define como cualquier acuerdo, práctica concertada o conscientemente paralela entre operadores económicos o empresas que tengan por objeto o que resulte en un impedimento, restrinja o falsee la competencia en todo o en parte del mercado nacional. En palabras del profesor BORK, «la norma más antigua y –correctamente entendida– más valiosa de este derecho establece que es ilegal per se el que los competidores se pongan de acuerdo para limitar la competencia entre ellos»⁴⁰.

Este tipo de prohibición está constituida por tres elementos: la existencia de colusión, la producción de una restricción de la competencia y la afectación total o parcial del mercado nacional. La existencia de colusión abarca una amplia gama de conceptos, inicialmente nos remitiremos a los acuerdos, que son pactos a través de los cuales varios operadores económicos coordinan sus comportamientos para restringir o falsear la competencia. Dentro de estos acuerdos podemos encontrar la figura de los cárteles que son sin más acuerdos concertados en confidencialidad entre competidores con el propósito de fijar precios, cuotas de producción o venta, la repartición del mercado, incluso licitaciones fraudulentas en los concursos públicos y la restricción de las importaciones y exportaciones. Otro concepto al cual nos remitiremos para entender la

³⁹ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (2019). *Qué es la CNMC*. Recurso on-line, disponible en: <<https://www.cnmc.es/sobre-la-cnmc/que-es-la-cnmc#funciones>> (última consulta: 9 de abril de 2019).

⁴⁰ BORK, R. H.:(1993) *The Antitrust Paradox, A Policy at War with Itself*, Ed. Free Press, New York, p.263.

colusión es el de las prácticas concertadas, estas son prácticas realizadas de forma homogénea que inducen a pensar que existen acuerdos entre los operadores económicos, sin embargo, estos no pueden ser probados, hasta que se utilice la técnica procesal para demostrar su existencia. El último concepto que forma el catálogo de los elementos de la colusión es el de las conductas paralelas, estas conductas consisten en la adopción de decisiones que produzcan similitudes en el comportamiento de otros operadores económicos, con una intención anticompetitiva⁴¹.

El segundo elemento que integra la existencia prácticas colusorias, es que a razón de esta conducta se haya producido un efecto restrictivo de la competencia, entendiendo esto como el elemento para que se configure un tipo de prohibición de carácter objetivo, lo que significa, que para que exista una infracción no solo es necesario que exista un acuerdo entre los operadores económicos en alguna de las modalidades que mencionamos anteriormente, sino que para poder configurarse la infracción deberá existir un resultado lesivo a la competencia, que sea producto de la conducta aunque esta haya sido cometida sin el objetivo de causar una efecto restrictivo de la competencia⁴².

El tercer elemento que configura la prohibición de esta conducta está relacionado con el ámbito territorial en donde la restricción de la competencia produce efectos, puesto que tomando en cuenta el elemento anterior, este será un elemento decisivo que determinará qué régimen de Derecho se aplica. Para efectos de la aplicación de la Ley española, esta solo será de aplicación cuando estas conductas prohibidas produzcan efectos en el mercado nacional o de forma parcial, independientemente que los operadores económicos fuesen extranjero y los hechos se hayan concertado fuera del territorio español⁴³.

La Ley de Defensa de la Competencia establece en su artículo 2 otra de las conductas prohibidas, el abuso de posición dominante. Esta conducta se configura para la legislación como la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o parte del mercado nacional. En grandes rasgos podemos observar que esta conducta está construida por tres elementos: (1) la existencia de una posición dominante por parte del operador económico; (2) la existencia de una conducta abusiva; y (3) que, como resultado de la conducta se ocasione un perjuicio que haya afectado al mercado nacional de forma total o parcial.

La existencia de una posición dominante por parte del operador económico, deberá ser determinada por supuestos concretos, entendiéndose estos como el control que ostenta el operador sobre un mercado en relación al producto o servicio, para lo cual se deberá considerar como criterio, el grado de sustituibilidad entre productos similares, a efectos del dominio geográfico se deberán considerar la condiciones que homologuen o

⁴¹MENÉNDEZ, R., ROJO, A. (2018). *Op.cit.*, pp.300 -304.

⁴² *Vid.* nota 41.

⁴³ *Vid.* nota 41.

diferencien los mercados geográficos, por último se deberá considerar la existencia de barreras comerciales, legales o técnicas que dificulten la entrada de otros competidores al mercado.

La legislación también contempla la existencia de dominio colectivo, siendo este el caso en que el poder del mercado no recae solo sobre una empresa, sino sobre un colectivo de competidores⁴⁴.

El segundo elemento de este tipo de prohibición es la existencia de una conducta abusiva, lo que equivale a una conducta antijurídica o que sea contraria a los principios del ordenamiento económico. A efectos de la Ley se considerarán conductas abusivas los siguientes comportamientos: la imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos; la limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores; la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios; la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros; la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos.

Como último elemento, se exige que como resultado de la conducta exista un perjuicio que haya afectado al mercado nacional de forma total o parcial.

Dentro de las conductas prohibidas por la Ley se incluye, por último, el falseamiento de la libre competencia por actos desleales. Esta conducta se configura por dos elementos: la existencia de un acto de competencia desleal y que de ello resulte la afectación al interés público. Es evidente que esta norma no trata de regular con carácter general la competencia desleal, sino que tiene como propósito configurar un tipo de conducta que proporcione un apoyo a la aplicación de la regulación de la competencia⁴⁵.

1.2.1.2.- Comportamientos que necesitan autorización

La Ley de Defensa de la Competencia establece en su articulado lineamientos referentes al control de las operaciones de concentración empresarial, estas operaciones que, por su dimensión e importancia, pueden resultar en afectaciones a la competencia, por lo tanto, es competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia autorizar estas operaciones u oponerse⁴⁶.

⁴⁴ *Vid.* nota 41.

⁴⁵ *Vid.* nota 41.

⁴⁶ MENÉNDEZ, R., ROJO, A. (2018). *Op.cit.*, pp.322-323.

El concepto de concentración es definido en los apartados del artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia, por lo que a efectos de la Ley se entenderá como concentración económica a toda operación que implique un cambio total o parcial de la estructura de control de una o varias empresas, que anteriormente eran independientes; o la adquisición por una empresa del control total o parcial de una o varias empresas; o la creación de una empresa en participación y, en general, la adquisición del control conjunto sobre una o varias empresas, cuando éstas desempeñen de forma permanente las funciones de una entidad económica autónoma⁴⁷.

La aplicación del sistema de control por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia estará sujeta a que los proyectos u operaciones de concentración de empresas que afecten o puedan afectar al mercado español cumplan con una de las siguientes condiciones establecidas en el art.8 de la Ley de Defensa de la Competencia:

- El proyecto u operación de concentración resulte en la adquisición o incremento igual o superior al 30 por ciento del mercado relevante de producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo. Siendo exentas las concentraciones que, a pesar de cumplir con la anterior condición, no superen el volumen de negocios global en España de la sociedad que haya sido adquirida o que los activos adquiridos en el último ejercicio contable no superen la cantidad de 10 millones de euros, condicionado a que las partícipes no posean una cuota individual o conjunta igual o mayor al 50 por ciento en cualquiera de los mercados afectados, o en un mercado geográfico.

-El volumen de negocios global en España de todas las partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 240 millones de euros, siempre que el volumen de negocios en España de al menos dos de los partícipes supere los 60 millones de euros.

-Los efectos de esta Ley no afectan a aquellas concentraciones de dimensión comunitaria tal como se definen en el Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero, sobre el control de las concentraciones entre empresas, no obstante será de aplicación cuando la concentración haya sido objeto de una decisión de remisión por la Comisión Europea a España conforme a lo establecido en el citado Reglamento⁴⁸.

1.2.2. Derecho comparado

El alcance y desarrollo del Derecho de la Competencia no ha sido exclusivamente materia de los Estados precursores de la rama, puesto que, durante el transcurso del siglo XIX, países como Argentina, México, Colombia, Chile y Brasil adoptaron legislaciones antimonopolio, sin embargo, ante este hecho no podemos ignorar que la aplicación y

⁴⁷ Ley de Defensa de la Competencia «BOE» núm. 159, de 4 de julio de 2007, páginas 28848 a 28872.

⁴⁸ Ley 15/2007, lex. cit., art.8.

desarrollo de la normativa en estos países estaría sujeta a condiciones políticas y económicas singulares que han suscitado en el transcurso del último siglo. Teniendo claro este elemento diferenciador, haremos un análisis de los cuerpos normativos de dos países que han experimentado condiciones políticas similares y que en la actualidad son líderes en crecimiento económico en Latinoamérica, la República Dominicana y la República de Panamá.

Derecho de la Competencia República Dominicana

El Derecho de la Competencia se ha formalizó en la República Dominicana a través de la Ley No. 42-08 sobre la Defensa de la Competencia, G. O. No. 10458, del 25 de enero de 2008. Esta iniciativa nace del proceso de apertura comercial y globalización de las economías producto de la entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos y Centroamérica (DR-CAFTA), el cual obligó a el Estado dominicano a adoptar un instrumento jurídico moderno que estuviese acorde con la realidad económica y que respaldase debidamente sus relaciones comerciales internacionales y los intereses del sector productivo de la República Dominicana.

Teniendo en cuenta que el esfuerzo del Estado dominicano se enfocaba en crear un instrumento jurídico moderno, podremos identificar componentes y conceptualización semejante a la de la Unión Europea.

El propósito que persigue esta ley es promover la libre competencia para de esta forma aumentar la eficiencia de los mercados con el fin de generar beneficio y valor en favor de los consumidores.

En sus disposiciones generales establece como principio fundamental, la Unidad de ordenamiento, reconociéndose el derecho constitucional a la libre empresa, comercio e industria, compatible con la eficiencia económica, la competencia efectiva y la buena fe comercial.

En su artículo 3, se reconoce en su ámbito de aplicación a todos lo agentes económicos, sean éstos personas físicas o jurídicas, sean de derecho público o privado, con o sin fines de lucro, nacionales o extranjeras, que realicen actividades económicas en el territorio nacional.

En su capítulo II se incorporan disposiciones sobre los acuerdos, decisiones y prácticas contrarias a la libre competencia y del abuso de posición dominante que en el Derecho español podremos identificar como prácticas colusorias y el abuso de posición dominante, sin embargo, la Ley dominicana no incorpora la conducta el falseamiento de la libre competencia por actos desleales.

Podemos reconocer que este esfuerzo del Estado dominicano por regular la libre competencia, comparte similitudes respecto a la normativa española, de la que podemos destacar a además de la regulación de las conductas y comportamientos, la creación de

la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, el cual es un organismo para garantizar la competencia efectiva, por medio de la ejecución y aplicación de las políticas y legislación de competencia y el ejercicio de sus facultades investigativas, de informe, reglamentarias, dirimientes, resolutivas y sancionadoras. Al igual que su homólogo español la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia tendrá el mismo funcionamiento administrativo.

Derecho de la Competencia República de Panamá

El Derecho de la Competencia en la República de Panamá encuentra su instrumento jurídico en la Ley No. 45 de 31 de octubre de 2007, que dicta normas sobre protección al consumidor y defensa de la competencia y otra disposición.

En su artículo 1 establece como objeto la protección y aseguramiento del proceso de libre competencia económica y la libre concurrencia, erradicando las prácticas monopolísticas y otras restricciones en el funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios, para preservar el interés superior del consumidor. Siendo la preservación del interés del consumidor, el objetivo central de la norma.

Esta norma no hace distinción sobre conductas determinadas, sino que de manera general dispone de los conceptos como prácticas monopolísticas absolutas y relativas, en las que cuales lista conductas que de manera conjunta se pueden comparar con la normativa española.

Por otro lado, la legislación panameña dedica su capítulo III a las concentraciones económicas, las cuales podrán ser autorizadas en caso de que surtan los siguientes efectos: la mejora de los sistemas de producción o comercialización; fomento del progreso técnico o económico; mejora de la competitividad de la industria; contribución a los intereses de los consumidores. Notable diferencia con los requisitos establecidos por la normativa española.

La Ley panameña incorpora principios como la 'ley de clemencia' o leniency", aspecto que comparte con la Ley española y Derecho Comunitario, sin embargo, la aplicación de este principio se limita a las denominadas prácticas monopolísticas absolutas descritas en el artículo 13:

Son prácticas monopolísticas absolutas cualquier acto, combinación, arreglo, convenio o contrato, entre agentes económicos competidores o potencialmente competidores, entre sí, o a través de asociaciones cuyos objetos o efectos sean cualesquiera de los siguientes:

1. Fijar, manipular, concertar, acordar o imponer el precio de venta o compra de bienes o servicios, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto.

2. Acordar la obligación de producir, procesar, distribuir o comercializar solamente una cantidad limitada de bienes, o la de prestar un número, un volumen o una frecuencia limitado de servicios.

3. Dividir, distribuir, asignar, acordar o imponer porciones o segmentos de un mercado existente o potencial de bienes y servicios, mediante clientela, proveedores, tiempo o espacios determinados o determinables.

4. Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en licitaciones públicas, por mejor valor, para convenio marco y de subasta en reversa, subasta de bienes públicos, así como cualquier otra forma de contratación con el Estado⁴⁹.

Obedeciendo el espíritu de esta Ley, la norma dedica su título II para delimitar obligaciones y derechos en las relaciones de proveedor y consumidores, estableciendo los requisitos mínimos de cumplimiento en materia contractual, garantías, publicidad.

En su título III, la Ley dispone de forma general las competencias y funciones de la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia, manteniendo una doble función, ya que debe velar por el cumplimiento de normas de protección al consumidor y por otra parte está legitimada para realizar abogacía de la libre competencia ante los agentes económicos, teniendo la competencia para ejercitar acción ante los tribunales de justicia, en razón de concentraciones económicas, prácticas monopolísticas o violaciones a las normas de protección al consumidor.

A grandes rasgos podemos observar la existencia de diferencias entre ambos ordenamientos, sin embargo, podemos identificar similitudes a razón de la notoria influencia internacional del Derecho de la Competencia. Resulta necesario analizar ambas legislaciones teniendo en consideración, como antes mencionamos, las singulares condiciones políticas y económicas de estos dos países, dándonos la oportunidad de poder contrastar estos ordenamientos con la normativa comunitaria y en nuestro caso desde la perspectiva del Derecho español.

1.2.3.- Aplicación de la regulación en la banca

La defensa de la libre competencia es uno de los objetivos del Tratado de la Comunidad Económica Europea, siendo el equilibrio entre los principios generales de la libre competencia y el poder reglamentario de los Estados en el sector del crédito lo que convierta a la competencia en un propulsor de la integración financiera. Con la creación de un mercado interior ningún sector podría quedar excluido del juego de la libre competencia, por lo tanto, era necesario estructurar un marco de actuación que diese seguridad al nivel de competencia del funcionamiento de los mercados financieros.⁵⁰

⁴⁹ Panamá. Ley No.45 de 31 de octubre de 2007, Que dicta normas sobre protección al consumidor y defensa de la competencia y otra disposición. Gaceta No 25914.

⁵⁰ BROKER, G. (1989). «Competition in Banking», Paris, OECD. pp.49-79.

El sector bancario se encuentra en la encrucijada entre del Derecho de la Competencia, la libertad de movimientos de capitales y las reglas que gobiernan el sector de la libertad de establecimiento y de prestación de servicios⁵¹.

La integración del mercado bancario como parte del sistema comunitario, produjo diferentes problemas, ya que existía la necesidad de armonizar los conceptos de los actores del mercado único bancario, la concurrencia de las diversas autoridades de supervisión de los Estados miembro. Además de estas condicionantes, se adicionan las innovaciones en numerosos sectores del mercado financiero internacional basadas en la aparición de nuevos productos y técnicas bancarias como la aparición de nuevos intermediarios financieros⁵².

A pesar de los retos que implicaba la aplicación de los principios de libre competencia, estos tuvieron efectos inmediatos en la actividad bancaria. En primer lugar, con la autorización única para el ejercicio de la actividad bancaria, se eliminan las barreras de entrada a cualquier mercado de los Estados miembros. En segundo lugar, a través del principio de reconocimiento mutuo de las actividades comprendidas en la licencia bancaria única se amplía la gama de actividades autorizadas a las entidades de crédito⁵³.

La integración financiera y las medidas regulatorias vinculadas al mercado único de servicios financieros han dado lugar a importantes transformaciones competitivas en las entidades bancarias de los distintos países miembros de la UE, a su vez este proceso ha sido influenciado por la consolidación y concentración del sector posterior a la crisis.

Esta integración ha despertado el interés por el análisis del poder de mercado en la industria bancaria⁵⁴. Pudiendo ser esta el vehículo por el cual los operadores del sector bancario realicen conductas como la explotación abusiva de la posición dominante a través de prácticas concertadas⁵⁵.

1.3.- Competencia desleal

El Derecho de la Competencia se ha desarrollado en el entorno de europeo, bajo dos diferentes sistemas normativos. El primero persigue tutelar la defensa de la libertad de competencia, y el segundo regula la competencia desleal, entendiéndose por la protección frente a todo comportamiento que sea contrario a la buena fe.

⁵¹ Cfr. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. y CALVO CARAVA, A.L. (1995) *Derecho mercantil internacional*. (2ªed) Madrid, p.224.

⁵² COOKE, W. (1986). Towards the 1990s – *Banking Financial Intermediation and Supervision*. *Rev. de la Banque*, nº2, 1986, p.6

⁵³ MAESTRE, P. (1997). *Aplicabilidad del Derecho de la competencia a la banca*. Madrid. Eurolex, DL.

⁵⁴ MAUDOS, J. y FERNÁNDEZ DE GUEVARA, J. (2010) *Dimensión bancaria, poder de mercado y estabilidad financiera*. Recurso on-line, disponible en: <<https://www.uv.es/maudosj/publicaciones/Perspectivas%20sistema%20financiero%202010.pdf>> (última consulta: 10 de abril de 2018).

La Ley española 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal representó un logro para la consecución de un objetivo, el cual era satisfacer la exigencia de ordenación del mercado, puesto que estos actos de deslealtad ejecutados por operadores económicos vulneran el interés privado del resto de los competidores y el interés colectivo de consumidores, afectando de manera integral la libertad de competencia o causando perturbaciones en el funcionamiento competitivo del mercado.

El efecto de la integración de España a la Comunidad Económica Europea no eximió la adecuación de esta norma a los parámetros del Derecho comunitario, por lo que esta Ley fue modificada por la Ley 29/ 2009, de 30 de diciembre, adaptándose bajo las directrices de la Directiva 2005/29/(CE) relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior y a la Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa.

La Ley española establece en su capítulo II las condiciones determinantes de la configuración de los actos de competencia desleal: en primer lugar, que el acto sea realizado en el mercado y se realice con fines de promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero. Segundo, en su artículo es de aplicación a todos los operadores económicos, independientemente que no exista una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto activo del acto de competencia desleal. Por último, el artículo 4 establece que la Ley será de aplicación a todos los actos de competencia desleal que produzcan o puedan producir efectos sustanciales en el mercado español inclusive los sobre los actos de competencia desleal, realizados antes, durante o después de una operación comercial o contrato, independientemente de que esta hubiese llegado a celebrarse o no⁵⁶.

1.3.1.- Cláusula general: buena fe

La legislación delimita la conceptualización de la competencia desleal a través la *cláusula general prohibitiva* y, por otro lado, a través de la tipificación de actos de competencia desleal. Esta cláusula general de prohibición se establece en el artículo 4.1:

1. Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.

En las relaciones con consumidores y usuarios se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la

⁵⁶ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. «BOE» núm. 10, de 11 de enero de 1991.

*práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores*⁵⁷.

Esta conceptualización nos lleva a analizar qué comportamientos son contrarios a las exigencias de la buena fe. Entendiendo su amplitud esta cláusula persigue proteger a los intereses privados de los competidores y de los consumidores, quienes esperan del resto de operadores económicos reciprocidad en relación con el cumplimiento de los estándares de conducta profesional. Toda conducta que vulnere la libertad de competencia, tutela del consumidor, será como contrario a la buena fe⁵⁸.

Se puede precisar que la cláusula permite la inclusión de aquellos comportamientos no recogidas en los supuestos tipificados asegurando la adecuación de la norma a los cambios del mercado y las relaciones mercantiles.

1.3.2.- Comportamientos prohibidos

La Ley de Competencia Desleal en su capítulo II tipifica los actos de competencia desleal que con frecuencia se presentan en la práctica. Esto se da con el motivo de proporcionar seguridad jurídica y certeza a la legislación.

