

INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y COMPETENCIA, ACCESO A DATOS EN EL EJEMPLO DE LA MOVILIDAD Y DEL VEHÍCULO AUTÓNOMO

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND COMPETITION, ACCESS TO DATA IN THE EXAMPLE OF MOBILITY AND THE AUTONOMOUS VEHICLE

Julia SUDEROW
Universidad de Deusto, Bilbao

M. Vestager: “You don't have to share all data. But if you do and data is sensitive you should be able to do in a manner where data can be trusted and protected. We want to give business and citizens the tools to stay in control of data. And to build trust that data is handled in line with European values and fundamental rights.”¹

Resumen: La economía digital en la movilidad de las personas está cambiando sectores tan tradicionales como el de la automoción. La evolución hacia el coche autónomo que va de la mano de la inteligencia artificial plantea cuestiones de gran complejidad como es la gobernanza de los datos generados por un vehículo. El acceso a los datos necesarios para el desarrollo de la inteligencia artificial supone un dilema de gran relevancia para el Derecho de la Competencia ya que implica definir el poder de los datos, su carácter esencial o no y establecer mecanismos de cooperación que fomenten la innovación en un entorno de libre competencia.

Palabras clave: Acceso a datos, competencia, movilidad como servicio, industria de la automoción, gatekeepers, guardianes de acceso, plataformas, Ley de Mercados Digitales, Movilidad como servicio.

Abstract: The digital economy in the mobility industry is changing traditional sectors such as the automotive industry. The evolution towards the autonomous car that goes hand in hand with the artificial intelligence raises highly complex issues such as the governance of the data generated by a vehicle. Access to the necessary data for the development of artificial intelligence is a dilemma of great relevance for competition law as it involves defining the power of the data, whether it is essential or not, and establishing cooperation mechanisms that encourage innovation in an environment of free competition.

Key Words: Access to data, competition, mobility as service, automotive industry, gatekeepers, platforms, essential facilities, Digital Markets Act, MaaS, Mobility as a Service.

Sumario: 1. Introducción. 2. Inteligencia artificial y datos. 2.1 Inteligencia artificial. 2.2. Operadores y canales de acceso a los datos. 2.3. Datos disponibles en la industria de la automoción y necesarios para el desarrollo de la inteligencia artificial. 3. Plataformas. 4. Acceso a datos como fuente para la innovación en la movilidad. 4.1. Datos y posición de dominio. 4.2. Carácter abusivo de la negativa de acceso. 5. La

¹ Commission proposes measures to boost data sharing (europa.eu)

futura ley de mercados digitales (“DMA”). 5.1. Los objetivos de la DMA. 5.2. La posición de los guardianes. 5.4. Adaptabilidad y aplicación ex ante. 5.5. DMA aplicada a la movilidad. 6. Conclusión.

1. Introducción

Las primeras décadas de este milenio se han caracterizado por la disrupción tecnológica en diversas industrias gracias a la digitalización y a las plataformas. Los cambios de este tipo han implicado la desaparición de incumbentes y el crecimiento exponencial de empresas basadas en la economía de datos en mercados tradicionales de servicios. La industria de la automoción, uno de los principales referentes de la producción industrial hasta la fecha, observa con atención la entrada de nuevos operadores y modelos de negocio basados en el usuario en lugar de en el coche como tal. La evolución de la tecnología facilita la recogida, almacenamiento y uso de gran cantidad de datos. Los datos no son sólo uno de los ingredientes necesarios para la inteligencia artificial, sino que resultan críticos para buena parte de los servicios online, producción industrial y para la logística. Por ello, la disponibilidad de los datos se ha convertido en un elemento esencial para desarrollar nuevos productos, servicios para cualquier mercado o industria. En la industria de la automoción y de la movilidad esta cuestión reviste carácter existencial para los actuales operadores económicos y para los nuevos operadores que tratan de encontrar su hueco en este mercado.

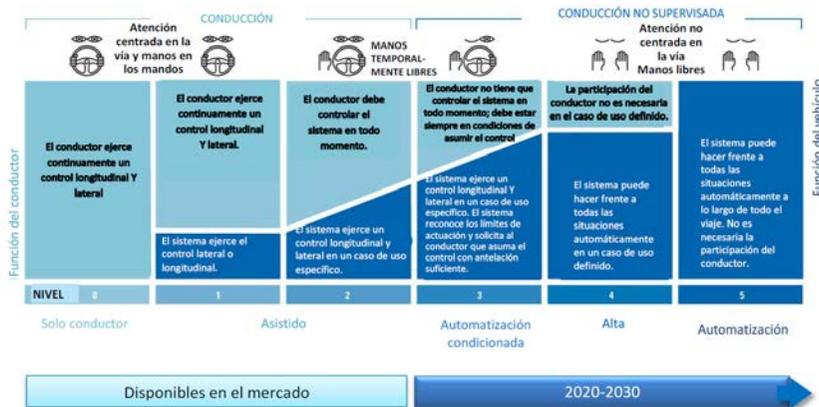
Mientras el coche eléctrico se ha convertido en una realidad como paso previo al coche autónomo, la interconexión y comunicación entre vehículos, fabricantes y proveedores de servicios se ha vuelto indispensable. Asimismo, el mercado avanza desde un modelo basado en la propiedad individual hacia la movilidad compartida y a demanda, también conocida como Mobility as Service o MAAS². De esta forma pasaremos de emplear un vehículo propio a una combinación de diferentes servicios de movilidad y transporte, coche autónomo, transporte público, taxis, bicicletas y similares. Esta nueva estructura implica que el viajero pase a ser el eje del negocio de la movilidad desplazando al coche o medio de transporte.