Dentro de la clasificación de estos actos podemos entender que la misma atiende a diferentes intereses jurídicos por lo tanto se pueden agrupar de la siguiente manera:

- Actos de deslealtad frente a los competidores: denigración, imitación, explotación de la reputación ajena, violación de secretos e inducción a la ruptura contractual.
- Actos de deslealtad frente a consumidores: confusión, engaño, comparación, discriminación y prácticas agresivas.
- Actos de deslealtad frente al mercado: violación de normas, explotación de la situación de dependencia económica y venta con pérdida⁵⁹.

⁵⁷ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. «BOE» núm. 10, de 11 de enero de 1991.

⁵⁸ MENÉNDEZ, R., ROJO, A. (2018). *Op.cit.*, pp.332-333.

⁵⁹ MENÉNDEZ, R., ROJO, A. (2018). *Op.cit.*, pp.334-335.

2.- Uso de datos y protección del usuario

2.1 Marco jurídico general

Cuando hablamos del marco jurídico general nos referimos al conjunto de disposiciones (constitución, leyes, reglamentos, ordenanzas, reales decretos), al que debe apegarse tanto las entidades gubernamentales como los particulares. Como introducción las normas sobre el uso de datos y protección del usuario garantizan la protección de todos los datos personales en el conglomerado de casos que se acopien ya sea en la compra por internet, al solicitar determinado empleo en una institución, al pedir un préstamo bancario, y en nuestro caso en particular al realizar compras por medio de páginas web.

Todas las normas que regulan esta materia son de aplicación tanto para las empresas u organizaciones públicas o privadas, que se localizan dentro de la UE, así como aquellas empresas que aun no estando dentro de la UE presten servicios para ella, lo que claramente incluye a España. Dentro de este tipo de empresas podemos encontrar a operadores tecnológicos como Facebook, Apple, Amazon, entre otras, siempre que éstas soliciten o reutilicen datos personales tanto de los ciudadanos de España como de la UE.

El formato en el que se almacenan los datos en línea queda protegido y amparado por las normas de la UE, siempre que se guarde o trate información que pueda indicar de forma directa o indirecta al individuo, respetando sus derechos en materia de protección de datos⁶⁰. En el ámbito del uso de datos y a la luz de la Constitución Española, considerada como pionera en el reconocimiento del derecho fundamental a la protección de datos personales, se resguarda la defensa de los consumidores en los artículos 18.4⁶¹ y 51⁶², que en capítulos posteriores se desarrollará. En ese mismo orden, en la normativa española se encuentra la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección, que recoge, entre otras cosas, la unificación de los derechos fundamentales en el marco de la protección de datos; garantizando una serie de principios que de nuestro interés recaen en: la exactitud de los datos, el deber de confidencialidad, el tratamiento basado en el consentimiento del afectado, el tratamiento de datos por obligación legal, interés público o ejercicio de poderes públicos, las categorías especiales de datos.

En el marco de la protección del usuario la normativa española se encuentra el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto

⁶⁰ EUROPA UE (2019). Protección de datos y privacidad online. Recurso on-line, disponible en: <https://europa.eu/youreurope/citizens/consumers/internet-telecoms/data-protection-online-privacy/index_es.htm> (ultima consulta 30 de marzo de 2019).

⁶¹ La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

⁶² 1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca.

3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.

refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, cuya función es de cumplimiento con la previsión tipificadas en la disposición final quinta de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios⁶³. Con referencia a lo anterior se destaca la integración a esta ley lo siguiente:

Las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios que inciden en los aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que tengan que ser refundidos⁶⁴.

2.1.1- Concepto de usos de datos y protección del usuario

Cuando nos referimos al uso de datos y protección del usuario, nos referimos a los datos personales de las personas que son manejados y operados por la red de internet, y el derecho que les corresponde o se les atribuye por vías legales para que sus datos sean resguardados. En este apartado veremos los diversos conceptos que las normativas tanto europeas como españolas atribuyen a ambos conceptos.

El artículo 4 del Reglamento Europeo General de Protección de Datos, define que se entenderá por datos personales lo siguiente:

«datos personales»: toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona.

Por su parte la Comisión Europea define los datos personales como «cualquier información relativa a una persona física viva identificada o identificable»⁶⁵, lo que hace referencia a las diversas informaciones que uniéndolas se puede llegar a la identificación de un determinado individuo.

Los datos personales constituyen cualquier información concerniente a personas físicas inidentificada o identificable, una persona identificable se define en el artículo 5.1 Reglamento de desarrollo de la LOPD lo define como «Toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, mediante cualquier información referida a su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social». Definición que además el reglamento completa de la siguiente forma: «Una persona física no se

⁶³ Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Preámbulo I.

⁶⁴ *Loc. Cit.*

⁶⁵ COMISIÓN EUROPEA. *¿Qué son los datos personales?* Recurso on-line, disponible en: <https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/what-personal-data_es> (última consulta 28 de marzo 2019).

considerará identificable si dicha identificación requiere plazos o actividades desproporcionados».

Cabe agregar que una persona es identificable cuando su identidad pueda determinarse mediante programas identificadores (se puede identificar un nombre, datos de localización, número de identificación) o por el uso de elementos propios de la identidad física o cultural del individuo⁶⁶. En ese mismo orden, La Comisión Europea pone de manifiesto algunos ejemplos que se pueden considerar como datos personales como son el domicilio, correo electrónico, teléfono.

En el orden de las ideas anteriores, se establece una novedad que modifica por completo el concepto de dato de carácter personal, pues se vislumbra que el dato de carácter personal no se limita a la conceptualización de manera estricta y específica, sino que este concepto hace alusión a la información que es propia del individuo, es decir, su información, que es lo que puede ser tratado. Es por esto que el concepto como tal se amplía de manera sustancial⁶⁷.

Resulta oportuno destacar los principios que recubren el tratamiento de los datos personales derivados de los considerandos contenidos en el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD). En primer lugar, tenemos el principio de licitud, lealtad y transparencia, que en pocas palabras supone que la captación de los datos personales debe ser realizada de forma lícita, leal y transparente, al amparo de la regulación, la RGPD. De igual forma (y en amparo a esta norma) al momento de la captación de la información personal de cada individuo debe indicarse el fin u objetivo por el cual se solicitan, obligando de esta forma al receptor de la información a ser lo más transparente posible en el trato de los mismos.

En segundo lugar, el reglamento nos presenta el principio de limitación de finalidad, detallando que los datos son recogidos con un fin determinado y que sólo serán atribuibles a estos fines. Al cumplimiento de este principio, se entenderá que el objetivo del uso de datos debe estar claramente definido, el uso o aporte de datos debe estar conjuntamente ligado a la finalidad de su uso. En tercer lugar, el principio de minimización de datos, el cual prohíbe recabar y tratar datos por el simple hecho de que en algún caso puedan ser ventajosos en un momento en el cual no sea necesario su uso. En cuarto lugar, el principio de exactitud, que esboza la necesidad de actualización de datos en la medida que se considere razonable hacerlo. En quinto lugar, el principio del plazo de conservación, donde los datos personales podrán mantenerse de forma que permita la identificación de datos por el tiempo que sea considerado por las partes como necesario. En sexto lugar, el principio de integridad y seguridad, donde se garantice la seguridad e integridad de la información recopilada. En aras de protegerla frente a cualquier potencial riesgo que pueda amenazar su seguridad. En séptimo y último lugar,

⁶⁶ AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (AEPD). Protección de Datos: *Guía para el Ciudadano*. Recurso on-line, disponible en <<https://www.aepd.es/media/guias/guia-ciudadano.pdf>> (última consulta 30 de marzo de 2019), p.5.

⁶⁷ CAZURRO, V., LORENTE, M., FAYOS, A. (2017). *Derecho Digital Perspectiva interdisciplinar*. España: Bosch Editor, p. 180.

se encuentra el principio de responsabilidad proactiva en el cual los recopiladores de información personal garanticen el cuidado de éstos conforme a las leyes establecidas⁶⁸.

En otro orden, debemos resaltar lo que se considera como protección del usuario. Se entiende por usuario «quien tiene derecho de usar de la cosa ajena con cierta limitación. O Quien utiliza o recibe un servicio público»⁶⁹. Con referencia a lo anterior, cuando hablamos de protección del usuario, nos referimos a las normas que existen para salvaguardar la información de la persona jurídica que aporta sus datos para una situación en concreto.

Cabe agregar, que al hablar de protección de usuario Daniel García nos dice que:

Los principios de derechos de protección de datos comportan obligaciones a las Administraciones Públicas, en relación con los ciudadanos. Ahora los derechos permiten que las personas tengan un poder sobre sus datos en todo momento, a través de unos procedimientos que ellas tienen que iniciar. Así es necesario que las personas incurran en un comportamiento activo dirigido hacer valer sus derechos. La participación de los ciudadanos se completa con la intervención de la Agencia Española de Protección de Datos o Agencias económicas que existan, autoridades que controlen cualquier negativa al ejercicio de los derechos del ciudadano poniendo en marcha la maquinaria de la Tutela de los Derechos⁷⁰.

Es decir, todas las personas físicas tienen derecho a disponer de sus datos en todo momento, lo que supone un comportamiento activo por cada uno de ellos, completándose esta obligación mediante organismos gubernamentales como la Agencia Española de Protección de Datos.

2.1.2.-Evolución histórica

Fruto de la revolución informática que explotó en el siglo XX, mediante las innovaciones y sociedades tecnológicas creara la necesidad la protección de la intimidad y el honor de la persona, que producto de las nuevas tecnologías y elementos de información sus datos pueden verse amenazados. Con este nuevo avance, la información personal es susceptible de usos que pueden afectar tanto positiva como negativamente al individuo. De ahí, la necesidad del legislador por imperar en una normativa o legislación que cubra este riesgo. Y del derecho que impera en la persona en conocer quien está manejando su información. En sus inicios la primera normativa sobre protección de datos en el territorio español inició con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 cuyo artículo 12 enuncia:

⁶⁸ AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (AEPD). *Op. cit.*, pp.7-9.

⁶⁹ CASADO, M. (2009). *Diccionario de derecho*. Valletta Ediciones, 2008. ProQuest Ebook Central. Recurso on-line, disponible en: <<http://ebookcentral.proquest.com/lib/universidadcomplutense-ebooks/detail.action?docID=3184342>>. (última consulta 27 de marzo 2019).

⁷⁰ SANTOS G., D. (2012). *Nociones generales de la Ley Orgánica de Protección de Datos y su Reglamento*. (2a ed.). Madrid: Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), p. 103.

*Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques*⁷¹.

Se observa claramente en relación al derecho de protección de datos, la protección a la vida privada de la persona física que puede ser vulnerada a través de mecanismos de tratamiento de información.

Siguiendo en ese orden de ideas, la segunda aparición ya en el territorio español corresponde a la Constitución Española de 1978 que en su artículo 10 consagra los derechos fundamentales (aquellos que son inherentes a las personas) en el cual se atribuye al respeto y dignidad de la persona, y la interpretación de conformidad con la «Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». Específicamente en el artículo 18.1 busca garantizar el «honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen».

Luego de estas normativas de gran auge e ímpetu nace el Convenio No. 108⁷² considerada como una de las fuentes de inspiración de la normativa española y pionero en uso y protección de datos. Sin embargo, sobre esto Daniel Santos García nos señala:

*El convenio 108 no es derecho directamente aplicable, ya que está compuesto por pautas que deben acomodarse las legislaciones internas de los países que lo han ratificado. Ha resultado ser un convenio de mínimos, esto es, se trata de nociones básicas pero fundamentales [...]*⁷³

Este convenio marca nuevas pautas como son la obtención de datos de manera lícita registrados mediante justificación probatoria, manteniendo una correcta actualización de los mismos. De igual forma, este convenio exige a los Estados que decidan acatarse a él un desarrollo fundamentado en el principio de territorialidad (aplicable de acuerdo al territorio y sus necesidades) con el fin de proteger tanto a sus ciudadanos nacionales como extranjeros.

Otra de las referencias utilizadas para la creación de esta normativa corresponde a los trabajos preparatorios del Proyecto de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al Tratamiento de Datos Personales y a la Libre Circulación de estos Datos, teniendo como última fuente (como ya habíamos comentado) de inspiración la Constitución Española⁷⁴.

⁷¹ NACIONES UNIDAS (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos. Art.14.

⁷² De 28 de enero de 1981, ratificado por España en 1984, BOE nº 274 de 15 de noviembre de 1985.

⁷³ SANTOS G., D. (2012). *Op. cit.*, p. 28.

⁷⁴ REBOLLO, D., L, y SALTOR, C. (2015). *El derecho a la protección de datos en España y Argentina: orígenes y regulación vigente*, Dykinson, p.71.

En los orígenes del desarrollo de la normativa europea nace la LORTAD⁷⁵, cuyo objeto o fin es restringir el uso de esa información considerada como datos personales de las personas físicas para garantizar ciertos derechos fundamentales de las personas como son el honor, la intimidad personal y familiar de los individuos que están y se desarrollan en el pleno ejercicio de sus derechos. Otras facultades derivadas de esta ley con la protección de datos es la creación de la estructura organizacional sobre la Agencia Española de Protección de Datos, imputando las funciones que ha de desempeñar y cuyo desarrollo se complementa con el Real Decreto 428/1993 por lo que se aprueban sus estatutos. En ese mismo orden de idea instituye el régimen de registro de información mediante ficheros y las infracciones que pueden derivarse del incumplimiento de la responsabilidad de salvaguarda de la información.

Esta normativa vino a completarse con dos Reales Decretos que impulsaron su fuerza y desarrollo dentro de la normativa española, a saber, el Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio, que limita y establece las diversas nociones y definiciones, de igual forma instaura una serie de procedimientos que sirven para regular el ejercicio de los derechos del uso y protección de datos. Por otra parte, se encuentra el Real Decreto 994/1999, de 11 de junio y el Real Decreto 994/1999, de 11 de junio, que configura las medidas de seguridad que serán adoptadas a los ficheros automatizados que posean datos de carácter personal. en síntesis, el génesis de la normativa de protección de datos en España se ha visto influenciada por la normativa europea, que ha ido marcando necesidades y objetivos, al mismo tiempo que va armonizando un único cuerpo jurídico europeo.

Asimismo, la Directiva 95/46/CE⁷⁶, amplía el ámbito del tratamiento de datos personales. Implementando importantes modificaciones a la estructura de los ficheros manuales incluidos en la normativa de protección de datos. «Establece los principios fundamentales de la protección de datos personales, que son el principio de calidad de los datos, la prohibición de tratamiento de datos sensibles y el respeto a los derechos básicos del afectado⁷⁷»

Continuando con la línea de la evolución histórica nos remontamos al año 1999, con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal (de ahora en adelante LOPD) que amplía y complementa los ordenamientos anteriores como la Directiva 95/46/CE y la LORTAD. La función principal es garantizar la serie de derechos fundamentales dedicados a proteger a la persona en su integridad. Instituye que en el caso que puedan surgir conflictos de leyes es necesario que impere el principio de territorialidad y personalidad, sometiendo una serie de normas y preceptos tanto a los organismos institucionales que se encargan de velar por la protección de datos, así como

⁷⁵ Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento de Datos de Carácter Personal.

⁷⁶ Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

⁷⁷ SANTOS G., D. (2012). *Op. cit.*, p. 29.

las empresas que residan en territorio español, pero que su jurisdicción principal no sea esta.

Han sido cinco las normas reglamentarias que se han dictado de desarrollo de las leyes de protección de datos:

- Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos.
- Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio, por el que se desarrolla determinados aspectos de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. (derogado por el Real Decreto 1720/2007).
- Real Decreto 994/1999, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal. (derogado por el Real Decreto 1720/2007).
- Real Decreto 195/2000, de 11 de febrero, por el que se establece el plazo para implantar las medidas de seguridad de los ficheros automatizados previstas por el Reglamento aprobado por el Real Decreto 994/1999, de 11 de junio.
- Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

2.1.3.-Influencia del Derecho de la Unión Europea y de los organismos internacionales.

En el marco del uso de datos y protección al usuario la influencia que se vive hasta el día de hoy en España proviene en esencia de normativas tanto de origen americano como de la cooperación de la UE representado por sus Estados miembros. Sus inicios se remontan a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 cuyo artículo 12 da las primeras pinceladas sobre lo que es el uso de datos personales.

«La Carta de Derechos Fundamentales de la UE establece que los ciudadanos de la Unión tienen derecho a que se protejan sus datos personales»⁷⁸. Esta carta, específicamente en sus artículos 7 y 8, reconocen el respeto de la vida privada y la protección de los datos personales pertenecientes a las personas físicas como derechos

⁷⁸ COMISIÓN EUROPEA. *La protección de datos en la UE*. Recurso on-line, disponible en: <https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/data-protection-eu_es> (última consulta 1 de abril de 2019).

fundamentales. Forma parte del Tratado de Lisboa⁷⁹. Así como el Convenio No. 108 sobre el tratamiento automatizado de los datos personales. En ese mismo orden, otra de las influencias que ha empapado al territorio español data del 4 de noviembre de 1950, cuando se promulga el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) que impone en su artículo 8 la consagración del respeto de la vida privada y familiar.

Siguiendo en esa misma línea, y como comentamos anteriormente la Directiva 95/46/CE amplía el ámbito del tratamiento del uso de datos. En el caso de la esfera europea, los reglamentos y disposiciones en esta materia surgen años después con el surgimiento de la era tecnológica y las crecientes necesidades que estaban surgiendo sobre la protección de datos personales teniendo como mira principal los bancos, empresas, entidades o demás compañías que por la naturaleza de su objeto y actividades precisan de la aportación de información, buscando así que esta información no se convierta en una herramienta para la constitución de fraude o engaños por terceros que deseen lucrarse.

Es por esto, que en el año 2016 nace el Reglamento general de protección de datos (RGPD), Reglamento (UE) 2016/679 que sirve de fortaleza para los derechos fundamentales de los ciudadanos en la llamada era digital, beneficiando a ambas partes, en el caso de los ciudadanos en la protección de sus datos, evitando las posibles violaciones de su privacidad, estableciendo su consentimiento expreso para el tratamiento de sus datos (entre otros aspectos) y a las empresas recolectoras de datos a facilitar las pautas que se les imponen en el mercado único digital.

De igual forma, como parte de la responsabilidad de la UE en mantener, coordinar y unificar lo mejor para sus Estados miembros, se consideraba necesario no tan solo una directiva que estableciera pautas, sino una que castigara los actos engañosos o dolosos que pudieran resultar como consecuencia de una mala administración de dato, o por un beneficio personal propio, por esto en 2016 surge la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y la libre circulación de dichos datos, y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo. Esta directiva actúa en el marco de los datos de los ciudadanos cuando son manipulados por las autoridades policiales, asegurando su debida protección y administración, siendo su principal objetivo la cooperación transfronteriza en la lucha del crimen.

⁷⁹ Aporta una base más sólida para desarrollar un sistema de protección de datos más claro y eficaz, al tiempo que prevé nuevas competencias para el Parlamento Europeo, que se convierte en colegislador. PARLAMENTO EUROPEO. *La protección de los datos personales*. Recurso on-line, disponible en: <<http://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/157/la-proteccion-de-los-datos-personales>> (última consulta 1 de abril de 2019).

Sobre la base de las consideraciones anteriores la UE entiende necesario la creación de un órgano regulador en la materia, es por esto que crea el Consejo Europeo de Protección de Datos, que conjuntamente con el Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD) y la Comisión Europea, tienen competencias para dirimir conflictos sobre esta materia. En el caso del SEPD su función recae en la vigilancia que los Estados miembros de la UE acaten las normas sobre protección de datos.

2.2.-Personas obligadas al cumplimiento de la protección de datos

En virtud de lo establecido por la Ley Orgánica de Protección de Datos (LOPD), en general, están obligados a cumplir la normativa de protección de datos de carácter personal todo individuo, empresas, entidades públicas o privadas que en el desarrollo normal de sus actividades manejen datos personales. De esto se deriva que profesionales que trabajen de manera autónoma como empresas de ambos sectores (públicos y privados) deben cumplir con el resguardo de los derechos fundamentales de intimidad y privacidad a la que esta ley atribuye y protege como suyos. En un sentido más específico, estas empresas o personas pueden ser:

- Sociedades mercantiles
- Autónomos
- Organismos públicos
- Administraciones públicas
- Asociaciones
- Comunidades de bienes
- Comunidades de propietarios
- Entidades sin ánimo de lucro

2.2.1.-Derechos fundamentales que amparan el uso de datos y protección del usuario

Como hemos venido comentado en el transcurso del desarrollo de nuestro trabajo, al día de hoy es posible tener acceso a casi todos los aspectos (en cuanto a información se refiere) de la vida de una persona, a través de los datos que proporcionan de manera voluntaria en los diversos medios electrónicos en la contrata de productos y servicios.

En el caso español, como hemos visto, el origen de la protección a esta serie de datos proviene de la Constitución Española de 1978, conjuntamente con las directrices que ha planteado el Tribunal Constitucional al respecto.

Los define como aquellos derechos fundamentales de la persona humana considerada tanto en su aspecto individual como comunitario- que corresponde a ésta por razón de su propia naturaleza (de esencia, a un mismo tiempo, corpórea, espiritual y social) y que deben ser reconocidos y

*respetados por todo Poder o autoridad y toda norma jurídica positiva, cediendo, no obstante, en su ejercicio, ante las exigencias del bien común*⁸⁰.

En otras palabras, cuando nos referimos a los derechos fundamentales nos referimos aquellos derechos humanos que son inherentes a la persona, reconocidos y asegurados por os diversos ordenamientos jurídicos de cada Estado, en su gran mayoría resguardados en su texto constitucional, gozando de unas garantías y protecciones especiales.

En cuanto a la protección de datos de carácter personal y el uso de los mismos, proveniente de las nuevas intervenciones de los riesgos informáticos con referencia al divulgación de la información de gran parte o mayoría de los aspectos de la vida, es necesario contar con herramientas de protección. En el marco de este derecho, se habla de tres expresiones que fungen como fundamentales, «se habla de un derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, pero en otras usan la expresión «libertad informática» o «derecho a la autodeterminación informativa». Si bien las tres se utilizan en referencia al mismo derecho, cada una de ellas subraya una dimensión distinta de esta figura»⁸¹

La primera de las expresiones hace alusión en los medios o formas que cuenta el ordenamiento jurídico para la protección de aquellos derechos que se encuentren en riesgo. La segunda «libertad informática» alude al lugar donde se encuentra la información que desea protegerse. En tercer lugar, «derecho a la autodeterminación informativa», es la esencia, el contenido que aporta exactitud a su significado. En ese mismo orden, es la sentencia del Tribunal Constitucional 110/1984, de 26 de noviembre⁸², es donde se reconoció la necesidad de una ampliación de la protección de los derechos de la persona, donde se confirma que el ser humano adquiere nuevas pretensiones respecto a su entorno de intimidad.

«El Tribunal Constitucional propone una clasificación para determinar el contenido del derecho:

- Poderes de disposición.
- Derecho a conocer la identidad de la persona que dispone de los datos.
- Derecho a conocer la finalidad del tratamiento»⁸³.

Cuando nos referimos al «poder de disposición», hacemos énfasis en la autorización expresa que otorga el individuo para el manejo de sus datos. Por una parte, el «derecho a conocer la identidad de la persona que dispone de los datos», es propio de identificar, o saber a qué persona física o jurídica estamos consintiendo para que maneje nuestra

⁸⁰ CASTÁN TOBEÑAS, J. (1979). *Los derechos del hombre*. Reus. Madrid, p.13.

⁸¹ ZABALLOS PULIDO, E. (2013). «La Protección de Datos Personales en España: Evolución Normativa y Criterios de Aplicación», año 2013, p.67. Recurso on-line, disponible en: <<https://eprints.ucm.es/22849/1/T34733.pdf>> (última consulta 1 de abril de 2019).

⁸² Tribunal Constitucional. Sala Primera. Sentencia 110/1984, de 26 de noviembre.

⁸³ ZABALLOS PULIDO, E. (2013). *Op. cit.*, p.86.

información y que la misma cuenta con un motivo preciso por el cual está manejando nuestros datos, ya sea por medio de la contratación de un producto o un servicio. Por otra parte, el «derecho a conocer la finalidad del tratamiento», es que la persona física debe identificar o tener conocimiento en saber la finalidad por la cual se le solicitan sus datos personales.

Continuando con la idea anterior, la clasificación del derecho a la protección de datos se considera como:

- ***Derecho fundamental independiente, no instrumental:*** debido a que los derechos que emanan de la protección de datos son complementarios a la dignidad humana y por ende a los derechos fundamentales.
- ***Derecho innato al hombre:*** se considera como tal porque lleva consigo la protección del tratamiento de los datos y la necesidad de autorización para revelarlos.
- ***Derecho subjetivo privado:*** es el derecho que corresponde a cada individuo de conocer la información que dispone los terceros y la finalidad por la cual poseen su información.
- ***Derecho de exclusión:*** se refiere al derecho de oponibilidad a terceros sobre ciertos datos personales⁸⁴.

Sobre la base de las consideraciones anteriores podemos indicar que los principales derechos fundamentales que se protegen en el marco del uso de datos y protección del usuario es la dignidad humana como base a la libertad individual, honor e intimidad, el derecho innato del hombre sobre la protección en la revelación y tratamiento no consentido de sus datos, el derecho a ser informado del tratamiento de sus datos, así como de propiedad libre su información, y el derecho de oponer a los terceros el uso de sus datos sin su consentimiento.

2.2.3.-Derecho al olvido

El derecho al olvido surge de la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE), en fecha 13 de mayo de 2014 en el asunto de Google Spain y Google Inc. V. AEPD y Mario Costeja González «Caso Google». Esta sentencia reconoció el derecho de los interesados de suprimir ciertos enlaces que muestren los motores de búsqueda alegando los artículos 7 y 8 de la Carta de Derechos de la UE. De esta sentencia es que nace el concepto «derecho al olvido» cuyos perfiles, alcances y demás no se encuentran configurados en ningún texto legal, pues a la fecha las innovaciones tecnológicas renacientes, no se había considerado la necesidad de establecer el concepto.

⁸⁴ *Ibid.*, pp.85-86.

Conceptos como: «dato de carácter personal », «tratamiento de datos», «responsable del tratamiento», los principios de calidad de datos y legitimación para el tratamiento o el alcance de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, tal y como fueron concebidos en esos primeros instrumentos, se aplican por el TJUE a la actividad de los motores de búsqueda, del mismo modo que podrían ser aplicados a otros servicios, tales como plataformas de alojamiento o los servicios de redes sociales, sin que sea necesario «reinventar» los perfiles del derecho⁸⁵.

Dicho de otra forma, el derecho al olvido no constituye en sí que los datos o demás informaciones vinculados a programas informáticos se eliminen completamente, sino que le otorga el derecho al que lo solicita suprimir la información invocada. Habiendo dicho esto, se entiende que existen cinco puntos clave determinado por la Agencia Española de Protección de Datos (en lo adelante «AEPD») para ejercer el derecho al olvido.

El primero de ellos, habla sobre el derecho de supresión, que es el derecho que le impera a la persona a que su información o datos no sean difundidos cuando la misma no cumpla con requisitos expresos de adecuación y pertinencia previstos en la normativa. Esto puede darse, cuando la información o el dato ya no es relevante, ni posee ningún interés público. En segundo lugar, el ejercicio de este derecho puede ejercerse frente al buscador son acudir previamente a la fuente original. En tercer lugar, La sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 13 de mayo de 201, indica y es clara que sólo se pueden suprimir las búsquedas que se han realizado expresamente con el nombre de la persona, no siendo posible suprimir los índices del buscador ni de la fuente original. En cuarto lugar, ofrece al ciudadano que desee ejercer el ejercicio de su derecho de olvido o supresión, es necesario la presencia de este ante la empresa o entidad que trata y maneja su información. En el caso de las «Big Tech», tienen la obligación de establecer sus propios formularios para recibir estas peticiones; pudiéndose interponer denuncia ante la ESPD cuando el usuario entienda o considere que a dicha solicitud no se le ha dado el trato que merece. La ESPD tiene facultad potestativa de acoger o no la solicitud, según proceda, y la misma es recurrible ante los Tribunales. En quinto y último lugar, la sentencia indica que es necesario el estudio de caso en particular para poder alcanzar la garantía del derecho que se intenta salvaguardar⁸⁶.

2.2.4.-Comportamientos prohibidos

Por comportamiento prohibido entendemos que son aquellos actos que se realicen de manera dolosa o no que vulneren (en nuestro caso) los principios y derechos

⁸⁵ PÉREZ BES, F. (Coord). (2016). *El Derecho de Internet*. Barcelona: Atelier, Libros Jurídicos, p.182.

⁸⁶ AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (AEPD). *Derecho de supresión («al olvido»): buscadores de internet*. Recurso on-line, disponible en: <<https://www.aepd.es/areas/internet/derecho-al-olvido.html>> (última consulta 1 de abril de 2019).

fundamentales que les son inherentes a los ciudadanos en el tratamiento, uso y divulgación de su información. La guía para el ciudadano de protección de datos dentro de las obligaciones en el tratamiento de los datos personales, como regla general el artículo 9 del RGPD establece:

Prohibición de tratamiento de datos que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, convicciones religiosas o filosóficas, afiliación sindical, así como el tratamiento de datos genéticos, biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud, vida sexual u orientaciones sexuales de una persona física⁸⁷.

Principalmente, el comportamiento prohibido sobre este tema recae en el tratamiento de las opiniones personales de cualquier índole, así como los datos genéricos que hagan referencia directamente con la persona, logrando ser inidentificable. El RGPD establece que debe prohibirse la transmisión de estos datos si su tratamiento no es compatible con la obligación de secreto profesional.

De igual forma, intuye salvedades en las cuales se puede efectuar excepciones a la prohibición general de tratamiento de datos personales, las cuales pueden ser las siguientes:

Cuando el interesado dé su consentimiento explícito o tratándose de necesidades específicas, en particular cuando el tratamiento sea realizado en el marco de actividades legítimas por determinadas asociaciones o fundaciones cuyo objetivo sea permitir el ejercicio de las libertades fundamentales.

Deben autorizarse excepciones a la prohibición de tratar categorías especiales de datos personales cuando lo establezca el Derecho de la Unión o de los Estados miembros y siempre que se den las garantías apropiadas, a fin de proteger datos personales y otros derechos fundamentales, cuando sea en interés público...

La Comisión puede reconocer que un tercer país, un territorio o sector específico en un tercer país, o una organización internacional ya no garantiza un nivel de protección de datos adecuado. En consecuencia, debe prohibirse la transferencia de datos personales a dicho tercer país u organización internacional, salvo que se cumplan los requisitos del presente Reglamento relativos a las transferencias basadas en garantías adecuadas, incluidas las normas corporativas vinculantes, y a las excepciones aplicadas a situaciones específicas⁸⁸.

⁸⁷ REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

⁸⁸ *Ibíd* (considerandos).

En efecto, queda prohibido por la norma todo tratamiento de datos, manipulación o transferencia que en principio releven la identidad de la persona de manera expresa. Esta prohibición se toma en consideración en aras de proteger los derechos inherentes al ciudadano, como es su privacidad y honor. Sin embargo, la misma norma nos indica que como toda regla general existen excepciones de ese tratamiento. Uno de los casos es cuando el individuo dando su consentimiento expreso indica a la empresa ya sea nacional o internacional el tratamiento de sus datos, conociendo plenamente el uso que se les dará.

Asimismo, en el marco de la legislación europea cuando todos los Estados miembros ponderen en conjunto que ciertos datos en concreto merecen la excepción. En ese mismo orden de ideas, y extrapolando la prohibición a nuestro tema principal sobre las «Big Tech», que en su mayoría corresponden a ordenamientos jurídicos diferentes al de la UE, como son Amazon, Facebook o Apple, cuyo origen no pertenece a la UE. Los organismos encargados de velar por la protección del ciudadano deben estar alertas en el caso de que en una de sus políticas de uso o demás, de estas grandes compañías (o incluso una entidad bancaria no perteneciente a la UE) estime que tal o cual información ya no se encuentre amparada o considerada como digna de proteger, debe prohibirse la transmisión de datos, salvo que cumpla ciertas normativas que son imperantes en estos casos.

2.2.5.-Comportamientos que necesiten autorización (cookies)

Antes de proceder con el análisis de los comportamientos que precisan de autorización, consideramos prudente conceptualizar unos de los términos más relevantes de esta materia, las cookies, «una cookie es un archivo que se descarga en tu equipo terminal con la finalidad de almacenar datos que podrán ser actualizados y recuperados por la entidad responsable de su instalación»⁸⁹. En otras palabras, se refiere a la autorización que se otorga a una página web en específica sobre ciertos datos personales para poder almacenarlos en un fichero sobre la navegación que se efectúa desde un ordenador, móvil o cualquier dispositivo electrónico con acceso a internet.

Uno de los aspectos más importantes sobre el uso de cookies, es que el mismo está condicionado a la confirmación de consentimiento del usuario para que estas entren en operación. La obtención del consentimiento del usuario es muchas veces determinante para poder acceder a la navegación dentro de una página web o para recibir el servicio de una plataforma. La aceptación del uso de cookies permite al proveedor de servicios recopilar información sobre los gustos y necesidades del usuario las cuales utilizará con el fin de adecuar los productos o servicios que serán publicitados en las páginas web. Este servicio ha cobrado valor puesto que se ha convertido en una herramienta que añade valor al servicio brindado por las empresas y compañías.

⁸⁹ BBVA (2019). *Política de Cookies*. Recurso on-line, disponible en: <<https://www.bbva.com/es/politica-de-cookies>> (última consulta 2 de abril de 2019).

Cabe agregar, que existen múltiples tipos de cookies como son:

Según la finalidad perseguida:

Cookies técnicas. Son aquellas que permiten al usuario la navegación a través de una página web, plataforma o aplicación y la utilización de las diferentes opciones o servicios que en ella existan [...]

Cookies de Geolocalización. Se utilizan para saber en qué lugar se encuentra un usuario cuando solicita un servicio. [...]

Cookies de personalización. Son aquellas que permiten al usuario acceder al servicio con algunas características de carácter general predefinidas [...]

Cookies de análisis. Son aquellas que permiten al responsable de las mismas, el seguimiento y análisis del comportamiento de los usuarios del sitio web al que están vinculadas. [...]

Cookies publicitarias. Permiten indicarles a los usuarios los anuncios o publicidades que según su perfil se considera más adecuado

Cookies de publicidad comportamental. Permiten en virtud del comportamiento del usuario mostrarles de forma mas eficaz una publicidad personalizada.

En función de su duración las cookies pueden ser:

De sesión. Recaban y almacenan información mientras el usuario está activo en la web.

Persistentes. Mantienen la información aun cuando el usuario no esté activo.

En función de la entidad que las gestione:

Cookies propias: la información se administra a través de un del titular de la web.

Cookies de tercero: la información se recopila a través de un tercero que no es el titular de la web⁹⁰.

En referencia a la clasificación anterior, podemos resaltar que las cookies son una herramienta por medio de la cual permitimos a la página en la cual estemos navegando

⁹⁰ *Loc. Cit.*

(ya sea una «Big Tech» o una entidad de crédito) acceder a ciertos datos que guarda y configura nuestro ordenador, para que posterior a su procesamiento sirva de herramienta para la clasificación del usuario, a quien se asignará un perfil acorde a sus gustos y necesidades. Como puede observarse este comportamiento es lícito y aprobado por las normativas tanto nacionales como internacionales y en ese tenor, por este medio es permitido el manejo de datos personales.

2.2.6.-Derecho comparado

En el marco del derecho comparado haremos referencia al desarrollo de los ordenamientos legales de la República de Panamá y de la República Dominicana en el ámbito del uso y protección de datos que regulan a todas las sociedades, incluyendo las entidades bancarias y las grandes compañías multinacionales.

Uso de datos y protección de datos de la República Dominicana

En la República Dominicana la ley que hace referencia al marco del uso y protección de datos es:

- Constitución de la República Dominicana.
- Ley No. 172-13 que tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros públicos, bancos de datos u otros medios técnicos de tratamiento de datos destinados a dar informes, sean estos públicos o privados. G. O. No. 10737 del 15 de diciembre de 2013.

De inicio el derecho a la protección y uso de datos personales es resguardado por la constitución dominicana, específicamente en su artículo 44.2 donde resalta el derecho a la integridad personal.

Esta ley dominicana recoge en un solo ordenamiento todas las directrices que en el espacio español se contempla en varias regulaciones. Dentro de sus considerandos resguardan el derecho a la intimidad y el honor como derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Dominicana en sus artículos 40 sobre el derecho a la libertad y seguridad personal, 42, sobre el derecho a la integridad personal y 44 sobre el derecho a la intimidad y el honor personal. En sus considerandos la Constitución Dominicana estima que la intimidad abarca los datos e informaciones de la persona, incidiendo en este el poder de decidir sobre el uso de los mismos.

El origen de esta ley proviene de la necesidad de un ordenamiento punitivo en los últimos años producto de los crímenes y delitos concernientes a la usurpación de identidades de las personas físicas que han causado daños económicos importantes. El objeto de esta norma (y así lo establece su artículo 1) es:

la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros públicos, bancos de datos u otros medios técnicos de tratamiento

de datos destinados a dar informes, sean estos públicos o privados, así como garantizar que no se lesione el derecho al honor y a la intimidad de las personas, y también facilitar el acceso a la información que sobre las mismas se registre, de conformidad a lo establecido en el Artículo 44 de la Constitución de la República Dominicana.

Del mismo modo, regula la constitución, organización, actividades, funcionamiento y extinción de las Sociedades de Información Crediticia (SIC), así como la prestación de los servicios de referencias crediticias y el suministro de la información en el mercado, garantizando el respeto a la privacidad y los derechos de los titulares de la misma, promoviendo la veracidad, la precisión, la actualización efectiva, la confidencialidad y el uso apropiado de dicha información⁹¹.

Por ende, los mismos derechos que vela y regula la normativa española, son los mismos que la ley dominicana trata de preservar, con aplicación a todo el territorio nacional. En otro orden, la ley dominicana consagra una serie de principios sobre los cuales se fundamenta. En resumen, los principios del artículo 5 son:

- ***Licitud de los archivos de datos personales:*** se refiere a que los datos personales que se resguarden en los correspondientes ficheros deben estar acorde a las normativas nacionales.
- ***Calidad de los datos:*** el tratamiento que se le proporcione a este tipo de información debe ser de calidad. Es decir, deben ser exactos, con un fin de uso lícito y almacenados de forma tal que al titular le permita tener acceso a ellos.
- ***Derecho de información:*** debe explicarse el fin o uso que se le dará a los datos que el ciudadano proporcione.
- ***Consentimiento del afectado:*** en todo momento la persona física debe haber aportado su conocimiento para el tratamiento y uso de datos, de forma expresa. Exceptuando los organismos de investigación que cuentan con facultad de acceder a estos si así fuese necesario.
- ***Seguridad de los datos:*** el responsable o administrador de la información personal debe contar con los medios necesarios para salvaguardarlos.

⁹¹ Ley No. 172-13 que tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros públicos, bancos de datos u otros medios técnicos de tratamiento de datos destinados a dar informes, sean estos públicos o privados. G. O. No. 10737 del 15 de diciembre de 2013. Artículo 1

- **Deber de secreto:** en todo momento los datos personales constituirán o estarán resguardados bajo la tutela del deber de secreto, por lo que se entiende que son de carácter confidencial.
- **Lealtad:** queda prohibido la sustracción de datos de forma ilícita.
- **Finalidad de los datos:** el tratamiento de datos debe tener un objeto específico.

Asimismo, la ley considera como datos de carácter personal cualquier información que identifique o por la cual pueda ser inidentificable la persona física. En el territorio de la República Dominicana, existe una entidad en el mundo bancario que recopila la información crediticia llamada «Sociedad de Información Crediticia (SIC)⁹²».

En ese mismo orden de ideas, la legislación dominicana consagra algunos derechos específicos en cuanto al uso y manipulación de datos se refiere, a saber:

- **Derecho de acceso:** corresponde al derecho que tiene el individuo de acceder a la información y datos que reposen en los registros oficiales, y conocer de su destino.
- **Derechos de rectificación y cancelación:** este derecho hace referencia al derecho de olvido que es consagrado tanto en la legislación española como en la europea. Corresponde al derecho del individuo de actualización de datos y en los casos que corresponda ser suprimidos.