En la actualidad los vehículos ya pueden intercambiar información con el fabricante del vehículo, los proveedores de servicios de terceros, los usuarios operadores de infraestructuras y otros vehículos. Esto aumenta el confort y la comodidad de los clientes, mejora productos y servicios, y contribuye a la consecución de objetivos sociales como la mejora de la seguridad vial, reducir el consumo de combustible y facilitar la gestión del tráfico y el aparcamiento. Este desarrollo está generando una creciente demanda por parte de diversos operadores para obtener y utilizar los datos de los vehículos y para acceder a los datos de los vehículos y de los usuarios que emplean servicios asociados a la movilidad como puede ser una aplicación de tráfico, mapas, cálculo de desplazamiento, etc. Así las cosas, en la industria el debate ya está sobre la mesa y contamos ya con

² Véase al respecto: *What is MaaS?* | MAAS-Alliance, consultada por última vez el 6 de mayo de 2021.

recomendaciones e iniciativas tanto de la propia industria del sector de la automoción como de la Comisión Europea³. En efecto, hoy contamos no sólo con las iniciativas y estudios generales de la Comisión Europea que se enmarcan en su estrategia digital, sino que también contamos con estudios específicos relativos al acceso a los datos generados por un coche en el mercado de servicios postventa, acceso a datos e inteligencia artificial y otra serie de iniciativas que serán analizadas a lo largo de este trabajo⁴. La siguiente imagen describe el avance tecnológico actual y previsto para los próximos años⁵:

Ilustración: Distintos niveles de automatización (fuente: Sociedad de Ingenieros Técnicos en Automoción, SAE¹¹)



Tal y como concluyen Crémer, Montjoye y Schweitzer no existe una respuesta general a la hora de elegir entre la libre competencia o la regulación para lidiar con los retos que nos plantea la digitalización de nuestra economía⁶. Es más, las respuestas se deben encontrar para cuestiones específicas partiendo de dos premisas: (i) El Derecho Antitrust se ha diseñado para reaccionar los constantes cambios del mercado, (ii) La aplicación del derecho de la competencia y la

³ Por todos véase, ACEA *Position Paper: Access to vehicle data for third-party services* | ACEA - European Automobile Manufacturers' Association, consultado por última vez el 6.5.2021.

⁴ Véase B. Martens y F. Müller-Langer, *JRC Technical Reports Digital economy working paper 2018-06: Access to digital car data and competition in aftersales services*, septiembre 2018, consultado por última vez el 7.5.2021.

⁵ Comisión Europea *COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES* En ruta hacia la movilidad automatizada: estrategia de la UE para la movilidad del futuro, 17.5.2018, p. 5.

⁶ J. Cremer, y. Montjoye, H. Schweitzer, *Competition Policy for the digital era, Final report, European Commission, 2019, p. 4* (<http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>, consultado por última vez el 7.5.2021).

regulación no tienen por qué ser sustituibles, sino que se complementan amplificando sus resultados. Así, el art. 102 TFUE supone el principio general y el análisis a realizar se debe plantear desde el mercado y sus fallos para desde el debate público poder definir el marco legal y guiar a empresas, legisladores. Este trabajo parte precisamente de las recomendaciones de Crémer, Montjoye y Schweitzer para intentar analizar el futuro de la inteligencia artificial, el acceso a los datos en la industria de la movilidad y automoción. Para ello, se realiza una breve introducción a la relevancia de los datos para la inteligencia artificial, se plantea una definición de las distintas categorías de datos existentes en esta industria y su relevancia para el futuro mercado del coche autónomo como elemento esencial de la movilidad como servicio y a los posibles problemas y dificultades que se pueden plantear en relación con el acceso a los datos. Finalmente se analizarán las recientes iniciativas de la Comisión Europea con el objeto de iniciar el debate sobre la necesidad de introducir regulación específica en la materia que sobre la base de la experiencia adquirida en otros mercados nos permita evitar los futuros fallos en este mercado. Este trabajo se plantea como introducción al debate sobre el poder de los datos en el sector de la movilidad y el derecho de acceso a los datos de una sola empresa o incumbente. El análisis de los acuerdos entre empresas para el intercambio de datos y su análisis desde la perspectiva del artículo 101 TFUE en el marco de la movilidad será objeto de un segundo trabajo.