Como todo Estado derecho la legislación dominicana establece un procedimiento para el ejercicio de los derechos anteriormente citados consagrados en los artículos 25 y siguientes de la ley en referencia, con sus respectivas excepciones. Es importante aclarar que esta ley de protección de datos hace énfasis en las entidades de crédito e intermediaciones financieras, donde en el territorio de la sociedad dominicana es que más frecuente el uso, transmisión y protección de los datos personales. en ese mismo orden, esta norma pone una serie de dictámenes sobre el uso de los ficheros públicos. Otorga una clasificación a los diversos datos protegidos, ya sea de salud, menores de edad, etc. Y por último contempla las sanciones tanto administrativas como penales que se implementarán por la omisión de la normativa.

Uso de datos y protección del usuario de la República de Panamá

⁹² Sociedad comercial que se dedica a recopilar, organizar, almacenar, conservar, comunicar, transferir o transmitir datos, sobre los consumidores, bienes o servicios relacionados con éstos, así como cualquier otra información suministrada por la Superintendencia de Bancos, a través de procedimientos técnicos, automatizados o no, en forma documental, digital o electrónica.

En la República de Panamá la ley de protección de datos y del usuario es relativamente nueva de 20 de agosto de 2018, que entrará en vigor en el año 2020. Los ordenamientos principales que rigen la materia son:

- La Constitución Política Nacional de la República de Panamá; y
- La Ley de Protección de Datos Personales.

Al igual que la normativa española, esta ley surge como salvaguarda de la protección de los derechos fundamentales, la dignidad, la protección de los datos personales de los ciudadanos. Los sujetos que regula son las «personas naturales y jurídicas de carácter público o privado, con o sin fines de lucro, que llevan a cabo el tratamiento y/o custodia de datos personales»⁹³.

El objeto de esta norma (y así lo establece su artículo 1) es:

Establecer los principios, derechos, obligaciones y procedimientos que regulan la protección de datos personales, considerando también su interrelación con la vida privada y demás derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, por parte de las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, lucrativas o no, que tratan datos personales en los términos previstos en esta ley⁹⁴.

Por ende, los mismos derechos que vela y regula la normativa española, son los mismos que la ley panameña trata de preservar, con aplicación a todo el territorio nacional. Panamá hace una distinción sobre la excepción de los datos que no se consideraran personales en el desarrollo de su artículo 2 como son:

- Los que se realicen de forma doméstica.
- Los que realicen las autoridades competentes con fines de investigación de causas penales.
- Los que sean utilizados para el análisis de inteligencia financiera.
- Los que sean llevados a cabo en un proceso de anonimato.

En la normativa panameña al igual que la dominicana y la española, se entiende por dato personal cualquier información concerniente a la persona física que la identifique o la haga identificable. De igual forma, en la normativa panameña es necesario el consentimiento expreso de la persona para poder operar con sus datos, pudiendo ser a través de documentación o medios electrónicos, u otro mecanismo adecuado.

Sin embargo, hay ciertos daos personales que en virtud de esta norma no necesitan de la autorización en el tratamiento de datos como son:

- Los que provengan de fuentes de dominio público.

⁹³ Ley No. 665 sobre Protección de Datos Personales.

⁹⁴ *Ibíd. Art. 1*

- Los que se recolecten en el ejercicio de las facultades de la Administración Pública.
- Los que sean de carácter económico o bancario y cuenten con el consentimiento previo.
- Los que se contengan en un listado relativo a la una categoría de personas.
- Los que sean necesarios en una relación comercial
- Los que utilicen organizaciones privadas para el uso exclusivo de sus socios.
- Los casos de urgencia médica.
- Los datos de fines histórico, estadísticos o científicos.

La autoridad gubernamental competente en Panamá para estos fines recae sobre la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información (ANTAI), con el apoyo de la Autoridad Nacional para la Innovación Gubernamental (AIG), cuando verse sobre asuntos tecnológicos y comunicación⁹⁵.

En todo momento, sea en un medio público o privado se debe velar por el deber del secreto profesional que debe imperar. La normativa panameña comparte con la dominicana ciertos derechos pertenecientes a los titulares de los datos personales que son:

Derecho de Acceso: Permite al titular obtener los datos personales que se encuentren almacenados o sujetos a tratamiento en bases de datos de instituciones públicas o privadas, además de conocer el origen y la finalidad para los cuales han sido recabados.

Derecho de Rectificación: Permite al titular. solicitar la corrección de sus datos personales que sean incorrectos, irrelevantes. incompletos. desfasados. inexactos. falsos o impertinentes.

Derecho de Cancelación: Permite al titular, solicitar la eliminación de sus datos personales incorrectos. irrelevantes. incompletos. desfasados. inexactos. falsos o impertinentes.

Derecho de Oposición: Permite al titular. por motivos fundados y legítimos relacionados a una situación en particular. negarse a proporcionar sus datos personales o a que sean objeto de determinado tratamiento. así como a revocar su consentimiento⁹⁶.

Como toda normativa, ya en su capítulo V la ley panameña establece una serie de sanciones tanto administrativas como penales, clasificadas en leves, graves y muy graves, de aplicación para aquellas personas naturales como jurídicas

⁹⁵ *Ibíd*, art.7

⁹⁶ *Ibíd*, art.13.

que incumplan con lo establecido por las normativas referentes al auxilio de datos.

2.3.-Uso de datos por las entidades de créditos

La prestación de servicios por parte de las entidades de crédito está condicionada a la recopilación de datos de sus clientes. Por lo tanto, estas entidades son responsables de manejar gran contenido de datos personales por su propia naturaleza de servicios y productos bancarios, los cuales son imprescindibles durante todo el período de vida de la relación contractual, ya que estas entidades tienen la obligación de conocer a su cliente antes de poder ofrecerle cualquier servicio.

La información que manejan los bancos no se encuentra desprotegida, ya que la misma forma parte del derecho a la intimidad de sus clientes. En ese orden, el Tribunal Constitucional amplió la conceptualización de la intimidad, llevándola hasta la esfera económica del individuo, por lo que esta deberá garantizarse a cada ciudadano. Las actividades que los bancos realicen por la naturaleza de la operación deben manejarse a la luz de la protección de datos, puesto que todos los movimientos que realicen sus clientes, ya sea a través de tarjetas de créditos son monitoreados y conocidos constantemente por la entidad crediticia. Como indica Ricard Martínez

La Constitución Española y la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal otorgan una protección muy específica. Tres de sus pilares son la información, el consentimiento y el llamado principio de calidad de los datos. Cualquier entidad pública o privada que recabe datos deberá informar sobre quién obtiene esos datos personales, para que finalidad se van a usar, si se van a ceder a terceros y deberá obtener cuando así proceda el consentimiento del titular de los datos. Además, y aquí entra en juego el principio de calidad los tratamientos, se limitarán a los datos estrictamente necesarios y sólo para la finalidad para la que se recabaron. Todos estos límites operan cuando el tratamiento de datos personales se refiere a una persona identificada o identificable. El uso de datos con fines estadísticos, si los datos han sido irreversiblemente anonimizados, es perfectamente posible⁹⁷.

Como indica el presidente de la Asociación Profesional Española de Privacidad (APEP) las entidades de crédito en todo momento deben tener en cuenta estos tres pilares principales, debido al contenido de datos que manejan constantemente.

2.3.1.-Limitaciones del sector bancario en los datos personales

⁹⁷ INVERSIÓN & FINANZAS (2013). *La información que manejan los bancos forma parte del derecho a la intimidad de sus clientes*. Recurso on-line, disponible en: <<http://www.finanzas.com/noticias/empresas/20130217/informacion-manejan-bancos-forma-1724747.html>> (última consulta 3 de abril de 2019).

Las entidades bancarias poseen información que por la naturaleza del servicio que prestan se convierte en exclusiva, por lo tanto se espera que actúen acorde a los estándares de diligencia profesional, lo que se traduce en que estas deberán regirse dentro de las siguientes limitaciones en relación al uso de datos:

- **Limitación en el uso:** ninguna entidad bancaria puede hacer uso, tratamiento y divulgación de los datos personales de las personas sin su consentimiento expreso, pues de ser así estarían vulnerando la normativa sobre protección de datos.
- **Divulgación del secreto profesional:** en todo su actuar con el uso de datos las entidades bancarias deben velar por la seguridad y privacidad de sus clientes, mediante el resguardo del secreto profesional. Esta figura limita a los bancos en compartir con terceros o entre departamentos que no se encarguen del uso de datos en compartirla. Mediante la creación de barreras de información se mantiene y resguarda esta prioridad. «Este deber de secreto, se encuentra regulado, en el caso del Banco de España en la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España»⁹⁸.
- **Uso de la información como beneficio propio:** la actividad bancaria surge a través de la información, es ésta la que hace operar y funcionar a las entidades de crédito. En ese sentido, es sabido por los agentes que la información relevante sobre una determinada persona no puede ser divulgada para beneficio propio incurriendo así en un delito.

2.3.2.-Responsabilidad de salvaguarda de datos

Los bancos españoles como responsables del tratamiento de datos han adaptado todas las herramientas necesarias para esta función. Ya sea a través de medidas técnicas, organizativas, de seguridad interna, teniendo en cuenta la confianza que el cliente deposita en ellos al momento de entregarles o darles a conocer sobre sus datos.

Es por esto que los bancos españoles realizan un continuo esfuerzo a través del uso de recursos humanos, tecnológicos y materiales para implementar todas las pautas a favor de cumplir las disposiciones legales que regulan la materia.

En efecto, la Ley Orgánica de Protección de Datos (LOPD) señala diferentes niveles de protección de datos, aplicable según la naturaleza de la empresa o el banco:

- **Nivel básico:** se aplica a ficheros con datos simples.

⁹⁸ EL DERECHO (2014). *Análisis normativo y obligaciones de las entidades bancarias y financieras en materia de protección de datos*. Recurso on-line, disponible en: < <https://elderecho.com/analisis-normativo-y-obligaciones-de-las-entidades-bancarias-y-financieras-en-materia-de-proteccion-de-datos>> (última consulta 3 de abril de 2019).

- **Nivel medio:** hace mención a operaciones económicas, antecedentes penales o pruebas psicotécnicas.
- **Nivel alto:** cuando existe información personal como ideologías, creencias, datos de salud, etc. Que logren fácilmente identificar a la persona física.

Por otra parte, existen unas series de medidas que los bancos deben de disponer para la protección de datos, estas medidas son internas de cada entidad crediticia, como son⁹⁹:

- Nombrar responsables de la custodia de los datos personales.
- En caso de que la información sea mediante medios físicos, contar con lugares aptos para su resguardo.
- Procesos de auditorías cada dos años sobre protección de datos.
- Implementación de sistemas informáticos para controlar los accesos a las bases electrónicas que dispongan de información.

Es importante destacar que con la aplicación del RGDP en el 2018 supuso nuevas obligaciones para las empresas, organizaciones, o compañías que traten datos, en las que figuran las entidades de crédito. Dentro de estas nuevas obligaciones se destaca:

- Rendición de cuentas.
- Privacidad del diseño, que muestra todo el proceso referente a la protección de datos personales.
- Requerimiento de mayor seguridad.
- Eliminación de registro ante la autoridad competente el registro de ficheros.
- Responsabilidad proactiva.

⁹⁹CLICKDATOS (2018). *El tratamiento de los datos de los usuarios de los bancos*. Recurso on-line, disponible en: < <https://clickdatos.es/el-tratamiento-de-los-datos-de-los-usuarios-de-los-bancos/>> (última consulta 5 de abril de 2019).

3. Las Big Tech en el sector de servicios financieros

3.1.- Marco jurídico general

La evolución de la sociedad moderna ha generado un cambio de los paradigmas de las estructuras industriales y económicas como también en las relaciones sociales, dándose así la creación de una nueva etapa de desarrollo social, conceptualizada como la era de la Sociedad de la Información.

Tal como lo componen los elementos de este concepto, este modelo sociedad se caracteriza por la capacidad casi ilimitada de sus miembros para obtener y compartir información, instantáneamente, desde cualquier lugar y en la forma que estos prefieran, esta capacidad ilimitada de transmisión de información es posible a través de medios tecnológicos que se han desarrollado y potenciado en el transcurso de los últimos treinta años.

Esta capacidad ilimitada de transferencia de información progresivamente ha influenciado en la forma de actuar de las poblaciones, como también en la comercialización de productos y servicios, siendo esta última determinante del nivel de competitividad del mercado, teniendo como último efecto una modificación global cultural de las sociedades. Esta modificación cultural y económica se debe a la migración de los canales de comercialización, los cuales progresivamente han iniciado un proceso de concentración en un ecosistema donde convergen proveedores de servicios, los cuales han tenido un rol protagonista del proceso de desarrollo tecnológico desde el inicio de esta nueva etapa de la sociedad moderna, por lo tanto, estos proveedores se han convertido en operadores económicos que cuentan con posiciones dominantes dentro del mercado.

La amplia variedad de servicios ofrecidos por estos operadores económicos trasciende los límites de la comercialización de mercancías en línea, sino que también lo son, los servicios no remunerados por sus destinatarios, tales como los servicios de buscadores de información o la publicidad comercial¹⁰⁰.

Al comprender el gran grado de influencia sobre el mercado y alcance que estos operadores económicos tienen sobre los consumidores, se ha vuelto imprescindible establecer una regulación adecuada a la gran diversidad de servicios e intermediarios

¹⁰⁰ DEL PESO, NAVARRO, E. (2003). *Servicios de la Sociedad de la Información*. Madrid: Ediciones Díaz de Santos, S.A., pp.7-8.

que constantemente se incorporan a este ecosistema económico. Atendiendo a esto la UE estableció un marco general que reglamenta las siguientes materias: Servicios de telecomunicaciones asequibles: derechos de los usuarios¹⁰¹; protección de datos en el sector de las comunicaciones electrónicas¹⁰²; autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas¹⁰³; acceso a las redes de comunicaciones electrónicas¹⁰⁴; marco regulador de las comunicaciones electrónicas¹⁰⁵; selección y autorización de sistemas que prestan servicios móviles por satélite¹⁰⁶.

El interés creciente del regulador de brindar protección a los datos personales y de proporcionar igualdad de condiciones a las empresas tuvo como efecto la creación del Reglamento General de Protección de Datos, el cual entró en vigor el 25 de mayo de 2016, siendo este el cuerpo normativo que contiene las normas de protección de datos que se aplica a todas empresas que operen en la UE, independientemente del lugar de dónde tengan su sede¹⁰⁷.

Sin embargo, en los últimos años se ha visto una revolución tecnológica, la cual se ha manifestado con la incursión y el nacimiento de operadores tecnológicos de menor escala en el sector de los servicios financieros. Esta irrupción en el mercado de servicios financieros, que hasta el momento solo era dominado por las instituciones financieras tradicionales, fue impulsada por la contracción crediticia suscitada en los años posteriores a la crisis económica de 2008. Estos operadores tecnológicos exentos del cumplimiento de regulatorio que recae sobre las entidades financieras tradicionales, reconocieron la oportunidad de negocio que no estaba siendo satisfecha por las entidades financieras que posterior a la crisis se vieron sujetas a realizar ajustes integrales a sus modelos de negocio producto de la entrada en vigor de nuevos marcos regulatorios y de supervisión financiera, todo esto aunado al impacto reputacional que

¹⁰¹ Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, esta «Directiva de servicio universal» garantiza normas específicas para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas dentro de la UE. En este contexto, establece: las obligaciones para el suministro de determinados servicios obligatorios (servicio universal); los derechos de los usuarios finales y las obligaciones correspondientes a las empresas suministradoras de redes o servicios de comunicaciones electrónicas al público. («Directiva de servicio universal»).

¹⁰² Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas).

¹⁰³ Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización).

¹⁰⁴ Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva acceso).

¹⁰⁵ Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco).

¹⁰⁶ Decisión 626/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 2008, relativa a la selección y autorización de sistemas que prestan servicios móviles por satélite (SMS).

¹⁰⁷ REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016

relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

sufrieron las entidades financieras tradicionales las cuales perdieron la confianza del público¹⁰⁸.

En resumen, podemos entender que la industria de servicios financieros fue azotada por la “tormenta perfecta”, a pesar de su génesis de carácter financiero, sus efectos no se limitaron a esta esfera, sino que desencadenó una crisis política, económica y pública, permitiendo que estos nuevos actores aplicasen su desarrollo tecnológico a los servicios financieros creándose un nuevo paradigma conocido actualmente como Fintech, estos nuevos operadores en los últimos años han desarrollado plataformas basadas en los servicios de financiación e inversiones, operaciones internas y gestión de riesgo, medios de pagos, monetización y seguridad de datos¹⁰⁹. Existiendo un creciente número de compañías emergentes que administran datos financieros de clientes¹¹⁰. Siendo China un ejemplo del alcance de estos operadores, ya que en el año 2015 existieron 2,600 plataformas que ofrecían servicios de préstamos *peer to peer*, sin embargo, la ausencia de un marco regulador posibilitó la aparición de casos de fraude como fue el de la plataforma Ezubao, considerado como el esquema de fraude más grande de la historia moderna de China¹¹¹.

A efectos del marco regulatorio aplicable a este nuevo paradigma del mercado de los servicios financieros durante el año 2007, la UE emite la primera Directiva de Servicios de Pago (PSD, por sus siglas en inglés Payment Service Providers), estableciéndose en ella los parámetros regulatorios en relación con los servicios de pagos electrónicos y servicios de pago no monetario para toda la UE.

Sin embargo, en 2013, la Comisión Europea inicia un proceso de revisión de la Directiva vigente hasta al momento, siendo adoptada en 2015 la nueva directiva de Servicios de Pago (PSD2), en la cual se implementan mejoras en las reglas existentes haciendo un énfasis en nuevos servicios digitales de pago, se fortalece el rol de la Autoridad Bancaria Europea en la coordinación de autoridades supervisoras y desarrollo de estándares técnicos, se garantiza la seguridad del uso servicios de pago por internet, fortalece los derechos de los usuarios, busca igualar la posición entre los proveedores de servicios de pago y persigue promover la innovación y desarrollo tecnológico. A grandes rasgos esta directiva que es de aplicación desde enero de 2018 en toda la UE busca eliminar cualquier barrera que vulnere la competitividad en el mercado interior en relación con el comercio electrónico.

¹⁰⁸ ARNER, D., BARBERIS, J., BUCKLEY, R., (2015). «The Evolution of Fintech: A New Post-Crisis Paradigm» University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper No. 2015/047; UNSW Law Research Paper No. 2016-62. Recurso on-line disponible en: <<https://ssrn.com/abstract=2676553>> (última consulta: 24 de abril de 2019).

¹⁰⁹ ARNER, D., BARBERIS, J., BUCKLEY, R., (2015). *Op. cit.*, p. 1291.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 1286.

¹¹¹ MILLER, M. (12 septiembre de 2017). «Leader of China's \$9 billion Ezubao online scam gets life; 26 jailed ». Reuters. Recurso on-line, disponible en: <<https://www.reuters.com/article/us-china-fraud/leader-of-chinas-9-billion-ezubao-online-scam-gets-life-26-jailed-idUSKCN1BN0J6>> (última consulta: 26 de abril de 2019).

Los esfuerzos regulatorios de los últimos años se han concentrado en la estructuración normativa de la protección de los usuarios y seguridad jurídica de las plataformas que compiten en el mercado. A pesar de la evidente competencia que estas plataformas pueden representar para las entidades financieras tradicionales, a diferencia de estas últimas, la compañías tecnológicas emergentes carecen de una base existente de clientes, tienen acceso limitado a información blanda¹¹² de clientes, y a pesar que las entidades tradicionales han perdido credibilidad aún estas no poseen el mismo nivel de reconocimiento reputacional. Por lo tanto, el efecto sobre la competencia en el mercado ha sido notorio en relación a los servicios de pagos y asesoría financiera, pero no hay certeza de la capacidad competitiva de estas nuevas plataformas en el mercado de la banca minorista¹¹³.

La incursión en el mercado de servicios financieros por parte de las Big Tech; operadores tecnológicos aún más poderosos que las plataformas FinTech, no había sido contemplada en la última década por las entidades bancarias tradicionales, ni por las autoridades gubernamentales y de supervisión. Es por esto por lo que no existe un marco jurídico que regule o contenga los lineamientos legales que definan los parámetros del comportamiento de estos operadores tecnológicos en el mercado financiero mundial.