2. Inteligencia artificial y datos

2.1. Inteligencia artificial

La Inteligencia Artificial necesita datos para existir, funcionar y mejorar. Cuanto mayor sea la cantidad de datos disponibles más aprenderán los sistemas de inteligencia artificial y mejor será su precisión y eficiencia. Necesita, en resumen, tres tipos de datos:

- Datos de aprendizaje,
- Datos de entrada (introducidos para la programación) y
- Datos de retroalimentación⁷.

Los datos de retroalimentación pueden ser generados por la propia inteligencia artificial, pero los datos para el aprendizaje y los de entrada dependen de múltiples fuentes externas. Para ello, en muchas ocasiones se precisan cantidades masivas de datos que están en posesión de terceros. Así, el acceso a los datos resulta clave para la innovación y desarrollo de nuevos productos. En el caso de la movilidad y automoción, la relevancia del acceso a los datos no es nueva, pero sí aumenta en la misma medida que se automatice la conducción avanzando de la conducción controlada por el conductor a la conducción autónoma.

⁷ Agrawal, J. Gans, A. Goldfarb, (2018) *Prediction Machines, The Simple Economics of Artificial Intelligence*, Harvard, p. 217.

Asimismo, los proveedores de servicios independientes, desde un taller hasta una app no pueden necesitar acceder a los datos para llegar a competir en los mercados conexos al automóvil con los propietarios de los datos, ya sean fabricantes de automóviles ya sean grandes empresas digitales como Google, Apple, Facebook y Amazon. Conscientes de esta necesidad y dependencia han surgido diversas iniciativas de la industria y de la propia Comisión Europea que buscan poner en común los datos de los distintos operadores con el objeto de conseguir el volumen y variedad necesarios para el desarrollo de distintos tipos de inteligencia artificial dando el salto al internet de las cosas⁸.

Respecto al valor de los datos debemos tener en cuenta que los datos están evolucionando desde su caracterización industrial de ser el resultado del proceso, a facilitar el proceso, a facilitar el producto y finalizarán como productos. Así las cosas, su relevancia aumenta con el avance de la tecnología y en particular con el de la Inteligencia Artificial.

2.2. Operadores y canales de acceso a los datos

De acuerdo con Martens y Mueller Langer se pueden definir tres grupos de operadores en el ecosistema de datos del coche⁹:

Fabricantes (OEMS): Diseñan el coche y la arquitectura de datos. El diseño implica determinar las vías de acceso y el destino de los datos permitiéndoles mantener la exclusiva en el acceso a los datos. En esta categoría debemos incluir por una parte los fabricantes del vehículo tradicional que incorporan la tecnología y los datos para transformar sus productos, operadores de nueva generación centrados en vehículos eléctricos y las grandes plataformas digitales que buscan dar el salto al coche autónomo gracias a la inteligencia artificial. Todos ellos cuentan con vehículos en el mercado con mayor o menor cuota y con mayor o menor grado de interacción con el usuario.

Consumidores: Compran, alquilan o usan un vehículo. Tras la adquisición pasan a usar el hardware y software específico del vehículo de una forma similar al usuario de un móvil con un sistema operativo de Google Android o Apple IOS. Gracias a la digitalización las posibilidades de interactuar con el vehículo abren la puerta a nuevos modelos de negocio como puede ser el entretenimiento adaptado a la movilidad, geolocalización compartida con otros usuarios, comunicación adaptada a la movilidad etc. Con el avance de los servicios asociados a la movilidad el usuario tendrá cada vez más interés en la interconexión con otros vehículos o en el uso de los mismos datos y servicios en vehículos distintos.

⁸ Véase al respecto, la *estrategia digital de la Unión Europea* e iniciativas como el espacio de datos industriales: *Industrial Data Space: Goals, Current Status and Next Steps* (europa.eu)

⁹ B. Martens y F. Müller-Langer, *JRC Technical Reports Digital economy working paper 2018-06: Access to digital car data and competition in aftersales services*, septiembre 2018, consultado por última vez el 7.5.2021, p. 5.

Proveedores de servicios post venta: En esta categoría incluimos a cualquier empresa que preste servicios postventa relacionados con el mantenimiento del coche, reparación, seguros, gestión compartida del vehículo, financiación etc. Estas empresas dependerán del diseño de la arquitectura de datos para poder acceder a la información necesaria para sus productos y servicios y para poder acceder a los usuarios. La dependencia no es nueva, los OEMS gracias al sistema de talleres oficiales y a determinadas piezas conseguían trasladar parte de su influencia al mercado postventa. Este efecto se puede amplificar gracias a los servicios digitales. Los servicios de mantenimiento y diagnóstico suponen un buen ejemplo ya que permiten capturar al usuario con información sobre la futura reparación o mantenimiento. El acceso debe ser a los datos de los sensores mecánicos. Adicionalmente, los servicios de navegación que generan datos con el GPS del vehículo se combinan con un mapa digital que se visualiza en una pantalla a través de la interfaz humano-máquina (human-machine interface: HMI). La comunicación no sólo se limita a los datos de carácter interno del coche y su movimiento, sino que el coche puede alimentar al proveedor de servicios de navegación con datos sobre el tráfico, clima, aparcamiento y sus alrededores. Finalmente, los proveedores de servicios de entretenimiento e información precisan acceso a la interfaz HMI para poder interactuar con sus usuarios o incluso con sus dispositivos que se encuentren fuera del vehículo. El usuario informado tratará de optar por un vehículo que incluya los productos complementarios que le interesen como puede ser una interfaz asociada al sistema operativo de su móvil. En el año 2016 la Comisión Europea identificó tres puntos principales de acceso a los datos de un coche: la plataforma de aplicaciones a bordo (*on board Application platform*, OBAP, la plataforma de los servidores de datos centrales, central data server platform (CDSP), y la interfaz en el coche, in vehicle interface (IVI).

A estos tres grupos se pueden sumar los siguientes:

Empresas de telecomunicaciones: Los tres puntos de acceso identificados precisan la comunicación entre el coche y los proveedores externos de servicios que se canaliza a través de tarjetas SIM incorporadas en los coches. A falta de redes de telecomunicaciones propias los OEMS dependen de las empresas de telecomunicaciones y de las empresas que prestan servicios de gestión del tráfico de todos los datos generados en las tarjetas SIM. Debido al gran volumen de compra de tarjetas SIM, los OEMs pueden tener un relevante poder de negociación con las empresas de telecomunicaciones, pero también con los usuarios que tendrán que contratar los servicios de comunicación previamente seleccionados por el OEM.

Administración pública: La Administración pública y en concreto todas aquellas autoridades relacionadas con la seguridad vial, transporte o similares también pueden estar interesadas en acceder a los datos para mejorar la seguridad vial y la eficiencia de la gestión del tráfico.

2.3. *Datos disponibles en la industria de la automoción y necesarios para el desarrollo de la inteligencia artificial*

Podemos afirmar que un coche fabricado con posterioridad al 2016 ya pertenece al denominado Internet de las Cosas.

Un coche autónomo recopila y trata gran cantidad de datos. Hoy, un coche híbrido ya puede generar más de 25 GB de datos en una sola hora¹⁰. Debido al potencial valor de estos datos, el sector de la automoción, así como otros sectores están centrandose sus estrategias de futuro en el big data generado por los coches.

Los datos del coche se pueden emplear para diversos tipos de servicios, incluyendo la navegación, información y entretenimiento, mantenimiento, diagnóstico y seguros entre muchos otros¹¹. En primer lugar, es necesario distinguir entre los datos de carácter personal y el resto de los datos que se generan. Los datos generados por el vehículo no sólo incluyen datos de fuentes internas (sensores, batería, localización del vehículo, consumos y otros controles) sino que también incluyen datos procedentes de fuentes externas (infraestructuras, otros vehículos, aplicaciones de terceros) y datos de carácter personal (destino y navegación, agenda, ajustes del vehículo etc.). Los datos generados por el vehículo también pueden convertirse en datos de carácter personal cuando se asocian a una identificación del vehículo y a la persona titular del mismo. En este sentido, nos encontramos como mínimo con las siguientes categorías de datos:

-Datos generados por los servicios de terceros incorporados al vehículo por ejemplo a través de la interfaz HMI.

-Datos específicos del fabricante producidos por sus sensores y por el vehículo como tal.

-Datos del usuario del vehículo que pueden ser de carácter personal.

La industria de la automoción ha distinguido a su vez cuatro categorías de uso de estos datos¹²:

Seguridad y tráfico: Datos necesarios para gestionar la seguridad del tráfico. Estos datos pueden ser anonimizados y pueden contribuir a mejorar la seguridad vial. El intercambio se puede realizar no sólo entre los fabricantes y las autoridades, sino que también pueden ser importantes para los demás grupos de interés, como puede ser un proveedor de seguros.

¹⁰ En el año 2015 el Parlamento Europeo adoptó el Reglamento 2015/758 sobre el sistema eCall obligatorio para todos los coches a partir del año 2018. Sobre el estado del debate véase: Comisión Europea *Comunicación de la comisión al parlamento europeo, al consejo, al comité económico y social europeo y al comité de las regiones En ruta hacia la movilidad automatizada: estrategia de la UE para la movilidad del futuro*, 17.5.2018.

¹¹ McKinsey (2015), *Competing for the connected consumer: Perspectives on the opportunities created by car connectivity and automation*, Mc Kinsey & Company; Advanced Industries, Septiembre de 2015.

¹² Verband Deutscher Automobilhersteller, *Position Zugang zum Fahrzeug und zu im Fahrzeug generierten Daten*, 30.10.2017, consultado por última vez 30.4.2021.