3.1.1.- Concepto de Big Tech

La era de la sociedad de la información se ha convertido en el espacio y el tiempo donde el desarrollo tecnológico no solo ha modificado las estructuras industriales y políticas, sino que ha provocado un cambio cultural profundo en la sociedad, fundamentalmente en el comportamiento del ser humano. Este cambio cultural es producido por la desaparición de barreras temporales y de espacio, y son estas las que han condicionado a los usuarios tecnológicos a adoptar preferencias sobre los servicios que los operadores económicos tecnológicos ofrecen en el mercado.

Estos operadores económicos son compañías tecnológicas que desde mediados de la década de los noventa han creado plataformas de servicios y desarrollado tecnologías que les han permitido convertirse en los principales competidores de este ecosistema, siendo su potencial tecnológico y la experiencia individualizada que ofrecen a sus usuarios los principales elementos que les han permitido asegurar posiciones dominantes en el mercado. Estos operadores tecnológicos conocidos como las Big Tech, poseen grandes bases de clientes y usuarios, y son hoy en día las mayores compañías del mundo por capitalización bursátil, ostentando grandes poderes económicos y competitivos.

¹¹² LIBERTI, J.M, PETERSEN, M.A. (2018). «Information: Hard and Soft». Northwestern University. p.4. Recurso on-line disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3252869> (última consulta: 26 de abril de 2019).

¹¹³ DE LA MANO, M. PADILLA, J. (2018). “*Big Tech Banking*”. Recurso on-line, disponible en: <https://s1.aebanca.es/wp-content/uploads/2018/12/de-la-mano-padilla-2018-big-tech-banking-15.0.pdf> > (última consulta: 26 de abril de 2019).

Dentro de este grupo de grandes compañías tecnológicas se encuentran las GAFA (Google, Amazon, Facebook y Apple), la cuales son las compañías tecnológicas más poderosas del continente americano y europeo. Sin embargo, el continente asiático también ha sido testigo del crecimiento de compañías tecnológicas que comparten el perfil de sus semejantes occidentales, estas se identifican como las BATX (Baidu, Alibaba, Tencent, Xiaomi), liderando el mercado asiático, pero con alcance mundial. Estas compañías ofrecen servicios de motores de búsqueda, plataformas de comercio electrónico, sistemas de mensajería, manufacturan computadoras, equipos electrónicos de consumo y desarrollan sus sistemas operativos, sin embargo, sus modelos de negocio se centran en el tratamiento de la información de sus usuarios, y es esta la razón por la cual han dominado el mercado, puesto que a través de sus plataformas de servicios y dispositivos reciben información proporcionada por sus masivas bases de usuarios, tales como datos personales, de comportamiento y geolocalización, esta información es procesada y utilizada para comercializarse o para el uso de estas mismas, ya que estos datos se convierten en un elemento esencial para el diseño de estrategias comerciales¹¹⁴.

Estos grandes cuerpos de datos se han convertido en el activo más importante de la economía contemporánea, sin embargo, no todos los operadores tienen la capacidad de procesar y de aplicar sus modelos de negocio, por esta razón las Big Tech han podido crear ventajas sobre los demás operadores económicos del mercado, siendo protagonistas de esta revolución de los Datos Masivos o Big Data, gracias a su poderío tecnológico, alcance global y la fuerte base reputacional que han construido.

De tal forma que estas compañías se han convertido no solo en dueñas de sus productos y servicios, sino también en su propio canal de comercialización, esto le permite reducir sus costos y ofrecer sus productos y servicios de forma permanente e ilimitada. Esto es claramente una amenaza latente para los modelos de negocios que precisan de intermediación para comercializar sus productos en el mercado. Además, gracias a su poderío económico, las Big Tech han adquirido compañías de otros sectores con el fin de ampliar su control creando cadenas de suministros globales, lo que les ha permitido acercarse a su visión del futuro, donde existe una interconexión entre operadores económicos y usuarios a tal punto que la experiencia de servicio deja de ser un proceso condicionado a los intereses de los diversos intermediarios.

3.1.2.- Revolución digital del sector bancario/servicios bancarios

El cambiante ritmo de la sociedad producto del exponencial alcance de la tecnología, ha condicionado el presente y futuro de los bancos a su capacidad de adaptación al mundo digital. La experiencia de usuario que ofrecen las plataformas tecnológicas se ha convertido en un estándar para los consumidores, quienes ahora esperan que todos los servicios que se le presten se rijan bajo los mismos parámetros de servicio, ya estas

¹¹⁴SOLERNOU, S., GARCÍA BRINGAS, P. (2018). *Estudio sobre el impacto del uso masivo de datos en el proceso competitivo*. Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco.

tecnologías ofrecen simplicidad, honestidad, velocidad relevancia, personalización y confianza. Lo cual ha obligado a los bancos a destinar parte de sus ganancias al desarrollo tecnológico y reestructuración de procesos que les permita sobrevivir en una nueva era, donde coexisten nuevos competidores como las empresas FinTech y se acercan las firmas Big Tech¹¹⁵.

La magnitud del reto al cual se enfrentan las entidades bancarias se puede comprender bajo la perspectiva de Richard Foster en su libro *Creative Destruction*, quien aplicó la teoría de Joseph Schumpeter¹¹⁶. Según Foster el período de vida de una compañía es determinado por el balance de tres imperativos administrativos: ejecución eficiente de las operaciones, creación de negocios que satisfagan las necesidades de los clientes y la eliminación de un negocio que haya sido en un momento principal, pero, que ya no cumpla con los estándares de la compañía para garantizar el crecimiento y las ganancias. La innovación y creación de nuevos negocios implica que las compañías pongan en riesgo al modelo de negocio actual. Es durante esos períodos donde grandes compañías se quedan rezagadas del paso cambiante de la economía. El reto para las entidades bancarias en esta nueva era digital se resume en crecer de forma sincronizada o por delante de la industria, sin perder el control de su negocio¹¹⁷.

Esta revolución digital se diferencia de otras revoluciones industriales, por la velocidad con la que se están produciendo cambios irreversibles en los modelos de negocios y en las interacciones comerciales entre consumidores y proveedores de servicios¹¹⁸. La transformación a la que se enfrentan las entidades bancarias no se limita a la migración de sus servicios y canales al entorno digital, sino que se extiende al posicionamiento de la entidad en un sitio de relevancia en el ecosistema. Alcanzar esta posición podrá significar que las entidades se despojen de los paradigmas que construyen el concepto de la banca, para que puedan contar con la total libertad de adaptación, sin perder su posición en el mercado¹¹⁹.

Este nuevo entorno al que deben adaptarse las entidades bancarias se ha construido en base al impacto de cambios en tendencias del que han afectado a todos los mercados. Dentro de los más significativos se encuentran las siguientes:

- Tendencias del consumidor: la hiperconectividad del consumidor, el desarrollo de la economía colaborativa y la economía de los datos personales;

¹¹⁵ ENRÍQUEZ, A., CERMEÑO, J. (2016). «La transformación digital en la banca». Revista del Instituto de Estudios Económicos, n°1 y 2, año 2016, p. 108.

¹¹⁶ La destrucción creativa en economía es un concepto ideado por el sociólogo alemán Werner Sombart y popularizado por el economista austriaco Joseph Schumpeter en su libro *Capitalismo, socialismo y democracia* (1942).

¹¹⁷ INNOSIGHT. (2012). *Creative Destruction Whips through Corporate America*. Innosight Executive Briefing, Winter 2012. Recurso on-line disponible en: < https://www.innosight.com/wp-content/uploads/2016/08/creative-destruction-whips-through-corporate-america_final2015.pdf > (última consulta: 3 de mayo de 2019).

¹¹⁸ ENRÍQUEZ, A., CERMEÑO, J. (2016). *Op. cit.* p.109.

¹¹⁹ *Ibid.*, p.110.

- Tendencias tecnológicas: conectividad móvil, inteligencia artificial y Big Data;
- Tendencias de negocio: simplificación operativa, experiencia de usuario integrada, plataformas multilaterales y adaptación de nuevos tipos de valores de intercambio¹²².

Sin embargo, será su relación con el entorno competitivo uno de los terrenos en los cuales las entidades deberán realizar un mayor esfuerzo para afianzar su adaptación a este nuevo escenario. El entorno digital permite que las empresas tradicionales puedan utilizar las mismas tecnologías que los nuevos actores del mercado han utilizado, pero, esto implica que las entidades bancarias tradicionales deberán invertir en el desarrollo de sus estructuras tecnológicas con el fin de igualar la oferta de los demás competidores. Por otra parte, existe la posibilidad que las entidades tengan que acordar alianzas con plataformas que les puedan proporcionar a su servicio el valor añadido que el consumidor demanda. Estas alianzas podrían significar riesgos para los modelos tradicionales de negocios, puesto que las entidades bancarias asumirían los riesgos de la ejecución operativa de las empresas aliadas, adicionándose al catálogo de riesgos que las entidades bancarias. Este es un riesgo que las entidades deberán considerar asumir para permanecer competentes en el mercado¹²³.

El proceso de digitalización de la banca ha llevado tiempo desarrollándose. Sin embargo, la verdadera transformación, es la que se presenta en el panorama actual, donde actores ajenos al sector de servicios financieros irrumpen en el mercado estableciéndose como férrea competencia de las entidades bancarias tradicionales. Estos actores nativos del ecosistema digital no habían entrado en el sector a razón de las barreras regulatorias y los costes de infraestructura que eran necesarios para prestar servicios en el sector financiero, pero al reconocer los reguladores que la entrada de estos en el mercado financiero resultaba en el beneficio a los consumidores, han iniciado un proceso de desregulación que ha permitido su entrada de forma progresiva al mercado.

Las entidades bancarias que busquen sobrevivir en esta nueva era están obligadas a asumir los riesgos que conlleva la innovación y la reestructuración de los paradigmas del modelo de negocio tradicional. No cabe duda que la entrada de otros competidores en el mercado se traduce en una mejor oferta al consumidor e impulso a la innovación, sin embargo a pesar de estos aspectos que a primera vista consideramos positivos, la expansión del ecosistema de servicios financieros conlleva una integración aún más profunda del mundo regulatorio y digital que implica un gran reto para los reguladores y supervisores, puesto que tendrán la tarea de evolucionar acorde al veloz paso del mundo digital manteniendo su objetivo de proporcionar seguridad jurídica al sistema financiero, la competencia y a los consumidores.

¹²² *Ibid.*, pp.110-119.

¹²³ ENRÍQUEZ, A., CERMEÑO, J. (2016). *Op. cit.* pp .125-129.

3.2 -Implicaciones de la entrada de las Big Tech en la prestación de servicios financieros.

El efecto disruptivo que podrá causar la entrada de las firmas Big Tech en el mercado minorista de servicios financieros, podrá producir consecuencias adversas a la competencia, por un lado, por otro lado, podrá impulsar una nueva era de innovación e integración de operadores económicos que deberán realizar alianzas para poder competir con paridad en el mercado. Sin embargo, para poder realizar conclusiones que nos reflejen de manera clara el panorama en el que nos encontramos, debemos reconocer las implicaciones de la entrada de estas poderosas firmas tecnológicas al sector de los servicios financieros.

La progresiva migración de consumidores y la transformación del mercado producto del desarrollo de los ecosistemas digitales ha fortalecido la posición de estas poderosas firmas en comparativa con el resto de los operadores del mercado que no comparten sus características. Este proceso de transformación de los mercados ha permitido a las Big Tech construir y fidelizar a sus clientes sobre la base de la experiencia de usuario que han diseñado a través de sus plataformas y servicios. Esto es también un factor determinante a su entrada al mercado de servicios financieros. Tal experiencia de usuario no se limita a un evento puntual debido a la prestación de un servicio, sino que implica la ilimitada inmersión del usuario a través de las diferentes interfases de las plataformas por medio de sus dispositivos tecnológicos los cuales se mantienen interconectados ofreciendo una experiencia sin barreras estructurales y temporales. Esta experiencia de usuario es determinante en la captación y retención de clientes, pero también será decisiva en la manera que los consumidores cubrirán sus necesidades financieras¹²⁴.

Grandes compañías Big Tech se están preparando para competir de forma directa en el mercado de servicios financieros. No obstante, otras compañías están enfocadas en el desarrollo de sus servicios de almacenamiento en la nube, inteligencia artificial y productos de aprendizaje automático para proporcionar a los bancos y otras entidades financieras la estructura necesaria para incursionar en el mundo Fintech o para fortalecer proceso de transformación digital¹²⁵. Por otro lado, las probabilidades de participación en el espacio Fintech por parte de las Big Tech aumentan, ya sea a través de la adquisición directa de compañías de Fintech o mediante la formación de asociaciones con instituciones financieras¹²⁶.

¹²⁴ MOODY'S. (2018). *Big Tech – a real threat to financial firms in retail services.*” Recurso on-line, disponible en: <https://www.moodys.com/research/Moodys-Big-tech-a-real-threat-to-financial-firms-in-PR_389379> (última consulta: 1 de mayo de 2019).

¹²⁵ KPMG (2019). *The Pulse of Fintech — Biannual global analysis of investment in fintech.* p.5. Recurso on-line disponible en: < <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/xx/pdf/2019/02/the-pulse-of-fintech-2018.pdf>> (última consulta: 5 de mayo de 2019).

¹²⁶ *Ibid.*, p.8.

Para las Fintech, el valor de trabajar con las grandes compañías tecnológicas gira en torno al acceso a la enorme base de clientes de las empresas. Al mismo tiempo, las empresas de tecnología pueden ofrecer a sus clientes experiencias cada vez más integradas en toda la cadena de valor del cliente¹²⁷.

Este fenómeno se ha convertido en una realidad en Asia, donde la expansión global y la inversión son una prioridad para los Fintech chinas y Big Tech. En 2018, Ant Financial recaudó \$ 14 mil millones de dólares en para financiar su expansión global. Tencent también llevó a cabo una serie de actividades de expansión, además del lanzamiento de una aplicación de billetera digital local en Malasia y la expansión de su plataforma WeChat Pay, especialmente en los EE. UU. Dentro de su esfuerzo de expansión global realizó una inversión directa en tecnología financiera en su competidor alemán, Banco N26¹²⁸.

Dentro de este panorama, existe un primer escenario donde las entidades bancarias se asocien con firmas Big Tech, a manera que estas fuesen el canal de distribución de sus productos, sin embargo, estas últimas podrán desplazar a las entidades bancarias como los administradores de las relaciones con los clientes, recayendo sobre las Big Tech el control de las bases de clientes, obligándoles a adoptar procesos internos que satisfagan los estándares de cumplimiento y las políticas contra el blanqueo de capitales¹²⁹, lo cual representaría una desventaja para estas, puesto que añadiría carga regulatoria a su operativa.

Esto implicaría que cada una de estas plataformas se convertirá en un "guardián" para una fracción de la población de los consumidores y, por lo tanto, tendrá poder de mercado en relación con los bancos¹³⁰.

Por otra parte, no se puede ignorar el esfuerzo que las entidades bancarias han realizado durante los últimos años para innovar y desarrollar sus plataformas tecnológicas con el fin de migrar al ecosistema digital y proporcionar una experiencia digital acorde a los nuevos estándares de la experiencia de usuario. Este esfuerzo se ha materializado en grandes inversiones por parte de las entidades bancarias, sin embargo, este sería innecesario para las Big Tech, puesto que la fortaleza de su negocio se basa en el desarrollo tecnológico, por lo que realizar inversiones en innovación o desarrollo de plataformas no le alejarían de su nicho principal de negocio.

El segundo escenario implica que las entidades bancarias se vean obligadas a tomar rutas alternas, como la asociación con empresas FinTech, pero este esfuerzo tendrá un

¹²⁷ *Ibid.*, p.35.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 58.

¹²⁹ MOODY'S. (2018). *Op. cit.*, p. 7.

¹³⁰ ARMSTRONG, M. (2006). «Competition in Two-sided Markets». *Rand Journal of Economics*, Vol. 37, No. 3 (Autumn, 2006). pp.668-691.

efecto limitado, puesto que estas empresas a pesar de estar construidas sobre plataformas digitales no cuentan con grandes bases de clientes, la reputación que ostentan las Big Tech y no cuentan con acceso sin restricciones a los mercados de capital por lo que se le imposibilitará equiparar el espectro de control que ejercen las Big Tech sobre el mercado ¹³¹. Este panorama nos permite identificar una evidente ventaja competitiva de las Big Tech sobre el resto de las entidades que compiten en el mercado de servicios financieros, por lo que su entrada en este sector podrá resultar en una amenaza a la libre competencia que podrá producir inestabilidad en el sistema y perjuicios a los consumidores.

3.2.1 El uso de Big Data por las Big Tech y su efecto en la competencia.

En los últimos años la innovación y desarrollo tecnológico se han vuelto un factor preponderante en los modelos de negocios en las economías de mercado. La veloz expansión del mercado digital ha cambiado la forma en que los operadores económicos estructuran sus modelos de negocio, lo que ha resultado con una apreciación del valor de ciertas herramientas que hoy en día se han convertido en indispensables para el alcance de sus objetivos comerciales a pequeña y gran escala. Herramientas como los algoritmos informáticos y el uso de Big Data han tenido un impacto positivo en los mercados, disminuyendo las barreras de entrada, desarrollando nuevos canales de expansión y estimulando la competencia. De la misma manera el uso de inteligencia artificial y *Machine Learning* ha incrementado la velocidad del procesamiento de grandes volúmenes de datos.

Los datos siempre han jugado un rol central en las economías de mercado, puesto que la información permite a los consumidores conocer a los vendedores y sus productos; y, a las compañías tomar mejores decisiones. Sin embargo, un aumento en el flujo de información no se traduce en una mejora de la eficiencia, competencia y del bienestar del consumidor.

El termino Big Data no se limita al concepto de información agregada del mercado, sino que engloba la conversión en datos de todos los aspectos de la vida del consumidor, convirtiendo sus datos personales, de comportamiento, preferencias y hábitos en el nuevo activo de los modelos de negocio. Esto ha llevado a un número creciente de compañías a adoptar modelos de negocio que se basan en el uso de datos personales, por otra parte, el crecimiento exponencial del Internet ha sido catalizador de la proliferación de plataformas digitales de mensajería, redes sociales, comunicación, los cuales no tienen un costo para los usuarios, ya que sus ingresos se generan del resultado de la comercialización de la información de su base de clientes. Sin embargo, la prestación de servicios financieros bajo este modelo de negocio genera datos personales con un alto

¹³¹ DE LA MANO, M., PADILLA, J. (2018). *Op. cit.*, p. 3.

valor comercial, lo que les permite a los operadores que tengan acceso y puedan procesarla posicionarse en un nivel de ventaja sobre el resto de la competencia¹³².

La OCDE observó, "La Big Data ahora representa uno activo económico principal que puede crear una ventaja competitiva significativa para las empresas e impulsar la innovación y el crecimiento"¹³³. No obstante, el uso de esta no se puede encausar solamente desde una perspectiva positiva, ya que el aprovechamiento de esta está condicionada a la capacidad tecnológica que tengan las compañías para recabar y procesar a gran velocidad grandes volúmenes de diversos tipos de datos. Estas características de la Big Data pueden ser comprendidas como beneficios, sin embargo, también pueden significar riesgos potenciales a la competencia. Por otro lado, estas características únicas de los datos nos permiten entender que la acumulación de estos no se traduce en una implícita creación de barreras de entrada al mercado, y no les otorga automáticamente a las grandes compañías tecnológicas la habilidad de eliminar a sus competidores, expandiendo y sosteniendo su monopolio, o lesionando la competencia¹³⁴.

Sin embargo, consideramos que existe una amenaza a la competencia cuando compañías tecnológicas incursionan en mercados que han sido dominados por compañías que tienen amplias diferencias estructurales y que además su modelo de negocio dista del modelo de negocio digital. Su ausencia en el ecosistema digital impide a las compañías tradicionales gozar del acceso a los datos que las plataformas tecnológicas poseen, y si tuvieran acceso a estos, no contarían con la capacidad tecnológica para procesar y utilizar esa masiva base de información. Es por esta razón que la entrada de estos competidores en su mercado causará un efecto disruptivo, el cual obligará a las compañías tradicionales a reformar integralmente su modelo de negocio o considerar alianzas entre otros competidores tradicionales, esta última podría derivar en la aparición de conductas prohibidas, como las practicas colusorias con el fin de restringir la competencia, puesto que al estar posicionadas en total desventaja competitiva se verán obligadas a concretar estos acuerdos a modo de estrategia defensiva. No obstante, la adaptación de estas compañías garantizaría su continuidad en el nuevo escenario competitivo, ya que su inacción a este proceso de reforma tendrá como resultado la

¹³² EZRACHI, A., STUCKE, M. (2015). *Online Platforms and the EU Digital Single Market* (October 16, 2015). University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 283. Recurso on-line disponible en: <<https://ssrn.com/abstract=267726>> (última consulta: 1 de mayo de 2019).