Datos comunes a todos los vehículos: Cada coche genera datos relacionados con el vehículo que no son específicos de un fabricante en concreto.

Datos específicos de los servicios de un fabricante: Datos originados por servicios protegidos por los derechos de propiedad intelectual o industrial de un fabricante u originados por un componente concreto y que se deben poner a disposición del fabricante del componente para mejorar su producto.

Datos de carácter personal: Datos de carácter personal generados por el usuario del vehículo y a los que sólo se podrá acceder previo consentimiento del mismo.

Todos estos datos resultan necesarios para el desarrollo de todos los sistemas que permitan la movilidad autónoma.

3. Plataformas

La gestión de los datos en este caso también se realiza a través de plataformas, las de los fabricantes, de los proveedores de servicios o terceros. En todos estos casos la gobernanza de los datos debe tener en cuenta la Libre Competencia. Las plataformas resultan esenciales para el intercambio de información y datos y conectar gran cantidad de proveedores de servicios y productos para los coches autónomos. Como bien sabemos, las plataformas son el intermediario que permite la interacción entre dos o más grupos creando mercados de dos lados o más. El beneficio para los usuarios de un lado de la plataforma depende y afecta al beneficio de los usuarios del otro lado de la plataforma. Debido al efecto de red, las plataformas tienden al monopolio cuando no se compite en el mercado, sino que se compite por el mercado. El dominio depende de la definición del mercado, un lado de la plataforma se podría considerar un mercado, pero también los dos lados o más. Asimismo, es necesario tener en cuenta a la hora de evaluar la conducta que una plataforma existente puede ser rápidamente sustituida por otra que consiga romper la tendencia. En este sentido, las autoridades de defensa de la competencia se están centrando en las plataformas Business to Consumer tales como los distintos servicios de Google, APPLE, Facebook o Amazon. En el caso del vehículo autónomo existen y existirán plataformas Business to Consumer y Business to Business asociadas a los distintos puntos de acceso a los datos antes descritos. En las segundas nos encontraremos a empresas que dependerán de la plataforma para poder desarrollar innovaciones o nuevos productos, desarrollos conjuntos o la gestión de la cadena de suministro.

4. Acceso a datos como fuente para la innovación en la movilidad

La Comisión Europea ha reconocido abiertamente el potencial de los datos para la economía de la movilidad y del internet de las cosas. Además de las iniciativas sectoriales de la industria de la automoción y los estudios antes citados debemos resaltar la Comunicación de la Comisión Europea sobre la economía de los

datos¹³. En esta Comunicación se fija como objetivo fomentar el intercambio de datos entre los distintos actores y operadores económicos. A más *Data Sharing* más innovación. De acuerdo con la Comisión Europea debemos avanzar de un uso *in house* o en silos hacia el uso compartido en el que se permita el acceso a terceros que actúen en mercados conexos¹⁴. La Comisión Europea propone una serie de mecanismos de acceso basados en la gestión centralizada de los datos de distintos operadores y origen o *data pooling* o contratos de acceso a datos y la creación de estructuras de gobernanza compartida de los datos. Desde la perspectiva del derecho de la competencia la Comisión analiza el derecho de acceso a los datos basándose en la jurisprudencia del TJUE sobre las infraestructuras esenciales recordando las sentencias Magill, IMS Health, Microsoft o Huawei/ZTE¹⁵. Ahora bien, el derecho de acceso sobre la base de esta doctrina exige por un lado una posición de dominio del propietario de los datos y por el otro que la negativa de acceso sea abusiva.

4.1. Datos y posición de dominio

Determinar la posición de una empresa en el mercado pasa por definir su cuota de mercado. La definición de la cuota de mercado se caracteriza normalmente por una definición previa del mercado de producto y mercado geográfico. Este ejercicio puede resultar de gran complejidad en el caso de las plataformas y más aún si el análisis se basa en los datos¹⁶.

La exclusividad de determinadas categorías de datos puede darse fácilmente en el contexto del Internet de las cosas (IoT), donde una empresa concreta dispone de conjuntos de datos exclusivos que no están disponibles de otro modo. Sin embargo, queda por saber si otros tipos de *big data*, como ejemplo los datos sobre la posición de las personas que pueden obtenerse fácilmente a través de varias herramientas digitales están bajo el control exclusivo de una empresa.

Como han afirmado Schweitzer y Haucap, Kerber y Welker, será un debate significativo, y la estructura de cualquier deber de compartir datos en términos legales sigue siendo una cuestión completamente abierta. Una de las posibles soluciones consiste en conceder acceso a datos a través de la autoridad de la

¹³ Comunicación de la comisión al parlamento europeo, al consejo, al comité económico y social europeo y al comité de las regiones hacia una economía de los datos próspera /* com/2014/0442 final */

¹⁴ Comunicación de la comisión al parlamento europeo, al consejo, al comité económico y social europeo y al comité de las regiones «la construcción de una economía de los datos europea» {swd(2017) 2 final}, p. 8. B. Martens, *An Economic Policy Perspective on Online Platforms*, JRC Technical Report 2016/05, p.41. J. Drexler, *Designing Competitive Markets for Industrial Data in Europe – Between Propertisation and Access*, 2016. P. 39.

¹⁵ TJUE, 6.4.1995- C 241/91 P y C- 242/91 P, ECLI:EU:C: 1995:98-RTE- IT/ Comisión; TJUE 12.2.2004- C 218/01, ECLI:EU:C:2004:88- Henkel; TJUE 17.9.2007-T 201/04, ECLI:EU:T:2007:289, Microsoft/Comisión, TJUE, 16.7.2015 C170/13, ECLI:EU:C:2015:477- Huawei Technologies /ZTE.

¹⁶ Sobre el debate véase: C. Herrero Suárez (2018), “Big data y Derecho de la Competencia”, en Tomás de la Quadra-Salcedo y Fernández del Castillo *Sociedad Digital y Derecho*, p. 633–654.

competencia, que puede analizar en cada caso si el acceso es necesario y proporcionado para lograr sus objetivos¹⁷.

Hasta la fecha y a pesar de las numerosas investigaciones que se están llevando a cabo no se ha podido constatar ningún caso en el que las autoridades se hallan topado con una posición de dominio derivada de la posesión de cantidades significativas de *big data* o el efecto *lock in* o de captura del usuario¹⁸. No obstante, debemos distinguir entre los distintos tipos de datos disponibles. Cuando se trate de datos que se pueden recopilar a través de cualquier tipo de dispositivo o servicio online se considera que no existe exclusividad, ya que cualquier empresa podrá recopilar estos datos ya sea con sus servicios o gracias al *multihoming* que permite a un usuario migrar sus datos entre dispositivos y servicios. Ahora bien, los datos generados por la propia empresa o por sus sensores o inteligencia artificial pueden ser de difícil acceso. En este caso deberemos valorar si existen alternativas como puede ser la posibilidad de adquirir estos datos por medio de un acuerdo comercial. En el caso de la movilidad resultan especialmente problemáticos todos los datos de carácter técnico y propios del vehículo por un lado y los datos generados por el interfaz HMI.

4.2. Carácter abusivo de la negativa de acceso

Es importante destacar que los datos no siempre son indispensables para competir y que la relevancia de los datos para el desarrollo de nuevas herramientas de IA dependerá de una evaluación caso por caso.

El derecho de la competencia puede exigir que se realice un trato no discriminatorio a la hora de permitir el acceso a los datos, en términos de precio, tipo y cantidad de datos cuando el acceso a un mercado aguas abajo se vea limitado por el poder de mercado de una de las empresas y el acceso se considere indispensable para operar en ese mercado aguas abajo. Sin perjuicio de esto la negativa de acceso puede estar justificada cuando resulte necesaria para competir efectivamente en el mercado aguas abajo o cuando esta conducta produzca eficiencias que superen los efectos anticompetitivos para los consumidores. En este contexto, los datos son generados y obtenidos por las empresas como resultado del proceso competitivo por lo que el derecho de la competencia deberá evitar que el acceso a los datos perjudique el incentivo a innovar y de traer nuevos productos y servicios al mercado.

La doctrina europea de las infraestructuras esenciales permitiría el acceso a los datos a través de una licencia obligatoria cuando se cumplan los siguientes requisitos:

¹⁷ H. Schweitzer, J. Haucap, W. Kerber, R. Welker, *Modernising the law on abuse of market power Report for the Federal Ministry for Economic Affairs and Energy (Germany)*, 2018 (last access 24 Mar. 2019), p. 143.

¹⁸ T. Sassenberg, T. Faber. *Rechtshandbuch Industrie 4.0. und Internet of the Things*, Munich, 2020, p. 266. Véase Comisión Europea, decision 6.9.2019, caso M 8788 Apple/Shazam.

- (i) La negativa de acceso debe referirse a datos que resulten indispensables para participar en un mercado conexo.
- (ii) La negativa de acceso debe ser apropiada para excluir la competencia en el mercado.
- (iii) La negativa de acceso debe obstaculizar la entrada de un nuevo producto para el que exista una potencial demanda.
- (iv) Inexistencia de una justificación objetiva de la negativa.

Como se puede observar, el cumplimiento de estos requisitos puede resultar especialmente complejo en el ámbito de la movilidad y de la industria de la automoción. En muchas ocasiones existirán justificaciones objetivas para cada tipo de negativa.

Debemos incidir en que el acceso a datos sólo podría existir cuando la empresa que los gestione tenga una posición de dominio. El análisis se deberá realizar caso por caso con la complejidad que esto entraña en la práctica. Por ello, en muchas ocasiones, en especial en aquellas en las que la posición de dominio sea relativa el acceso a los datos podría basarse en otras normas que lo permitan o en las normas que buscan limitar la dependencia económica o el abuso de poder negociador como puede ser el art-3 LDC junto con el art. 16 LCD que regula la dependencia económica o en normas ad hoc.