¹³³ OECD (2013), «Exploring data-driven innovation as a new source of growth: Mapping the policy issues raised by “big data”», in *Supporting Investment in Knowledge Capital, Growth and Innovation*. OECD Publishing, Paris. Recurso on-line disponible en: <<https://doi.org/10.1787/9789264193307-12-en>> (última consulta: 1 de mayo de 2019).

¹³⁴ LAMBRECHT, ANJA., TUCKER, C. (2015) «Can Big Data Protect a Firm from Competition? ». Recurso on-line disponible en:<http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/20166/computer_and_communications_industry_association_-_can_big_data_protect_a_firm_from_competition_13846.pdf> (última consulta: 1 de mayo de 2019).

disminución progresiva de su poder y relevancia en el mercado. Este efecto resultaría en la reducción de la oferta en el mercado, siendo esto un perjuicio para los consumidores.

3.2.1.1 El Uso de Big Data y la posición dominante de las Big Tech en el mercado digital.

El análisis de las implicaciones de la entrada de las Big Tech en el mercado financiero careciera de relevancia, si estos operadores no contaran con características que les aventajasen en relación con el resto de los competidores del mercado. Entender la incidencia de estas ventajas competitivas sobre el mercado, nos obliga a establecer una estructura conceptual que incorpore los criterios que deberán ser tomados en cuenta para identificar el poder de mercado que tienen las Big Tech en relación con el uso de datos.

Reconocer el poder de mercado de un operador económico implica comparar su posicionamiento en el dominio del mercado en relación con sus competidores. La posición dominante es un concepto económico, el cual alude a la capacidad que ostenta un operador económico para actuar en el mercado de forma independiente, sin tener en cuenta a los competidores, proveedores o clientes¹³⁵. Determinar la existencia de una posición de dominio por parte de las Big Tech desde la perspectiva del uso de datos, no se puede abordar desde el criterio del dominio sobre un mercado geográfico o la cuota de mercado que tiene, sino que habrá que analizar otros factores que son de exclusiva referencia de los operadores del mercado basado en datos, en este caso las Big Tech.

Dada la inexistencia de métodos cualitativos o cuantitativos que puedan servir de métrica para identificar el poder de mercado en los mercados basados en datos, el volumen de datos que posee un operador se ha convertido en el factor más determinante de su posición de dominio. La posesión de datos por sí sola no asegura una posición dominante, sin embargo, fortalece el poder de mercado, puesto que la tenencia de datos afianza el nivel de competitividad, indistintamente del modelo de negocio, esto es si el producto o servicio ofrecido al cliente sea gratuito¹³⁶. De esta forma la posesión de datos puede crear, mantener o fortalecer la posición dominante bajo las siguientes circunstancias¹³⁷:

¹³⁵ MENÉNDEZ, R., ROJO, A. (2018). *Lecciones de Derecho Mercantil*. Navarra, Editorial Civitas, SA, p.302.

¹³⁶ HAYASHI, S., KUNLIN, W Y TANGSATAPORN PAN, B. (2018). «Competition policy and the development of big data and artificial intelligence». En Nihoul, P., Van Cleynenbreugel, P. (coord.). *The Roles of Innovation in Competition Law Analysis*. USA. Edward Elgar Publishing. p.168.

¹³⁷ COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY. (2015). «The Commercial Use of Consumer Data – Report on the CMA’s Call for Information». p.94. Recurso on-line disponible en: <http://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/435817/The_commercial_use_of_consumer_data.pdf>. (última consulta: 5 de mayo de 2019).

- Las Big Tech realizan conductas excluyentes como una forma de evitar que los competidores accedan y usen datos, por ejemplo. Por medio de licencias exclusivas, acuerdos de exclusividad. y / u otros métodos de control.
- Las Big Tech dominantes en los mercados basados en datos coexisten con nuevas compañías que no tienen capacidades estructurales o tecnológicas para acceder o recolectar datos debido a su elevado costo.
- En los modelos bilaterales de negocios¹³⁸ dentro de los mercados basados en datos, las dos partes se encuentran estrechamente vinculadas, particularmente cuando los usuarios solo clientes de una sola plataforma. Esta circunstancia eleva el riesgo de creación de barreras de entrada al mercado.

Ahora bien, como mencionamos anteriormente el abuso de esta posición está condicionado a que las Big Tech posean grandes volúmenes de datos, hecho que es cierto, sin embargo, será aún más determinante que estos datos no sean sustituibles para los procesos de producción¹³⁹, por lo que cualquier conducta que resulte en un impedimento para acceder a los datos atentará contra la libre competencia. Podemos vislumbrar el efecto del abuso de la posición dominante en las siguientes conductas:

- Obstrucción o denegación del acceso a datos esenciales a competidores.
- Impedir el acceso a los competidores a datos, producto de acuerdos exclusividad con proveedores.
- Utilizar su posición dominante, que resulta de la posesión de datos de otro mercado para excluir a otros competidores.

¹³⁸ Las empresas que operan en mercados bilaterales se denominan "plataformas bilaterales" a diferencia de las empresas que operan en mercados unilaterales. Una plataforma de dos caras es caracterizada por tres elementos: El primer elemento es que hay dos grupos distintos de consumidores codependientes quienes dependen de la plataforma para intermediar las transacciones entre ellos, así la plataforma provee simultáneamente de bienes o servicios a estos dos grupos. El segundo elemento es la existencia de externalidades indirectas entre grupos de consumidores. Esto significa que el valor que un cliente genera en un lado de la plataforma aumenta con el número de clientes en el otro lado. Por ejemplo, una plataforma de búsqueda es más valiosa para anunciantes si es más probable que llegue a un mayor número de compradores potenciales. Al mismo tiempo, es más valioso para los compradores potenciales si la plataforma tiene más anunciantes porque eso hace que sea más probable que un comprador vea un anuncio relevante. El tercer elemento es la no neutralidad de la estructura de precios, es decir, la estructura de precios de la plataforma. La estructura de precios es la forma en que los precios se distribuyen entre los consumidores en los dos lados del mercado. La plataforma puede controlar el volumen de transacciones cobrando más a un lado del mercado y reduciendo el precio pagado por el otro lado en montos iguales. Dado que la estructura de precios es importante, la plataforma debe diseñarla de modo que induzca a ambos lados a unirse a la plataforma. Véase en OECD (2009) *Two-Sided Markets*. Recurso on-line disponible en: < <https://www.oecd.org/daf/competition/44445730.pdf> > (última consulta: 5 de mayo de 2019).

¹³⁹ EUROPE ECONOMICS. (2015) «Big Data: What does it really mean for competition policy? ». Recurso on-line disponible en: <http://www.europe-economics.com/publications/mar_-_big_data.pdf> (última consulta: 5 de mayo de 2019).

En este contexto se convierte en un problema que los datos recolectados propiedad de una plataforma dominante sean utilizadas exclusivamente por su estructura monopolística o se limite el acceso a esta por los demás competidores. Las Big Tech han adoptado modelos de negocio autosostenibles, dentro de la visión de las plataformas con negocios bilaterales, permitiéndoles alcanzar posiciones dominantes en el mercado global.

3.2.2.2 Ventajas de las Big Tech en el nuevo ecosistema digital financiero.

La capacidad que tienen las Big Tech producto de su poder tecnológico y control sobre volúmenes masivos de datos, les permite asegurar una posición de dominio en el mercado frente a cualquier competidor. Estas características fundamentales les permiten irrumpir en cualquier mercado y desplazar a cualquier intermediario tradicional. Lo que nos lleva a considerar posible que estos competidores con posiciones de dominio sean capaces de desarrollar y profundizar la experiencia de usuario a un nivel inalcanzable para los intermediarios tradicionales, lo que podrá resultar a largo plazo con la desaparición de sectores de actividad.

Este posible escenario se podrá materializar gracias a la gran cantidad de formas en que se puede generar y recopilar datos. Esta gran diversidad ha permitido que se establezcan tipologías para racionalizar el universo de la Big Data y lo que ha permitido clasificarlos como:

- Internos (es decir, generados por el usuario).
- Estructurados (es decir, generados por un tercero, pero en un formato legible por máquina).
- No estructurados (es decir, no actualmente en un formato legible por una máquina).

Otra clasificación popular es entre los datos "transaccionales" que normalmente están estructurados, por ejemplo, las ventas y los datos no transaccionales, con este último más desglosado en datos de la máquina, por ejemplo: Resultados de GPS y datos sociales¹⁴⁰. Es una obviedad que los operadores tradicionales de servicios financieros están excluidos del listado de operadores del mercado disfrutan de una posición dominante en el mercado de datos, sin embargo, las Big Tech aún no han incursionado directamente en este sector, lo que nos lleva a cuestionarnos de qué manera estas podrían materializar su ventaja sobre el resto de los competidores del ecosistema digital financiero. Lo que nos lleva a analizar a las empresas de menor calado y menor poder tecnológico, las Fintech.

¹⁴⁰ *Loc. cit.*

Las Fintech representan una menor amenaza para los competidores tradicionales a diferencia de las Big Tech, sin embargo, esta realidad podría convertirse en un hecho pasado, gracias a la apertura de interfases que permiten el acceso a datos transaccionales exclusivos de las entidades financieras, lo que consideramos será la oportunidad para que las Big Tech puedan convertirse en el competidor que lleve a las entidades tradicionales a su desaparición.

Este escenario futuro será posible gracias a la última respuesta regulatoria, la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015¹⁴¹, esta segunda Directiva de Servicios de Pago establece los lineamientos legales para que las entidades financieras tradicionales abran sus **servicios de pago** a terceros. Esto implica que las entidades financieras por autorización de sus clientes den acceso a información privada de estos, que las entidades mantienen dentro de sus plataformas, lo que será posible a través de API (Application Programming Interface); interfases que permiten que terceros, como las Fintech, puedan acceder a información transaccional de los clientes bancarios, como también para ejecutar operaciones sujetas a la autorización previa del cliente, desplazando a las entidades financieras como intermediarios. Esta novedad a simple vista representa un paso hacia el desarrollo digital e innovación de servicios financieros, no obstante, abre una compuerta que las entidades bancarias no podrán cerrar, ya que esto representa una exposición a un ecosistema digital en el cual la mayoría de las entidades financieras no tiene capacidades para competir.

Además de este esfuerzo de la UE, en agosto de 2015, el gobierno del Reino Unido, a través de la HM Treasury, ordenó el establecimiento del Open Banking Working Group (OBWG) para ofrecer un marco para el diseño de un estándar de API abierta en la banca. A diferencia de la directiva europea, la iniciativa Open Banking en el Reino Unido ha sido más explícita en cuanto a la definición y el desarrollo de las API requeridas, así como a los estándares de seguridad y mensajería¹⁴². Estos esfuerzos gubernamentales constituyen los primeros eslabones del nuevo marco regulatorio que busca establecer los paradigmas del nuevo sistema financiero que se está desarrollando en Europa y que paulatinamente se convertirá en tendencia a nivel mundial.

La apertura de las API; especialmente las del servicio de iniciación de pagos y el servicio de información de cuentas, de los bancos para que compartan los datos de clientes impulsa a la nueva concepción del modelo de negocio de plataforma. Estas nuevas iniciativas regulatorias no han hecho más que llevar replantear el negocio bancario, creándose un nuevo movimiento denominado como la “Banca como una

¹⁴¹ DIRECTIVA (UE) 2015/2366 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 25 de noviembre de 2015 sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) no1093/2010 y se deroga la Directiva 2007/64/CE.

¹⁴² ZACHARIADIS, M., OZCAN, P. (2017). «The API Economy and Digital Transformation in Financial Services: The Case of Open Banking». Swift Institute Working Paper No. 2016-001, p.4.

plataforma” (BaaP), el cual permite a los bancos adoptar un modelo de estrategia como plataforma y cambiar las reglas de la competencia. Al hacerlo, los bancos deberán reconsiderar su papel como intermediarios financieros y prepararse para volver a ser re-intermediarios al proporcionar “herramientas y sistemas automatizados en línea que ofrecen bienes y servicios nuevos y valiosos a todos los participantes de la plataforma, por lo que su prevalencia dependerá de su adaptación a este nuevo modelo de negocio. La formación de un ecosistema de este tipo aumentará la posibilidad de que los costos de transacción se mantengan bajos y se eliminen los beneficios de los efectos de red y los circuitos de retroalimentación de datos. Como parte de esta transformación digital y la transición a una economía de API abierta, los bancos y otras instituciones autorizadas que esperan convertirse en líderes de plataformas también deberán decidir el nivel de apertura con el que desean involucrar a su comunidad¹⁴³.

No obstante, en la actualidad estas interfases son utilizadas principalmente por las Fintech, y podrían ser el canal por el cual las Big Tech incursionen dentro del mercado, todo esto mientras que las entidades bancarias se encuentran ocupadas reestructurando sus modelos de negocios y midiendo el riesgo que estos generan. La capacidad económica de las Big Tech les permite realizar grandes inversiones, por lo que no tendrían obstáculos para adquirir e invertir en empresas Fintech, tal como lo hizo en 2018, Tencent Holdings en Brasil, liderando una inversión de 180 millones de dólares en Nubank. Sin embargo, la verdadera amenaza para las entidades financieras tradicionales y el resto de los competidores del nuevo ecosistema digital financiero se materializará cuando las empresas Fintech controladas por Big Tech, tengan acceso al masivo volumen de datos que estas últimas poseen, consumándose una ventaja competitiva en relación con el resto de los competidores.

La convergencia del Derecho de la competencia, la regulación del uso de datos y del sistema financiero, nos obliga a analizar de forma conjunta las implicaciones que tendrá sobre el desarrollo del mercado financiero en el futuro. Es evidente que nos encontramos ante un fenómeno que podrá resultar con la ruptura de los paradigmas tradicionales del sector de servicios financieros. Convirtiéndose en un reto para los reguladores y supervisores del mercado financiero en Europa y a nivel mundial.

¹⁴³ *Ibid.*, pp. 10-11.

4.- Retos del Derecho incursión de las Big Tech en el Mercado de Servicios Financieros

4.1 Reto Regulatorio

Al día de hoy, el principal reto que representan las Big Tech consiste en que estos operadores tecnológicos están invadiendo un espacio ajeno a su *core business* donde no han encontrado resistencia que les impida adentrarse al sector de servicios financieros. Y esto mismo es lo que se encuentra en discusión en la actualidad ya que existe la necesidad de identificarse un marco regulatorio para evitar que la incursión de estos afecte a los proveedores minoristas de servicios financieros y a las entidades tradicionales, los bancos.

Como hemos mencionado en el desarrollo de nuestro trabajo las Big Tech producto de su naturaleza tienen capacidades para desarrollar tecnología a un paso agigantado, así como para disponer y monetizar información personal de sus millones de usuarios, lo que les abre camino para involucrarse en la prestación de servicios financieros. Sin embargo, la normativa internacional, europea y española al día de hoy existe un vacío legal con respecto a las diversas actividades que pueden realizar en el ámbito del territorio bancario por lo que el debate se encuentra abierto.

Como comparten Miguel de la Mano y Jorge Padilla¹⁴⁴ uno de los mayores riesgos a los que enfrenta la banca residen en enfrentarse a las Big Tech y que las mismas decidan incorporar dentro de su catálogo de servicios operaciones que corresponden a los bancos, lo que obligará a la banca a reducir sus costes a precios irrisorios para poder competir en el mercado. Una de las grandes ventajas que tienen estas empresas frente al sector bancario radica también es su capacidad de almacenamiento de información personal para poder asimilar el perfil de la persona con sus posibles gustos, todo a la distancia de un clic.

Para los autores Miguel de la Mano y Jorge Padilla el peligro de la falta de regulación puede recaer en la necesidad o única salida de las entidades de crédito que cooperar con las Big Tech para poder desarrollar o encaminar su negocio. En esa misma línea, destacan que a medida que los modelos de la banca y sus tecnologías evolucionan, se hace cada vez más difícil la puesta en forma de un marco regulatorio apropiado.

La experiencia muestra que las decisiones regulatorias pueden tener un impacto duradero en una industria cuando se es joven, y son difíciles de revertir. Por tanto, es importante identificar el marco normativo adecuado para hacer frente a principios de los posibles efectos adversos de la entrada de grandes plataformas de la tecnología en los mercados financieros al por menor con el fin de maximizar su efecto de otro modo positivo sobre la innovación y la competencia. Si no hacemos nada, el potencial riesgo sistémico puede acumularse sin ser

¹⁴⁴ MANO, Miguel y PADILLA, Jorge (2018). *BIG TECH BANKING*. Recurso on-line, disponible en: <<https://s1.aebanca.es/wp-content/uploads/2018/12/de-la-mano-padilla-2018-big-tech-banking-15.0.pdf>> (última consulta: 25 de abril de 2019).

*observado, sin paliativos y sin control, y, al mirar a más largo plazo, la próxima crisis financiera global puede también provenir de plataformas de gran tecnología en lugar de instituciones financieras autorizadas*¹⁴⁵.

Todo esto significa para los bancos una creciente competencia de nuevos jugadores, teniendo como desventajas que sobre éstos la exigencia reglamentaria es menor. Pero no todo es negativo, la corresponsal del Banco Santander, Gloria Hervás en la jornada "Big Tech Banking", organizada por el Instituto Español de Banca y Finanzas, un proyecto de la Fundación AEB y el Colegio Universitario de Estudios Financieros (CUNEF) para fomentar la investigación y el intercambio de conocimientos sobre el presente y futuro del sector financiero, expresó que la presencia de estos grandes representa una nueva oportunidad para diseñar un marco regulatorio que permita la igualdad y competencia de ambos sectores, cuya incorporación permita ofrecer lo mejor de la revolución digital a los clientes¹⁴⁶.

Otro aspecto a destacar es que en esta nueva era de transformación digital del sector financiero al ser un sector sumamente regulado (en lo que a la UE corresponde), las entidades gubernamentales deberían adaptarse a las nuevas necesidades que surgen producto de la era tecnológica, por lo que, sería de exigir que a la velocidad que avanza y se producen los nuevos acontecimientos, a esa misma velocidad deben incursionar las nuevas normas regulatorias. A esto debe ir ligado que esta nueva regulación debe ir acompañada de homogeneidad y a sus nuevos participantes (en este caso las Big Tech) exigirles los mismos requerimientos que cumplen los demás participantes en el sector financiero¹⁴⁷.

Es cierto que al día de hoy las Big Tech no precisan de un marco regulatorio en específico, sino que en los últimos años las mismas se han autorregulado y es por esta misma razón que los participantes en el sector financiero han planteado sobre la mesa la discusión sobre la necesaria regulación sobre el tema. No solo para que se estén en igualdad de condiciones sino también por la gran cantidad de información y plataformas que poseen para ofrecer sus servicios sin necesidad de intervención por parte de los reguladores europeos, lo que evidencia una gran desventaja en favor de las Big Tech.

En ese mismo orden de ideas, podemos alegar que el silencio por parte de las autoridades regulatorias sobre el tema puede recaer no tan sólo en el hecho de que consiste en un fenómeno mundial, sino también que cada país debe velar como impacta directamente sobre su economía la regulación o no de estas grandes firmas tecnológicas.

Uno de los motivos que también pudiera subsistir en este ámbito, es el hecho de que el principal foco de estos operadores tecnológicos no consiste en la prestación de servicios

¹⁴⁵ *Loc. Cit.* CU

¹⁴⁶ Murcia Diario (2018). La banca pide una normativa que elimine asimetrías con gigantes tecnológicos. Recurso on-line, disponible en: <<http://murciadiario.com/art/13029/la-banca-pide-una-normativa-que-elimine-asimetrías-con-gigantes-tecnológicos>> (última consulta: 25 de abril de 2019).

¹⁴⁷ *Cfr.* Enríquez, A., Cermeño, J. (2016). «La transformación digital en la banca». Revista del Instituto de Estudios Económicos, n°1 y 2, año 2016, p. 130.

financieros, sino en la venta de productos y servicios o fungen como intermediarios a través de plataformas de comercialización.