5. La futura Ley de Mercados Digitales (“DMA”)

El 15 de diciembre de 2020, la Comisión Europea (“Comisión”) publicó sus propuestas de nueva legislación para mejorar la regulación de la economía digital y revitalizar la competencia en ella: la Ley de Servicios Digitales y la Ley de Mercados Digitales (“DMA”)¹⁹. Este artículo se centra en las propuestas de la DMA, que pretenden mejorar la competitividad de los servicios digitales en beneficio de las empresas y los consumidores, y dar a la Comisión poderes adicionales para hacer frente a las prácticas desleales ex ante.

La justificación de la Comisión para las propuestas es que necesita poder actuar con mayor rapidez y flexibilidad y tener un mayor acceso a la información para poder para promover la equidad y proteger la competencia en los mercados digitales europeos.

¹⁹ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (Ley de Mercados Digitales) (Texto pertinente a efectos del EEE) {SEC (2020) 437 final} - {SWD(2020) 363 final} - {SWD(2020) 364 final}
Sobre la DMA y la estrategia de la Unión Europea véase: The Digital Markets Act: ensuring fair and open digital markets | European Commission (europa.eu), accedido por última vez el 30.4.2021.

5.1. Los objetivos de la DMA

Como se reconoce en la evaluación de impacto que acompaña a la DMA, "el derecho de la competencia no siempre es una solución ideal debido a las dificultades que plantea la aplicación del concepto de definición de mercado en los mercados con múltiples facetas, los largos plazos los elevados umbrales legales para demostrar el abuso y la naturaleza retrospectiva de la intervención, que puede no abordar los problemas de forma continua". Precisamente estos son los problemas que se plantean en relación con el acceso a datos en la movilidad como en otras industrias. La DMA busca establecer un mecanismo regulatorio más ágil que permita anticiparse a posibles abusos y mitigar el posible riesgo de cierre de mercado.

5.2. La posición de los guardianes

La DMA se dirige a una categoría reducida de empresas, los llamados "gatekeepers" digitales, las mayores empresas online que controlan los servicios de plataformas centrales ("CPS"), como los motores de búsqueda, las redes sociales, las tiendas de aplicaciones servicios en la nube y plataformas de publicidad digital. Los gatekeepers actúan como puerta de entrada para que los usuarios empresariales lleguen a consumidores,

Según el artículo 3(1) de la DMA, un CPS es un guardián o gatekeeper cuando (a) tiene un impacto significativo en el mercado interior; (b) opera un CPS que sirve de importante puerta de entrada para que los usuarios empresariales lleguen a los usuarios finales; y

(c) disfruta de una posición arraigada y duradera (o es previsible que alcance esa posición en un futuro próximo).

De acuerdo con el apartado nº 2 se presumirá que una empresa debe ser considerada guardián de acceso si:

a) tiene una repercusión significativa en el mercado interior a), cuando la empresa a la que pertenece consiga un volumen de negocios anual en el EEE igual o superior a 6 500 millones EUR en los tres últimos ejercicios, o cuando la capitalización bursátil media o el valor justo de mercado equivalente de la empresa a la que pertenece ascienda como mínimo a 65 000 millones EUR en el último ejercicio, y preste un servicio básico de plataforma en al menos tres Estados miembros;

b) opera un servicio básico de plataforma que sirve como puerta de acceso importante para que los usuarios profesionales lleguen a los usuarios finales letra b), cuando proporcione un servicio básico de plataforma que cuente con más de 45 millones de usuarios finales activos mensuales establecidos o situados en la Unión y más de 10 000 usuarios profesionales activos anuales establecidos en la Unión en el último ejercicio económico; a los efectos del párrafo primero, el número de

usuarios finales activos mensuales será el número medio de usuarios finales activos mensuales durante la mayor parte del último ejercicio financiero;

c) tiene una posición afianzada y duradera en sus operaciones o es previsible que alcance dicha posición en un futuro próximo, letra c), *cuando se hayan cumplido los umbrales establecidos en la letra b) en cada uno de los tres últimos ejercicios.*

Finalmente, se podrá considerar guardián de acceso que no cumpla con los umbrales descritos cuando sí tenga un impacto significativo en el mercado interior y se planteen los siguientes elementos:

a) *el tamaño, incluidos el volumen de negocios y la capitalización bursátil, las operaciones y la posición del proveedor de servicios básicos de plataforma;*

b) *el número de usuarios profesionales dependientes del servicio básico de plataforma para llegar a los usuarios finales y el número de usuarios finales;*

c) *las barreras de entrada derivadas de los efectos de red y las ventajas basadas en datos, en particular en relación con el acceso del proveedor a los datos personales y no personales o a las capacidades analíticas, así como su recopilación;*

d) *los efectos de escala y alcance de los que se beneficia el proveedor, incluso con respecto a los datos;*

e) *cautividad de usuarios profesionales o usuarios finales;*

f) *otras características estructurales del mercado.*

Al realizar su evaluación, la Comisión tendrá en cuenta la evolución previsible de estos elementos.