En ese mismo orden de ideas, uno de los puntos importantes que se deben tomar en cuenta en esta falta de regulación es el manejo que tienen estas grandes tecnológicas en el manejo de datos. Pues dentro de las normativas que se aplican en el territorio español, tienen contempladas una serie de personas obligadas al cumplimiento de la protección de datos, en la cual la normativa no tiene contemplada (por el momento en que se tipificó) la posibilidad de incluir a grandes empresas.

Sin embargo, en cuanto a este aspecto podemos clasificarlas dentro de los organismos “autónomos” por el tamaño y naturaleza que estas grandes empresas poseen. Es por esto que estas empresas por su objeto manejan un sin número de datos que son consagrados como derechos fundamentales los cuales necesitan que la normativa en virtud de su operación realice cambios que pueda favorecer o proteger al usuario al momento que realicen actividades del sector bancario.

4.1.2 Asimetría regulatoria

El marco normativo aplicable a las Big Tech tendrá un impacto importante y valorable en el desarrollo de las actividades de los servicios financieros. Es por esto por lo que compete al regulador tratar de establecer los lineamientos del juego debido a que con ambas partes puede suceder dos cosas:

- Que sean competidores.
- Que colaboren los uno con los otros en el ámbito bancario.

Esta es precisamente la demanda que han agotado los bancos en los últimos años favorecer y mantener el principio de igualdad de condiciones para ambos. Pues es claro que los bancos en el ámbito europeo deben de cumplir con carga de requisitos dictados tanto por el Banco Central Europeo, como en el caso de España, el Banco de España. Es aquí donde la regulación simétrica puede encajar, evitando que estos operadores tecnológicos puedan prestar los mismos servicios a un costo menor y con mayor eficiencia. Los requerimientos de capital y el mandato de apertura de datos pueden ser barreras necesarias y claves para controlar esta medida¹⁴⁸.

Recordemos que la base de la actividad bancaria más que el depósito y préstamo de dinero es el manejo de la información, sin esto, sería imposible para el sector bancario desarrollar su actividad comercial. Otro de los inconvenientes con que se cruza la banca es la nueva Directiva de servicios de pago de la Unión Europea (PSD2), en la cual se les impone dar acceso a terceros a las cuentas de sus clientes y a los servicios de pago de forma segura después del consentimiento del cliente, todo sin ser remunerado.

Para los autores Miguel de la Mano y Jorge Padilla, la implementación del PSD2 agrava la debilidad de los bancos por varias razones:

¹⁴⁸ *Vid.* nota 144.

- “Se ejerce una presión adicional sobre los márgenes de los bancos a través de una mayor competencia en la industria de servicios financieros, así como debido a las normas regulatorias más estrictas”.
- “Aumenta la dependencia de los bancos en las soluciones tecnológicas que requieren una inversión adicional en infraestructura de TI interno dentro”.
- “Exigen una cooperación más estrecha con los desarrolladores de tecnología financiera”.

Continuando en la misma línea de estos autores, ellos indican que el nuevo marco que regula a las entidades financieras trae consigo amenazas potenciales:

- Mayores riesgos operativos debido a la necesidad de permitir el acceso a la información de la cuenta de pago del cliente.
- Riesgos de seguridad en el intercambio de datos con los proveedores de pago de terceros.
- Riesgo de fraude en el caso de los proveedores de pago de terceros deshonrosas.
- La necesidad de mantener una mayor inversión en sistemas informáticos centrales para reducir al mínimo relacionadas con las TIC y de los riesgos de protección de datos.

En síntesis, es más que evidente el efecto que la restricción regulatoria ejerce sobre los bancos, la cual es inexistente para las Big Tech, lo que refleja el grado de desventaja competitiva en el que se encuentran actualmente. Mientras que las Big Tech cuentan con sus propias plataformas, los bancos deben invertir para desarrollar y mantener una infraestructura de negocio sostenible a través de la plataforma de internet.

Otra de las áreas donde existe asimetría regulatoria a nuestro entender se encuentra latente y presente en el manejo y difusión de la información del cliente, el cual es un terreno dominado por las Big Tech. En otras palabras, estos gigantes de la tecnología manejan cantidades exorbitantes de información personal y en ciertos casos privilegiadas de los usuarios o clientes, cuestión que los bancos no le son permitida sin restricción, pues cuentan con un marco de supervisión, regulación que protege el interés del cliente, así como el uso y difusión de esa información.

A nivel de España la tendencia es lo mismo, es decir, actualmente el sector financiero español está en el proceso de la transformación digital de la banca, implementando toda la normativa adoptada tanto por la normativa europea como la nacional, así como el hecho de enfrentarse a estos nuevos competidores. Sin embargo, al 2019 existen

reclamaciones que los bancos han presentado en el cual desean la igualdad sobre varios aspectos¹⁴⁹:

En primer lugar, “Preservar la gestión de riesgos y el control interno”, mediante la exploración de posibles nuevas formas de ingresos preservando la gestión de riesgos y el control interno de la entidad, no pudiendo reducir sus estándares de calidad. Aquí es donde entra el papel de la tecnología, ya que con los nuevos sistemas que se han creado, favorecen el mantenimiento del control de riesgo, cuestión que las Big Tech no tienen necesidad, pues no deben rendir cuentas a un supervisor.

En segundo lugar “Transformación digital, del front al back office”, esta transformación del sistema bancario hacia un panorama más actualizado lleva consigo el mejoramiento de la eficiencia operativa, así como el mantenimiento de la protección de los datos personales de los clientes. Esta transformación lleva consigo aparte de los gastos que implica, la responsabilidad por parte de la banca de comprometer su responsabilidad a no generar más riesgos y mantener su calidad.

En tercer lugar “Las Big Tech saltan al terreno de juego”, al no poseer las mismas exigencias regulatorias poseen ventajas normativas, acarreado a la banca el reto de mantener su rentabilidad al mismo tiempo que cubren los costes de su capital. Uno de los retos que vigila al sector bancario actualmente fue el reconocimiento de Google como operador de entidad de pago en la Unión Europea, así como la concesión que le fue otorgada a Facebook en cuestión similar hace varios años.

La preocupación del sector bancario es que estos grandes competidores para ampliar el margen de dominio deseen incursionar en el mundo financiero y no se encuentren en igualdad de condiciones.

En cuarto lugar “Privacidad y ciberseguridad”, uno de los puntos centrales de la banca se encuentra en el manejo de protección de datos, el resguardo de estos concentra o representa la confianza que sus clientes tendrán en ellos de depositar y confiarles sus fondos. Los constantes bombardeos y amenazas que recibe el sector bancario tanto para la usurpación monetaria como de datos recaban hace años, e infringe directamente en su reputación, y la acreditación por la entidad supervisora de posibles sanciones.

En quinto y último lugar “Explorando el margen para nuevas fusiones”, tras la crisis en España, el número de las entidades financieras fue en declive. Sin embargo, con el avance de los años, uno de los puntos que mira la banca es su posición competitiva frente a otros. Sobre esto Francisco Uría¹⁵⁰ pone sobre la mesa el debate de la posibilidad en el mercado europeo de operaciones fronterizas de gran tamaño que diera como resultado el desarrollo de grandes entidades bancarias europeas al margen de poder competir con los grandes como Norteamérica y los países asiáticos, no obstante, concluye que el mercado y la regulación actual que poseen no permiten que este paso pueda ser llevado a cabo.

¹⁴⁹ KPMG. (2019). *Banca*. Recurso on-line, disponible en: <<https://www.tendencias.kpmg.es/2019/02/claves-banca-2019/>> (última consulta 27 de abril de 2019).

¹⁵⁰ *Vid.* nota 149.

En otro aspecto, existen otros riesgos asociados que la banca española enfrenta. Con la entrada del PSD2 y la obligación por parte de las entidades regulatorias de aportar a terceros proveedores que los clientes hayan autorizados sus datos es un juego injusto y desproporcional a la banca, puesto que, consideran que el trato debería ser recíproco con los operadores tecnológicos. En la conferencia dada en el Colegio Universitario de Estudios Financieros (CUNEF) los expositores Miguel de la Mano y Jorge Padilla, de la consultora especializada en temas de competencia Compass Lexecon indicaron que inicialmente su vigencia en el mercado financiero puede ampliar el margen de competencia de los bancos. Sin embargo, que a largo plazo supone la entrada de un reto existencial, dando como resultado riesgos a la estabilidad económica y financiera. Pues la competencia que puede existir en las Big Tech son reducidas a ellas mismas, dejando de lado al sector bancario¹⁵¹.

Cabe resaltar que otro de los factores que debería preocuparse el sector bancario al momento de denunciar esta asimetría de información, es el hecho de que a éstas se les imponen una serie de normativas en el resguardo y protección de datos, que su incumplimiento puede llevar incluso a la imposición de una sanción por parte del supervisor o regulador de su mal uso, cosa que no afecta a las grandes tecnológicas o régimen por el cual no se encuentran sometido con la misma rigurosidad que las entidades de crédito. De igual forma que las mismas recaban información a través de sus propias plataformas como las cookies, sin necesidad como es el caso del sector bancario de que sea el cliente el que por cuenta propia se dirija a la entidad de crédito y por la financiación o negociación del producto se obtenga la información.

4.2 Reto Supervisión

El mecanismo de supervisión es el mecanismo utilizado por los reguladores de la banca (Banco Central Europeo y Banco de España) para inspeccionar el desarrollo y funcionamiento de la banca en el transcurso de su actuar. A partir del año 2014 “las entidades de crédito españolas y del resto de países de la Eurozona se encuentra a cargo del Mecanismo Único de Supervisión, un sistema dirigido por el Banco Central Europeo y en el que participan las autoridades supervisoras nacionales, como el Banco de España”¹⁵².

Este mecanismo de supervisión busca una inspección efectiva, prudente, continuada, analítica y correctiva de todo el sistema bancario en el marco de la unión europea. Sobre los retos regulatorios Santiago Fernández de Lis (responsable de sistemas financieros y regulación del BBVA) señala que los nuevos desafíos a los que se enfrenta la banca en este aspecto son en el ámbito de su relación con el cliente, los productos bancarios, y la

¹⁵¹ Vid. Expansión. (2018). *Los bancos se unen para reclamar a Google, Amazon y Facebook que abran sus datos a terceros*. Recurso on-line, disponible en: <<http://www.expansion.com/empresas/banca/2018/12/06/5c082ed046163f280b8b45bd.html>> (última consulta 29 de abril de 2019).

¹⁵² Banco de España. *Supervisión*. Recurso on-line, disponible en: <<https://www.bde.es/bde/es/areas/supervision>> (última consulta 29 de abril de 2019).

infraestructura, cuyos objetivos deberán estar basados en la eficiencia, estabilidad financiera, protección al consumidor y su integridad¹⁵³.

Sobre lo citado por el señor Santiago, hace una comparativa del sistema supervisor actualmente por el cual deben proceder los bancos y la supervisión en la que incurren las Big Tech, el mismo destaca un enfoque integral que se produce.

Por un lado, hay dos bordes de equilibrio. El primero de ellos el que se centra de un lado de la balanza donde se encuentran los riesgos de estabilidad financiera y protección al consumidor que representa una auto regulación y una mayor capacidad de innovación que para nosotros es donde se puede vincular a las Big Tech. Por otra parte, la necesidad de cumplir con las garantías de estabilidad financiera y protección al consumidor, donde se presentan las diversas dificultades y retrasos para innovar, que para nosotros es donde cabe la figura de las entidades bancarias, puesto que necesitan del permiso u autorización por parte de sus supervisores para actuar e implementar nuevas estrategias.

Habiendo dicho esto podemos destacar que al día de hoy las Big Tech no cuentan con un sistema de supervisión que vele o regule las actividades financieras que puedan realizar, pues como hemos mencionado varias veces, su actividad principal no consiste en dar crédito y captar depósitos sino en la comercialización de grandes productos. Debemos agregar, que estos gigantes tecnológicos a ser de conjetura internacional no cuentan con un supervisor unificado, pues por su estructura se consideran un monopolio natural.

4.3 Soluciones Propuestas

Como hemos mencionado en el transcurso de nuestro trabajo de investigación estos grandes operadores tecnológicos no están sujetos a contemplar con la obligaciones instauradas por los regímenes supervisores, normativos y estrictos igual que las entidades bancarias, falta que hace que las mismas puedan participar en actividades exclusivas destinadas a los bancos sin ser competidores para estos, pues por su gran tamaño e influencia mundial cuentan con la confianza de la mayoría de los usuarios y clientes internacionales.

Continuando este orden de ideas, vamos a plantear una serie de propuestas que entendemos son las más factibles para prevenir que en un futuro estas grandes tecnológicas incursionen el mundo financiero y que producto del vacío legal (puesto que la figura es nueva) no cuenten con las exigencias determinadas a nivel europeo o mundial y pueda afectar la competencia en el sistema financiero, así como los clientes y sus datos.

¹⁵³ Vid. FERNANDEZ DE LIS, Santiago. (2017). *Innovación digital en servicios financieros: retos para los reguladores*. Recurso on-line, disponible en: <<https://www.bbvaesearch.com/publicaciones/innovacion-digital-en-servicios-financieros-retos-para-los-reguladores/>> (última consulta 29 de abril de 2019).

En primer lugar, consideramos prudente que anterior al desarrollo de cualquier normativa que les regule de forma específica, se podrá realizar una aproximación al funcionamiento de los servicios financieros a través de los conocidos sandbox regulatorios o cajas de arenas, que son un “campo de pruebas para nuevos modelos de negocio que aún no están protegidos por una regulación vigente, supervisados por las instituciones regulatorias”¹⁵⁴. Surge como necesidad de regular aspectos que por su actualidad o concurrido fenómeno no ha sido posible.

Este espacio de pruebas puede imponerse a las Big Tech que deseen conceder préstamos, ofrecer tarjetas de crédito entre otros aspectos de la banca, el cual no supone una autorización para el desarrollo de la actividad bancaria. Competería a los supervisores del sistema bancario del sistema europeo crear los proyectos o modelos de pruebas sin someterse o estar sujeto (como se encuentra en la actualidad) a una legislación específica. No obstante, las sandbox poseen tres ámbitos sensibles los cuales el supervisor general debe de tomar en cuenta como son, la protección de los usuarios de servicios financieros, prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

A lo anterior debemos añadir cual sería el funcionamiento práctico de su aplicación a nuestro entender con la implementación:

- Aunque en el caso de las Big Tech sea un proyecto, debe analizarse para determinar si sería factible o no permitirles que incurran en el mundo financiero.
- En caso de que el proyecto sea aprobado, se deberá establecer un protocolo de desarrollo de las pruebas efectuadas.
- Al constituirse como algo de carácter importante y sustancial se deberá establecer un régimen reforzado de control si llegase a permitirles actividades bancarias.
- Los proyectos o pruebas realizadas, los resultados tendrán que elevarse a los órganos supervisores velando por el principio de proporcionalidad.

Para nosotros el establecimiento de un sandbox es una de las propuestas más factibles puesto que posterior al período de prueba, le permitirá a las autoridades tener una perspectiva más clara sobre las áreas y que aspectos que deberá controlar y las áreas de actuación que deberá delimitar con el fin de garantizar la coexistencia bajo un mismo nivel de exigencias normativas para las entidades bancarias y las Big Tech.

En segundo lugar, el “Consejo de Estabilidad Financiera o FSB (por sus siglas en inglés), uno de los principales organismos responsables del funcionamiento de los sistemas financieros del mundo, hizo público un informe en el que insta a las autoridades globales a permanecer alerta frente a los posibles impactos del auge de los

¹⁵⁴ BBVA, (2017). *¿Qué es un 'sandbox' regulatorio?* Recurso on-line, disponible en: <<https://www.bbva.com/es/que-es-un-sandbox-regulatorio/>> (última consulta 30 de abril de 2019).

servicios ‘Fintech’ sobre la estabilidad financiera”¹⁵⁵. En este informe el FSB entiende la relevancia de las Big Tech en el ámbito del mundo financiero y concluye en su análisis una propuesta en el que los organismos de supervisión global incrementen la vigilancia de riesgos que pueden representar, de forma que puedan en un futuro garantizar la competencia e innovación de los actores¹⁵⁶.

En cuanto a lo estipulado por el FSB para nosotros más que una propuesta es una advertencia, puesto que, estos acontecimientos no son previsibles a corto plazo, pero sí a mediano y largo plazo. Podemos interpretar la tranquilidad de los supervisores internacionales con base a el objeto de comercialización de las Big Tech que como hemos mencionado anteriormente no corresponde al sistema bancario, puesto que por su capacidad y fuerza monetaria pueden entender que no es llamativo para las mismas introducirse en ese mundo.

En tercer lugar, el presidente del BBVA, Francisco González reconoce el desafío del sector financiero para competir con estas grandes firmas y con la implementación del PSD2 este enfrentamiento continuo. El presidente del BBVA establece que se es necesario que la regulación trate a cada persona con las mismas condiciones si ofrecen servicios similares, que conllevaría los mismos términos de transparencias, “competencia, solvencia, liquidez y gestión de los datos de los clientes”, y que dichos preceptos no deben ser aplicados a los bancos sino a la actividad bancaria, asegurando de esa forma que tanto los riesgos como los benéficos se distribuyan de forma igualitaria.

Otras de las razones por la cual explica la necesidad de estas consideraciones corresponde a que al igual que estas grandes firmas tecnológicas muchas bancas ya compiten en el ámbito “en línea” sobre el cual han tenido éxito, por este hecho debe primar la igualdad de condiciones factor imprescindible en esta ecuación.

En cuarto y último lugar, no podemos ignorar las implicaciones a nivel del Derecho de la competencia que contraería la incursión de las Big Tech en el sector de servicios financieros. Esto obligaría al supervisor no solo a velar por el cumplimiento de las normativas del sector financiero, sino a contemplar una extensión en su campo de competencia. La transformación del negocio de la banca tradicional a un negocio basado sobre plataformas nos lleva a entender que este cambio no significa sin más que la desestructuración del mercado financiero, por lo que regular la competencia en este nuevo ecosistema implicaría cambiar la concepción vigente sobre competencia bancaria y fusionarla con la competencia de los mercados basados en datos.

Entendiendo esto el regulador deberá armonizar conceptos de estos dos ámbitos que anterior a este período eran distantes. Se deberá establecer con claridad la unificación de labores entre las autoridades bancarias y de competencia para proteger el mercado de la

¹⁵⁵ BBVA, (2019). *El Consejo de Estabilidad Financiera pide vigilar a las ‘big tech’ en los servicios financieros*. Recurso on-line, disponible en: < <https://www.bbva.com/es/el-consejo-de-estabilidad-financiera-pide-vigilar-a-las-big-tech-en-los-servicios-financieros/>> (última consulta 1 de mayo de 2019).

¹⁵⁶ *Vid.* nota 155.

comisión de conductas prohibidas como el abuso de posición dominante, dominios colectivos y prácticas colusorias, teniendo en claro que la aparición de estas conductas podrá aumentar como resultado del efecto disruptivo que causará la entrada de las Big Tech en el mercado de los servicios financieros.

En síntesis, todas las propuestas señalan que lo primordial es garantizar las condiciones del juego para ambos competidores, de forma tal que permita la libre competencia en el mercado financiero, sin afectar el bienestar del consumidor.

CONCLUSIONES

El presente trabajo de fin de máster tuvo como objetivo analizar los retos del Derecho frente a la incursión de las Big Tech en el mercado de servicios financieros, tomando como referencia el uso de datos y su efecto en la libre competencia en el nuevo ecosistema digital. Producto de este podemos llegar a las siguientes conclusiones:

- I. La revolución digital ha sido de terreno fértil para el desarrollo tecnológico y para la transformación de sectores del mercado que se habían mantenido reacios al cambio, no obstante, los cambios en las tendencias de los consumidores producto de la estandarización del servicio ofrecido por operadores económicos que han migrado al ecosistema digital han obligado a los operadores tradicionales a iniciar un proceso de transformación desde el nivel infraestructural como de sus modelos de negocio. Tal como ha sucedido con la industria de servicios financieros, la cual se encuentra en una encrucijada, puesto que dar el paso a la innovación podrá significar la pérdida del control de su negocio, pero abstenerse podrá resultar con su desaparición del mercado. Las entidades bancarias tradicionales que busquen sobrevivir en esta nueva era estarán obligadas a asumir los riesgos que conlleva la innovación y la reestructuración de los paradigmas del modelo de negocio tradicional.
- II. La entrada de otros competidores en el mercado de servicios financieros se traduce en una mejor oferta al consumidor e impulso a la innovación. No obstante, a pesar de estos aspectos que a primera vista consideramos positivos, no podrá pasar por inadvertido que esta expansión del ecosistema de servicios financieros obligará a que se geste una integración aún más profunda del mundo regulatorio y digital. Esto implica un gran reto para los reguladores y supervisores, puesto que por un lado tendrán la tarea de evolucionar acorde al veloz paso del mundo digital, y a su vez deberán proteger la estabilidad del sistema financiero, todo esto con el objetivo de garantizar la seguridad jurídica al sistema financiero, la competencia y a los consumidores.
- III. La evidente desventaja competitiva en la que se encuentran las entidades bancarias tradicionales en relación con las Big Tech podrá propulsar alianzas entre otros competidores tradicionales, con el fin de robustecer y afirmar su poder de mercado. Sin embargo, esto podría derivar en la aparición de conductas prohibidas, como las prácticas colusorias con el fin de restringir la competencia, puesto que al estar posicionadas en total desventaja competitiva se verán obligadas a concretar estos acuerdos a modo de estrategia defensiva. No obstante, si estas entidades eligen adaptarse al nuevo mercado garantizarían su continuidad en el nuevo escenario competitivo, ya que su inacción a este proceso de reforma tendrá como resultado la disminución progresiva de su poder y relevancia en el mercado. Este efecto resultaría en la reducción de la oferta en el mercado, siendo esto un perjuicio para los consumidores.