5.4. Adaptabilidad y aplicación ex ante

En sus propuestas, la Comisión ha intentado diseñar normas y procedimientos "a prueba de futuro" que puedan adaptarse a la inevitable evolución de los mercados digitales.

Además, la introducción de una herramienta de investigación de mercado permitirá a la Comisión revisar y adaptar la lista de obligaciones a las que están sujetos los guardianes de acceso y añadirla en el futuro si resulta que surgen nuevas prácticas que no son abordadas eficazmente por la DMA.

En caso de que el nuevo régimen ex ante falle y no se cumplan las obligaciones establecidas en los artículos 5 y 6 la DMA introduce nuevos poderes, incluida la facultad de imponer multas de hasta el 10% del volumen de negocios anual de los guardianes de acceso.

Además, cuando, a raíz de una investigación de mercado, se establezca que las obligaciones de los artículos 5 y 6 de la DMA se han "infringido sistemáticamente", la Comisión también tiene la facultad de imponer soluciones

estructurales y de comportamiento "proporcionadas", incluida la disolución de empresas

5.5. DMA aplicada a la movilidad

Cabe preguntarse si la DMA se podría llegar a aplicar para regular el acceso a los datos generados en el ecosistema de la movilidad y del coche autónomo. El ámbito de aplicación subjetivo viene en principio limitado a las grandes empresas digitales como Google, Amazon, Apple y Facebook que son las únicas que a primera vista cumplen con los requisitos exigidos por las normas. Ahora bien, los grandes fabricantes del sector de la automoción también pueden ser declarados guardianes de acceso conforme a lo establecido en el artículo 15 DMA que permite las investigaciones sectoriales, si tenemos en cuenta el carácter significativo de su impacto sobre el mercado de la movilidad, el número de usuarios profesionales dependientes y en especial la cautividad de los usuarios. Si finalmente se incluye a los OEMs dentro del concepto de guardián de acceso, las iniciativas de *data sharing* así como la gobernanza de los datos en la totalidad del ecosistema del vehículo deberá cumplir con los requisitos establecidos por la futura DMA. En este sentido merece una mención especial la letra h del artículo 6 de la futura DMA que regula el acceso a los datos de forma expresa:

h) permitir a los usuarios profesionales, o a terceros autorizados por un usuario profesional, el acceso y el uso efectivos, de alta calidad, continuos y en tiempo real de los datos agregados o no agregados, que se proporcionen o se generen en el contexto de la utilización de los servicios básicos de plataforma pertinentes por parte de dichos usuarios profesionales y de los usuarios finales que interactúen con los productos o servicios proporcionados por dichos usuarios profesionales; en el caso de los datos personales, permitir el acceso a estos y su utilización únicamente cuando estén directamente relacionados con el uso que el usuario final haya hecho con respecto a los productos o servicios ofrecidos por el usuario profesional de que se trate a través del servicio de plataforma básico pertinente, y si el usuario final opta por tal intercambio prestando su consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679 ;

6. Conclusión

La aplicación del derecho de la competencia seguirá siendo pertinente en los mercados digitales, y el artículo 102 del TFUE, así como nacionales, seguirán aplicándose para hacer frente a los abusos de poder en el mercado. La futura DMA facilitaría el acceso a determinados datos cuando se considere a los OEMs, guardianes de acceso. Sin perjuicio de esto, cabe esperar que se desarrolle normativa sectorial específica en la que sería recomendable tratar y regular la gobernanza de los datos. El intercambio de datos siempre deberá tener un carácter procompetitivo con el objeto de evitar posibles intercambios de información prohibidos por el artículo 101 TFUE. De esta manera, una gobernanza de datos apropiada en la que se



tenga en cuenta el derecho de la competencia y la normativa sectorial desde su diseño resultan ineludibles. Finalmente, la complejidad y posible impacto de cualquier medida en el mercado y en la innovación invitan a que estas cuestiones puedan ser analizadas ex ante entre autoridades y los grupos de interés antes citados. Gracias al análisis ex ante se podría reducir la inseguridad jurídica y posibles fallos regulatorios.

Asimismo, y con independencia del futuro legislativo, es probable que las nuevas propuestas de la DMA y la legislación de competencia existente coexistan junto a normativa específica del sector de la movilidad. Los grupos de interés descritos y en particular, los consumidores y, en última instancia, los guardianes se beneficiarán si los dos regímenes trabajan juntos de manera uniforme, complementaria y coordinada. Hasta entonces, la acción de aplicación pública y privada en virtud del artículo 102 del TFUE seguirá desempeñando, en la medida de lo posible, un papel fundamental a la hora de abordar los desafíos planteados por el acceso a datos en la movilidad y el coche autónomo.