- IV. Los esfuerzos regulatorios vigentes a la fecha representan, a simple vista, un paso hacia el desarrollo digital e innovación de servicios financieros. No obstante, abre una compuerta que las entidades bancarias no podrán cerrar, ya que han aumentado su exposición a un ecosistema digital en el cual la mayoría de las entidades financieras no tiene capacidades para competir. Su ausencia en el ecosistema digital les impide gozar del acceso a los datos que las plataformas tecnológicas poseen, y si tuvieran acceso a estos, no contarían con la capacidad tecnológica para procesar y utilizar esa masiva base de información. La existente asimetría regulatoria deberá ser prontamente nivelada, puesto que la misma ampara la desigualdad competitiva entre las entidades tradicionales y los operadores tecnológicos, lo que atenta contra la libre competencia, la estabilidad del sector de servicios financieros y los consumidores.
- V. El efecto disruptivo que puede causar la entrada de las Big Tech en el sector de servicios financieros se podrá materializar cuando las empresas Fintech controladas por Big Tech, tengan acceso al masivo volumen de datos que estas últimas poseen, consumándose una abrumadora ventaja competitiva en relación con el resto de los competidores del sector. Esto obligará a las autoridades bancarias y de competencia a reconceptualizar conductas prohibidas como el abuso de posición dominante y las concentraciones económicas ya que el efecto de estas podrá amplificarse atendiendo a las características de los operadores que las efectúen, lo que causaría grandes lesiones a la libre competencia, una desestabilización del mercado y un perjuicio a los consumidores
- VI. La posible materialización de un sandbox en el ámbito de la normativa europea es posible, sin embargo, en el ámbito del territorio español aún sigue siendo una utopía. No obstante, entendemos que este es el mejor plano o modo en el que estos grandes tecnológicos podrán integrarse al mundo financiero sin convertirse en una amenaza para las entidades tradicionales, puesto que se podrá mesurar su impacto en el mercado dentro de un espectro de control.
- VII. Es importante que las entidades supervisoras y reguladores estén atentas a estos nuevos acontecimientos, puesto que su inatención podrá promover el desarrollo actividades fuera del ámbito legal, y pondría en riesgo la integridad del mercado y la protección de los consumidores.
- VIII. La implementación de normas en el entorno europeo que regulen las actividades financieras que realizan las Big Tech será una medida que a corto plazo podrá mitigar los efectos negativos que puedan alcanzar a la banca y a los operadores del mercado de servicios financieros. De esta forma en el ámbito de la competencia ambos sectores se encontrarían en igualdad de condición y competitividad.

BIBLIOGRAFÍA

Fuentes Doctrinales

ARMSTRONG, M. (2006). «Competition in Two-sided Markets». *Rand Journal of Economics*, Vol. 37, No. 3 (Autumn, 2006).

BORK, R. H.:(1993) *The Antitrust Paradox, A Policy at War with Itself*, Ed. Free Press, New York.

BROKER, G. (1989). «Competition in Banking», Paris, OECD.

CASTÁN TOBEÑAS, J. (1979). *Los derechos del hombre*. Reus. Madrid.

CAZURRO, Víctor; LORENTE, María; FAYOS, Antonio (2017). *Derecho Digital Perspectiva interdisciplinar*. España: Bosch Editor.

CFR. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. Y CALVO CARAVACA, A.L. (1995) *Derecho mercantil internacional*. (2ªed) Madrid. Editorial Tecnos.

COOKE, W. (1986). «Towards the 1990s – Banking Financial Intermediation and Supervision». *Rev. de la Banque*, nº2, 1986.

DEL PESO, NAVARRO, E. (2003). *Servicios de la Sociedad de la Información*. Madrid: Ediciones Díaz de Santos, S.A.,

ENRÍQUEZ, A., CERMEÑO, J. (2016). «La transformación digital en la banca». *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, nº1 y 2, año 2016.

GAL, M. (2004). «The Ecology of Antitrust: Preconditions for antitrust Enforcement in Developing Countries». *Competition, Competitiveness and Development: Lessons from Developing Countries*, UNCTAD, junio 2004.

HAYASHI, S., KUNLIN, W Y TANGSATAPORNPAN, B. (2018). «Competition policy and the development of big data and artificial intelligence». En Nihoul, P., Van Cleynenbreugel, P. (coord.). *The Roles of Innovation in Competition Law Analysis*. USA. Edward Elgar Publishing.

KLITZKE, R. (1959). «Historical Background of the English Patent Law» *Journal of the Patent Office* 41(9), 1959, pp. 615-650.

KOVACIC, William y SHAPIRO, Carl. (2000). *Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking*. Competition Policy Center. University of California, Berkeley. 2000.

MAESTRE, P. (1997). *Aplicabilidad del Derecho de la competencia a la banca*. Madrid. Eurolex, DL.

MENÉNDEZ, R., ROJO, A. (2018) *Lecciones de Derecho Mercantil*. Navarra, Editorial Civitas, SA.

ORTIZ BLANCO, L., MAÍLLO, J., IBÁÑEZ, P., LAMADRID, A. (2008). *Manual de Derecho de la competencia*. Madrid, Editorial Tecnos

PÉREZ BES, F. (Coord). (2016). *El Derecho de Internet*. Barcelona: Atelier, Libros Jurídicos.

PIOTROWSKI, R. (1933). *Cartels and Trusts; Their origin and Historical Development*. London: George Allen & Unwin Ltd., p. 107.

REBOLLO, D., Lucrecio, y SALTOR, Carlos Eduardo. (2015). *El derecho a la protección de datos en España y Argentina: orígenes y regulación vigente*, Dykinson. Revista Boliviana de Derecho, núm. 3, 2007.

SANTOS G., D. (2012). *Nociones generales de la Ley Orgánica de Protección de Datos y su Reglamento*. (2a ed.). Madrid: Tecnos (Grupo Anaya, S.A.).

SARMIENTO, D. (2016). *El Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Marcial Pons.

SOLERNOU, S., GARCÍA BRINGAS, P. (2018). *Estudio sobre el impacto del uso masivo de datos en el proceso competitivo*. Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco.

WHISH, R., BAILEY, D. (2015). *Competition Law*. (Eight Ed).UK. Oxford University Press.

ZACHARIADIS, M., OZCAN, P. (2017). «*The API Economy and Digital Transformation in Financial Services: The Case of Open Banking*». Swift Institute Working Paper No. 2016-001.

ZULLITA FELLINI, G. y PÉREZ MIRANDA, R. (1983). «El derecho frente a los monopolios» *Estudios de Derecho Económico IV*, 1A. REIMP., Universidad Nacional Autónoma de México: 1983. pp. 65 – 121. NEUMANN, M. (2001). “*Competition Policy: history, theory and practice*.” Edward Elgar Publishing, Great Britain: 2001.

Fuentes Normativas:

CORRECCIÓN de erratas de la Orden TAS/192/2002, de 31 de enero, por la que se desarrollan las normas de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional, contenidas en la Ley 23/2001, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2002. «BOE» núm. 46, de 22/02/2002.

Decisión 626/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 2008, relativa a la selección y autorización de sistemas que prestan servicios móviles por satélite (SMS).

DIRECTIVA (UE) 2015/2366 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 25 de noviembre de 2015 sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) no1093/2010 y se deroga la Directiva 2007/64/CE.

Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva acceso).

Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización).

Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco).

Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002.

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

Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. «BOE» núm. 10, de 11 de enero de 1991.

Ley de Defensa de la Competencia «BOE» núm. 159, de 4 de julio de 2007.

Ley No. 172-13 que tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros públicos, bancos de datos u otros medios técnicos de tratamiento de datos destinados a dar informes, sean estos públicos o privados. G. O. No. 10737 del 15 de diciembre de 2013.

Ley No. 42-08 sobre la Defensa de la Competencia, G. O. No. 10458, del 25 de enero de 2008.

Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia. «BOE» núm. 170, de 18 de julio de 1989, páginas 22747 a 22753.

Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica. «BOE» núm. 159, de 4 de julio de 2007, páginas 28848 a 28872.

Ley No. 665 sobre Protección de Datos Personales.

Ley No.45 de 31 de octubre de 2007, Que dicta normas sobre protección al consumidor y defensa de la competencia y otra disposición. Gaceta No 25914.

Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Preámbulo I.

Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Automatizado de Datos de Carácter Personal. de octubre, de Regulación del Tratamiento.

Naciones Unidas (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos. Art.14. De 28 de enero de 1981, ratificado por España en 1984, BOE nº 274 de 15 de noviembre de 1985.

Real Decreto 1882/1986, de 29 de agosto, relativo a la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado de la Comunidad Económica Europea. «BOE» núm. 221, de 15 de septiembre de 1986, páginas 31717 a 31717.

Real Decreto 2295/2004, de 10 de diciembre, relativo a la aplicación en España de las normas comunitarias de competencia «BOE» núm. 308, de 23 de diciembre de 2004, páginas 41626 a 41629.

Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia. «BOE» núm. 50, de 27 de febrero de 2008, páginas 11575 a 11604.

REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

Tribunal Constitucional Español. Sala Primera. Sentencia 110/1984, de 26 de noviembre.

Fuentes extraídas de internet

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (AEPD). *Derecho de supresión («al olvido»): buscadores de internet*. Recurso on-line, disponible en: <<https://www.aepd.es/areas/internet/derecho-al-olvido.html>> (última consulta 1 de abril de 2019).

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (AEPD). *Protección de Datos: Guía para el Ciudadano*. Recurso on-line, disponible en <<https://www.aepd.es/media/guias/guia-ciudadano.pdf>> (última consulta 30 de marzo de 2019).

ARNER, D., BARBERIS, J., BUCKLEY, R., (2015). «The Evolution of Fintech: A New Post-Crisis Paradigm» University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper No. 2015/047; UNSW Law Research Paper No. 2016-62. Recurso on-line disponible en: <<https://ssrn.com/abstract=2676553>> (última consulta: 24 de abril de 2019).

BANCO DE ESPAÑA. *Supervisión*. Recurso on-line, disponible en: <<https://www.bde.es/bde/es/areas/supervision>> (última consulta 29 de abril de 2019).

BBVA. (2017). *¿Qué es un 'sandbox' regulatorio?* Recurso on-line, disponible en: <<https://www.bbva.com/es/que-es-un-sandbox-regulatorio/>> (última consulta 30 de abril de 2019).

BBVA. (2019). *El Consejo de Estabilidad Financiera pide vigilar a las 'big tech' en los servicios financieros*. Recurso on-line, disponible en: <<https://www.bbva.com/es/el-consejo-de-estabilidad-financiera-pide-vigilar-a-las-big-tech-en-los-servicios-financieros/>> (última consulta 1 de mayo de 2019).

BBVA. (2019). *Política de Cookies*. Recurso on-line, disponible en: <<https://www.bbva.com/es/politica-de-cookies>> (última consulta 2 de abril de 2019).

CARLOS CONCHA, FRANCISCO AGÜERO. (19 abril 2016). *¿Cuál es el bien jurídico protegido en la libre competencia?* Conferencia llevada a cabo en el Centro UC de Libre Competencia, Chile. Recurso on-line: <<http://derecho.uc.cl/en/noticias/11785-icual-es-el-bien-juridico-protegido-en-libre-competencia>> (última consulta: 3 de abril de 2019).

CASADO, María Laura (2009). *Diccionario de derecho*. Valletta Ediciones, 2008. ProQuest Ebook Central. Recurso on-line, disponible en: <<http://ebookcentral.proquest.com/lib/universidadcomplutense-ebooks/detail.action?docID=3184342>>. (última consulta 27 de marzo 2019).

CLICKDATOS. *El tratamiento de los datos de los usuarios de los bancos*. Recurso on-line, disponible en: < <https://clickdatos.es/el-tratamiento-de-los-datos-de-los-usuarios-de-los-bancos/>> (última consulta 5 de abril de 2019).

Comisión Europea. *¿Qué son los datos personales?* Recurso on-line, disponible en: <https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/what-personal-data_es> (última consulta 28 de marzo 2019).

Comisión Europea. *La protección de datos en la UE*. Recurso on-line, disponible en: <https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/data-protection-eu_es> (última consulta 1 de abril de 2019).

COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (2019). *Qué es la CNMC*. Recurso on-line, disponible en: <<https://www.cnmc.es/sobre-la-cnmc/que-es-la-cnmc#funciones>> (última consulta: 9 de abril de 2019).

COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY. (2015). *The Commercial Use of Consumer Data – Report on the CMA’s Call for Information*. Recurso on-line disponible en: <http://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/435817/The_commercial_use_of_consumer_data.pdf> (última consulta: 5 de mayo de 2019).

DE LA MANO, M. PADILLA, J. (2018). *“Big Tech Banking”*. Recurso on-line, disponible en: <<https://s1.aebanca.es/wp-content/uploads/2018/12/de-la-mano-padilla-2018-big-tech-banking-15.0.pdf>> (última consulta: 26 de abril de 2019).

ELDERECHO (2014). *Análisis normativo y obligaciones de las entidades bancarias y financieras en materia de protección de datos*. Recurso on-line, disponible en: <<https://elderecho.com/analisis-normativo-y-obligaciones-de-las-entidades-bancarias-y-financieras-en-materia-de-proteccion-de-datos>> (última consulta 3 de abril de 2019).

EUCKEN, W. (1950). *Política económica del "laissez-faire", economía planificada y orden de la competencia*. III. el orden de la competencia. *Arbor*, 15(51), 323. Recurso on-line: <http://0-search.proquest.com/cisne.sim.ucm.es/docview/1301379013?accountid=14514>. (última consulta: 4 de abril 2019).

EUROPA UE. (2019). *Protección de datos y privacidad online*. Recurso on-line, disponible en: <https://europa.eu/youreurope/citizens/consumers/internet-telecoms/data-protection-online-privacy/index_es.htm> (ultima consulta 30 de marzo de 2019).

EUROPE ECONOMICS. (2015) «Big Data: What does it really mean for competition policy?». Recurso on-line disponible en: <http://www.europe-economics.com/publications/mar_-_big_data.pdf> (última consulta: 5 de mayo de 2019).

EUROPEO. *La protección de los datos personales*. Recurso on-line, disponible en: <<http://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/157/la-proteccion-de-los-datos-personales>> (última consulta 1 de abril de 2019).

Expansión. (2018). *Los bancos se unen para reclamar a Google, Amazon y Facebook que abran sus datos a terceros*. Recurso on-line, disponible en: <<http://www.expansion.com/empresas/banca/2018/12/06/5c082ed046163f280b8b45bd.html>> (última consulta 29 de abril de 2019).

EZRACHI, A., STUCKE, M. (2015). *Online Platforms and the EU Digital Single Market* (October 16, 2015). University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 283. Recurso on-line disponible en: <<https://ssrn.com/abstract=267726>> (última consulta: 1 de mayo de 2019).

FERNANDEZ DE LIS, S. (2017). *Innovación digital en servicios financieros: retos para los reguladores*. Recurso on-line, disponible en: <<https://www.bbvaesearch.com/publicaciones/innovacion-digital-en-servicios-financieros-retos-para-los-reguladores/>> (última consulta 29 de abril de 2019).

HOVENKAMP, HERBERT J., (2018). «*The Rule of Reason*» Faculty Scholarship at Penn Law. 1778. Recurso on-line disponible en: <https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1778> (última consulta: 9 de abril de 2019).

INNOSIGHT. (2012). *Creative Destruction Whips through Corporate America*. Innosight Executive Briefing, Winter 2012. (Recurso on-line disponible en: <https://www.innosight.com/wp-content/uploads/2016/08/creative-destruction-whips-through-corporate-america_final2015.pdf> (última consulta: 3 de mayo de 2019).

INVERSIÓN & FINANZAS. (2013). *La información que manejan los bancos forma parte del derecho a la intimidad de sus clientes*. Recurso on-line, disponible en: <<http://www.finanzas.com/noticias/empresas/20130217/informacion-manejan-bancos-forma-1724747.html>> (última consulta 3 de abril de 2019).

KPMG (2019). *The Pulse of Fintech — Biannual global analysis of investment in fintech*. Recurso on-line disponible en: <<https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/xx/pdf/2019/02/the-pulse-of-fintech-2018.pdf>> (última consulta: 5 de mayo de 2019).

KPMG. (2019). *Banca*. Recurso on-line, disponible en: <<https://www.tendencias.kpmg.es/2019/02/claves-banca-2019/>> (última consulta 27 de abril de 2019).

LAMBRECHT, A., TUCKER, C. (2015) *Can Big Data Protect a Firm from Competition?* Recurso on-line disponible en: <http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/20166/computer_

and_communications_industry_association__can_big_data_protect_a_firm_from_competition_13846.pdf> (última consulta: 1 de mayo de 2019).

LIBERTI, J.M, PETERSEN, M.A. (2018). «Information: Hard and Soft». Northwestern University. Recurso on-line disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3252869> (ultima consulta: 26 de abril de 2019).

MANO, Miguel y PADILLA, Jorge (2018). *Big Tech Banking*. Recurso on-line, disponible en: <<https://s1.aebanca.es/wp-content/uploads/2018/12/de-la-mano-padilla-2018-big-tech-banking-15.0.pdf>> (última consulta: 25 de abril de 2019).

MAUDOS, J. Y FERNÁNDEZ DE GUEVARA, J. (2010) *Dimensión bancaria, poder de mercado y estabilidad financiera*. Recurso on-line, disponible en: <<https://www.uv.es/maudosj/publicaciones/Perspectivas%20sistema%20financiero%202010.pdf>> (última consulta: 10 de abril de 2018).

MILLER, M. (12 septiembre de 2017). *Leader of China's \$9 billion Ezubao online scam gets life; 26 jailed*. Reuters. Recurso on-line, disponible en: <<https://www.reuters.com/article/us-china-fraud/leader-of-chinas-9-billion-ezubao-online-scam-gets-life-26-jailed-idUSKCN1BN0J6>> (última consulta: 26 de abril de 2019).

MOODY'S. (2018). *Big Tech – a real threat to financial firms in retail services.*” Recurso on-line, disponible en: <https://www.moody's.com/research/Moodys-Big-tech-a-real-threat-to-financial-firms-in-PR_389379> (última consulta: 1 de mayo de 2019).

Murcia Diario (2018). La banca pide una normativa que elimine asimetrías con gigantes tecnológicos. Recurso on-line, disponible en: <<http://murciadiario.com/art/13029/la-banca-pide-una-normativa-que-elimine-asimetrias-con-gigantes-tecnologicos>> (última consulta: 25 de abril de 2019).

OECD (2013), *"Exploring data-driven innovation as a new source of growth: Mapping the policy issues raised by "big data"”, in Supporting Investment in Knowledge Capital, Growth and Innovation*, OECD Publishing, Paris. Recurso on -line disponible en: <<https://doi.org/10.1787/9789264193307-12-en>> (última consulta: 1 de mayo de 2019).

ZABALLOS PULIDO, E. (2013). «La Protección de Datos Personales en España: Evolución Normativa y Criterios de Aplicación», año 2013, p.67. Recurso on-line, disponible en: <<https://eprints.ucm.es/22849/1/T34733.pdf>> (última consulta 1 de abril de 2019).